

**MARIE GALARNEAU**

**LA PROPRIÉTÉ DES DÉCHETS BIOMÉDICAUX  
UNE ÉTUDE DE LA PENSÉE JURIDIQUE**

**Mémoire  
présenté  
à la Faculté des études supérieures  
de l'Université Laval  
pour l'obtention  
du grade de maître en droit (L.L.M.)**

**FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ LAVAL**

**OCTOBRE 1997**

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-25582-4

## RÉSUMÉ

Avec l'avènement des biotechnologies, les déchets anatomiques humains sont devenus des matières premières convoitées par la science et l'industrie. Ils recèlent parfois une valeur économique insoupçonnée. Or, se pose la question de leur propriété. La présente étude, qui se veut à la fois descriptive, comparative et critique, s'intéresse d'abord à la façon dont le droit aborde les rapports de l'homme à son corps. Elle se penche par ailleurs sur la qualification des déchets biomédicaux en droit français, québécois, américain et canadien-anglais, et consacre un volet aux embryons surnuméraires. Elle se termine par une analyse de la propriété de ces substances résiduelles et de ces produits de la FIV eu égard aux enjeux socio-économiques liés au développement des biotechniques. Elle démontre enfin les difficultés du droit positif à traduire la nature de ces divers éléments et propose un statut des matières corporelles inspiré du concept de patrimoine d'affectation.

## **AVANT-PROPOS**

**Bien que le présent mémoire soit avant tout le fruit d'une démarche individuelle, l'apport de mon entourage a été déterminant à toutes et chacune des étapes ayant mené à sa réalisation.**

**Mes remerciements s'adressent d'abord à mes parents pour leur inestimable soutien. Je tiens à remercier tout spécialement mon père Benoît qui, au cours de la longue maladie qui devait malheureusement l'emporter, m'a insufflé le courage et la détermination m'ayant permis de traverser les moments plus difficiles.**

**Je ne saurais non plus passer sous silence la collaboration de mon copain André, qui a su m'entourer de sa présence, en plus de se montrer patient et compréhensif.**

**Je suis également fort reconnaissante à l'endroit de Monsieur Sylvio Normand, mon directeur de recherche, notamment pour la confiance et la compréhension qu'il m'a témoignées, ainsi que pour son dévouement et ses conseils judicieux.**

**J'aimerais par ailleurs exprimer ma reconnaissance à Madame Christine Lachance, conseillère à la documentation en droit. Outre sa serviabilité exemplaire et ses compétences professionnelles indéniables, j'ai découvert en Christine une précieuse amitié.**

**Enfin, je m'en voudrais de ne pas souligner l'appui et les nombreux encouragements reçus de mes amis France, Marguerite et Guy. Le grand intérêt qu'ils ont démontré pour ma recherche a constitué pour moi une importante source de motivation.**

**À noter : Le repérage des sources documentaires sur lesquelles se fonde la présente étude a été complété le 31 mars 1996.**

## TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
AVANT-PROPOS .....	i
TABLE DES MATIÈRES .....	ii
INTRODUCTION .....	1
<b>CHAPITRE 1 : LE CORPS HUMAIN ENVISAGÉ DANS SES RAPPORTS AVEC LA PERSONNE .....</b>	<b>7</b>
1.1. Le corps, incarnation ou substrat de la personne .....	7
1.2. Le corps, habitacle commun de la personne et de l'humanité .....	13
1.3. Le corps, chose ou réalité distincte de la personne .....	15
1.4. Le corps, matériau éligible à la qualité de personne .....	27
<b>CHAPITRE 2: LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DÉCHETS BIOMÉDICAUX .....</b>	<b>33</b>
2.1. Des solutions puisées à même l'ordre juridique existant .....	34
2.1.1. Le recours à la notion de <i>choses abandonnées</i> ( <i>res derelictae</i> ) .....	34
2.1.2. La référence à la notion de <i>choses hors commerce</i> .....	40
2.1.3. Le recours à la notion de <i>choses communes</i> ( <i>res communes</i> ) .....	47
2.2. L'émergence de nouvelles catégories juridiques .....	61
2.2.1. La création de la catégorie des <i>choses d'origine humaine et à</i> <i>finalité humaine</i> .....	62
2.2.2. La création d'une catégorie propre aux <i>produits à caractère</i> <i>personnel</i> .....	65
2.3. Au-delà des choses et des personnes: l'introduction d'une catégorie juridique témoignant de la spécificité de l'embryon sumuméraire .....	69
2.3.1. La consécration juridique de l'embryon en tant qu' <i>être humain</i> .....	69
2.3.2. L'embryon sumuméraire, « <i>personne humaine potentielle</i> » ou « <i>forces génétiques</i> » de l'homme .....	72
2.3.3. L'oeuf humain, matière vivante innommée se situant à mi-chemin entre la personne et la chose .....	81
<b>CHAPITRE 3: LA PROPRIÉTÉ DES DÉCHETS BIOMÉDICAUX ENVISAGÉE DANS UNE PERSPECTIVE SOCIO-ÉCONOMIQUE .....</b>	<b>102</b>
3.1. Les fondements philosophiques de la pensée juridique .....	103
3.2. Pour une approche individualiste de la question .....	104

3.2.1. La tendance américaine .....	104
3.2.2. La tendance observée en France, au Québec et au Canada anglais .....	112
3.3. Les tissus humains, matières premières au service de la collectivité .....	123
3.3.1. Les manifestations, aux États-Unis, de l'héritage utilitariste anglo-saxon .....	123
3.3.2. L'amorce, en droit français, d'une socialisation du corps humain .....	126
3.4. L'ébauche de solutions conciliatrices des intérêts individuels et du bien commun .....	130
3.4.1. Les schémas élaborés dans la <i>common law</i> .....	130
3.4.1.1. La consécration de la théorie du «consentement éclairé» ( <i>informed consent doctrine</i> ) .....	130
3.4.1.2. Le réaménagement des règles de la propriété intellectuelle .....	132
3.4.1.3. L'instauration du <i>right of commerciality</i> .....	133
3.4.1.4. La mise en place d'un mode prospectif de rétribution des patients .....	136
3.4.2. Vers la définition d'un nouveau contrat social: l'approche soumise à la Commission de réforme du droit du Canada .....	140
3.4.3. Le paradigme de la catégorie des <i>choses d'origine humaine</i> <i>et à finalité humaine</i> en droit français et en droit québécois .....	142
CONCLUSION .....	159
TABLE DE LA LÉGISLATION .....	167
TABLE DES JUGEMENTS .....	168
BIBLIOGRAPHIE .....	169

## INTRODUCTION

Il y a à peine deux ou trois décennies, l'idée de consacrer quelque étude à la propriété des déchets biomédicaux en aurait certes fait sourire plus d'un. Cette question n'effleurait même pas l'esprit. Les tissus humains prélevés au cours d'exérèses, le placenta et les diverses substances corporelles recueillies dans un but diagnostique ou thérapeutique étaient, de toute évidence, de purs déchets organiques dont nul n'avait intérêt à revendiquer la propriété. Mais voilà que l'avènement des biotechnologies devait, dans les années 1970, complètement modifier ce tableau et s'attaquer de plein fouet à cette indifférence. De vulgaires débris relégués au rang des seringues et autres objets souillés, les tumeurs et les résidus anatomiques collectés en milieu hospitalier devaient, dès lors, rapidement accéder au rang de matières fort prisées par la science et l'industrie. De fait, les procédés de bioconversion et de culture cellulaire mis au point grâce au génie génétique permettent aujourd'hui de transformer ces reliquats en produits thérapeutiques souvent révolutionnaires. Qui plus est, depuis l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans la cause *Chakrabarty*<sup>1</sup>, la brevetabilité des inventions nées de la manipulation de substances vivantes semble universellement admise. L'on peut, sans l'ombre d'un doute, affirmer qu'en donnant libre cours aux aspirations économiques des chercheurs, cette décision a contribué de façon très significative à l'essor spectaculaire que connaissent à l'heure actuelle les biotechniques. Outre la quête de gloire et le désir de servir la collectivité, la possibilité de faire financièrement fructifier leurs réalisations allait, en effet, tôt constituer une importante source de motivation pour les spécialistes en biologie moléculaire.

L'arrêt *Chakrabarty* correspond par ailleurs à un tournant déterminant dans l'évolution de la technoscience. Le facteur économique, jusque-là absent du débat entourant le droit de disposer des déchets biomédicaux, devait, à compter de ce moment, commencer à monopoliser l'attention pour devenir en quelque sorte le point névralgique de la discussion. Ainsi, l'un des soucis majeurs de ceux qui oeuvrent dans le domaine de la biotechnologie est-il de pouvoir mettre aisément la main sur les résidus organiques qu'ils emploient comme

---

<sup>1</sup> *Diamond c. Chakrabarty*, 477 U.S. 303 (1980).

matières premières, et ce, au moindre coût, de manière à rentabiliser leur investissement et à en tirer le maximum. Cela peut, dans une certaine mesure, paraître légitime, quand on sait qu'un médicament ou une formule brevetable n'émerge généralement qu'après maints essais et erreurs s'échelonnant sur une longue période de temps. Il en coûte, dit-on, entre 65 et cent millions de dollars pour développer un tel produit<sup>2</sup>. C'est pourquoi les chercheurs ont également tout avantage à ce que le processus par lequel leur parviennent les matériaux corporels leur assure, au plan juridique, l'entière jouissance de ce matériel. Considérant d'autre part la faible probabilité que ces démarches aboutissent à un résultat concret, le parcours qu'empruntent ces éléments avant d'atteindre les laboratoires ne saurait, en réalité, être trop parsemé d'obstacles.

Cependant, si la position des intervenants du monde de la recherche biomédicale et de l'industrie pharmaceutique peut, à bien des égards, se justifier, les profits faramineux découlant de la transformation des tissus humains devaient inciter les patients à réclamer leur «part du gâteau», ce qui, à prime abord, n'est pas moins défendable. On ne saurait ici passer sous silence le cas, aux États-Unis, de John Moore<sup>3</sup>, qui a indiscutablement fait ressortir avec acuité cette distorsion et sensibilisé la communauté internationale à la situation des individus qui fournissent de leurs tissus à la science. Consécutivement à l'ablation de sa rate, rappelons que ce patient leucémique avait, à son grand étonnement, appris l'existence d'une lignée cellulaire curieusement désignée sous le nom de «Mo-cell». Les bénéfices potentiels d'exploitation de la lignée, issue de ses cellules spléniques, étaient, convient-il d'ajouter, estimés à trois milliards de dollars. Or, au droit de son médecin d'être gratifié en tant que concepteur du produit, M. Moore devait opposer son intérêt, à titre de propriétaire des cellules utilisées, à encaisser une partie de cette somme. Les vertus exceptionnelles que possédaient celles-ci expliquaient, selon lui, l'ampleur de ces retombées financières.

Ce serait néanmoins adopter une vision fort réductrice que de limiter les préoccupations des patients à ce seul volet économique. Le comportement du Dr Golde - le médecin traitant de John Moore - et de ses collègues, qui, sans permission du malade, s'étaient rués sur la rate fraîchement retirée du corps de ce dernier afin de s'en emparer, révèle un autre aspect, tout aussi criant, du problème. Face à pareille démonstration du pouvoir

---

<sup>2</sup> John J. O'CONNOR, «The Commercialization of Human Tissue - The Source of Legal, Ethical and Social Problems: an Area Better Suited to Legislative Resolution», (1990) 24 *Loyola of Los Angeles Law Review* 115, 134 et 135.

<sup>3</sup> *Moore c. Regents of the University of California*, 249 Cal. Rptr. 494 (App. 2d Dist. 1988); 793 P. 2d 479 (Cal. 1990).

envahissant de la technoscience, le patient peut ne pas se sentir respecté dans son intimité et voir son intégrité et sa dignité sérieusement menacées. Le droit de chacun de disposer librement de son corps ayant été, ces récentes années, hissé parmi les valeurs capitales de notre société, ces pratiques peuvent, du reste, s'avérer usurpatrices de la faculté du patient de contrôler l'usage de ses déchets anatomiques. De même, le devoir fiduciaire - ou d'information -, sur lequel est modelée la relation médecin-patient, est-il susceptible de venir à la rescousse de ce dernier. Le mutisme des équipes soignantes à propos de la destination qu'elles réservent aux substances résiduelles humaines est, croyons-nous, difficilement conciliable avec cette obligation, centrée sur l'échange et la confiance. Par delà la dimension pécuniaire, il y a donc la personne qui, à travers ses composantes corporelles, demande à être protégée contre l'invasion de la science. Les arguments qu'elle peut invoquer pour ce faire ont d'autant plus de poids qu'ils se fondent sur des valeurs et des principes solidement ancrés dans notre culture juridique contemporaine.

La polémique soulevée par la propriété des déchets d'hôpitaux donne ainsi l'impression de se jouer sur une scène entièrement dominée par des intérêts particuliers. Le bien-être collectif, qui se situe en arrière-plan, nous est, de fait, fréquemment présenté comme le pâle reflet des intérêts des chercheurs et de l'industrie, dont il se veut le porte-étendard. La collectivité doit, bien sûr, pouvoir s'adjoindre des équipes de spécialistes enthousiastes et dynamiques, pour réussir dans ses efforts en vue de vaincre la maladie. Elle doit, jusqu'à un certain point, se rendre complice de leur succès. Mais ramener de la sorte les préoccupations des citoyens en matière de santé publique à celles de la communauté scientifique serait se confiner à une analyse incomplète du problème. Le mieux-être de la population ne suppose-t-il pas avant tout l'accès universel aux nouveaux traitements et une diffusion rapide des techniques biomédicales? Il s'accorde, à notre sens, plutôt mal avec le secret qui scelle ces découvertes et le paiement de licences d'exploitation dont les frais se répercutent inévitablement sur le prix des médicaments.

Cela étant, le droit ne peut plus se tenir au-dessus de la mêlée et demeurer impassible face aux enjeux suscités par la récupération, à des fins commerciales, des résidus corporels humains. Tous attendent de lui des réponses, dans le but de gérer les conflits qui en résultent et d'orchestrer les faits.

Le rythme trépidant auquel progressent les biotechnologies entraîne inéluctablement les juristes dans de profondes réflexions concernant les rapports de l'homme à son corps. Le développement de ce créneau pourrait, de surcroît, coïncider avec un moment crucial de

**l'histoire du droit, en ce qu'il force ce dernier à réintégrer le corps, longtemps abandonné à la philosophie et à la religion. Resurgit alors la nécessité de s'interroger à savoir si l'organisme humain participe de la personne ou constitue une chose sur laquelle celle-ci a - ou non - un droit de propriété. L'heure est effectivement venue de se demander dans quelle mesure la thèse kantienne, qui a bercé de nombreuses générations de juristes et suivant laquelle le corps est l'émanation de la personne, doit résister à cette seconde image du corps réifié. Les solutions esquissées par les auteurs relativement à l'attribution et aux modalités d'exercice du pouvoir de disposer des déchets hospitaliers procèdent des opinions exprimées à cet effet. Aussi, avant d'amorcer l'étude de ces solutions, jugeons-nous opportun d'exposer à grands traits les divers modes d'appréhension par le droit de la relation corps-sujet, en insistant plus spécialement sur les différentes conceptions des liens entre la personne et ses démembrements corporels. C'est précisément ce à quoi nous nous appliquerons dans le cadre d'un premier chapitre liminaire.**

**Eu égard à la nature réelle ou personnelle des matières organiques, la tâche des juristes consiste, pour l'essentiel, à définir les droits de chacun des acteurs que les biotechnologies mettent en scène de même que les règles encadrant l'utilisation scientifique et commerciale de ces substances. On ne saurait par exemple se contenter d'établir que les tissus humains obtenus lors d'un prélèvement ou d'un acte chirurgical sont des choses; encore faut-il spécifier le genre de chose dont il s'agit. À cette étape, la tentation peut être grande, notamment pour des civilistes formés à l'école du positivisme, de se tourner vers les catégories édifiées par leurs prédécesseurs. C'est en fait un réflexe quasi naturel, chez les auteurs latins - pour ne mentionner que ceux-là -, de s'en remettre à l'ordre juridique existant, lorsqu'ils doivent qualifier les nouvelles réalités auxquelles ils sont confrontés<sup>4</sup>. Dans les cas où des rapprochements peuvent être en toute logique effectués, les paradigmes auxquels renvoie le droit positif représentent, sans conteste, de précieux repères. Il serait absurde d'en faire abstraction. L'utilité et le propre d'une catégorie ne sont-ils pas d'ailleurs de favoriser le regroupement et la classification des données saisies - entre autres - par le droit? Bien que les options qui s'offrent aux juristes méritent considération, leur examen ne doit pas, par contre, se solder par un acharnement à trouver, au sein de cet ensemble, la désignation de chaque phénomène répertorié. La référence à ces concepts ou patterns ne saurait avoir pour conséquence de bâillonner le raisonnement des auteurs ni conduire à trop de gymnastique intellectuelle.**

---

<sup>4</sup> Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, pp. 90 et suiv.

À la lumière de ces observations, on peut se questionner sur la façon dont le statut des déchets biomédicaux est abordé par les juristes. Nous nous emploierons donc, à l'intérieur du deuxième chapitre de notre mémoire, à faire le tour des principales perceptions qu'ont ces derniers de la nature de tous ces résidus anatomiques provenant d'interventions chirurgicales, d'accouchements ou d'actes à caractère diagnostique. Nous nous attarderons de plus au matériel génétique conservé dans les cliniques de fertilité et, en particulier, aux embryons surnuméraires, soit aux zygotes produits en trop au terme d'une fécondation *in vitro*. Quoique ce matériel soit - et doit être - manipulé avec des gants blancs, il reste que les procréations médicalement assistées ont pour corollaire d'augmenter le volume des rebuts organiques d'origine humaine, qu'on le veuille ou non. Les embryons *in vitro* en état de «décrépitude» faute d'avoir été implantés dans un délai acceptable encombrant les laboratoires. Il ne faut pas être stupéfait d'apprendre que plusieurs - comme en Grande-Bretagne, récemment - finissent par être détruits et enfouis dans des bacs à déchets.

Notre analyse, surtout orientée vers les droits français, québécois, américain et canadien-anglais, sera l'occasion de peser l'influence du positivisme sur les approches retenues, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, au stade de la qualification des éléments énumérés ci-haut. Nous porterons enfin un regard critique sur ces perspectives, en nous attachant à la rigueur et à la convenance des solutions tirées du droit positif, puis à l'opportunité d'emprunter les avenues qui se singularisent par rapport à la doctrine classique.

Pour technique qu'elle puisse être en apparence, la qualification juridique des déchets d'hôpitaux comporte toutefois une part indéniable de subjectivité. La pensée du juriste est perméable aux valeurs culturelles et aux courants philosophiques qui marquent son époque et l'environnement dans lequel il baigne. À partir de ces paramètres, sera arbitré le conflit opposant les intérêts respectifs de la science, des patients et de la collectivité, et dressé le régime applicable aux résidus ou produits de source humaine. Ainsi, dans les pays anglo-saxons, le mouvement libertaire - qui, dès le XVII<sup>e</sup> siècle, accréditait la thèse de la propriété individuelle du corps - nous semble préparer le terrain à des constructions matérialistes de l'embryon et des composantes anatomiques humaines. Née environ un siècle plus tard - toujours en Angleterre -, la mentalité utilitariste, dont le centre de gravité est le critère de l'utilité sociale, est par ailleurs propice à des raisonnements pragmatiques, à travers lesquels cette configuration du corps-matériau pourra s'ajuster aux besoins de la collectivité. Du côté des juristes appartenant à la grande famille romano-germanique, il y a cependant lieu de présumer que l'union formée par le corps et la personne, qu'a cimentée une longue

tradition spiritualiste, ne peut être d'emblée démantelée pour faire place à l'assimilation des éléments corporels à de simples matériaux. Encore que l'égalitarisme, flambeau de la Révolution de 1789, ait bouleversé le contexte politique et social français, l'égalité, le partage et la solidarité qu'il vise à instituer entre les hommes doivent se réaliser dans le plus strict respect du corps, qui incarne le sujet. Cette vénération de la personne - représentée dans sa chair - est, d'après nous, susceptible d'opacifier les considérations socio-économiques liées aux biotechnologies.

Les divergences idéologiques historiquement constatées entre les civilisations anglo-saxonne et romano-germanique laissent finalement anticiper des distinctions notables quant aux modes de résolution des dilemmes inhérents à la propriété des substances corporelles résiduelles et des embryons *in vitro*. En effet, le spiritualisme kantien pourrait vraisemblablement incliner les civilistes à faire de la personne la plaque tournante des règles ayant trait à l'appropriation de ce matériel organique. On peut, au contraire, s'attendre à ce que les juristes anglo-saxons élaborent des régimes sur la base de prémisses pratiques. Dans l'optique de la *common law*, les impératifs sociaux et économiques ont en vérité bien des chances de prendre le dessus sur l'essence même des «choses».

Le troisième - et dernier - chapitre de notre exposé sera consacré aux théories ou moyens échafaudés par les auteurs et autres artisans du droit, afin d'aménager les rapports tripartites technoscience-patient-collectivité auxquels le raffinement et la prolifération des techniques du génie biomédical donnent lieu. Il nous permettra de visualiser comment les choix opérés au titre de la classification juridique des reliquats corporels et des embryons humains excédentaires se transposent dans l'échiquier social. Nous tenterons de déterminer la position des juristes sur cet échiquier, où se disputent droits individuels et intérêt commun. Nous serons ensuite à même de commenter et de comparer - en regard des influences libérale, utilitariste, kantienne et égalitariste - les approches qui se dessinent dans la *common law* américaine et canadienne, d'une part, et en droit français et québécois, d'autre part.

Le présent mémoire se veut en somme le fruit d'une étude à la fois descriptive, critique et comparative de la pensée juridique entourant la propriété des déchets biomédicaux. Étant donné la teneur et les ramifications éminemment sociales de ce thème, notre analyse s'étendra à la double perspective - proprement juridique et socio-économique - que recouvre celui-ci.

## CHAPITRE 1

### LE CORPS HUMAIN ENVISAGÉ DANS SES RAPPORTS AVEC LA PERSONNE

Le corps humain a-t-il, en droit, le statut de personne ou de chose? Si l'on ne s'en tient qu'à sa formulation, cette question se résume certes à peu. Elle ne paraît receler aucun méandre. Pourtant, elle est truffée de mystères et entraîne qui entreprend de l'éclaircir dans d'interminables détours pour le moins sinueux. Il fut une époque où la nature personnelle du corps de l'homme relevait presque de l'évidence. Sous le règne du catholicisme, lequel devait largement s'abreuver des théories de KANT, il était loisible aux civilistes de faire l'économie d'un tel questionnement. Maintenant que nos sociétés sont devenues pluralistes et que les biotechnologies sont en voie d'atteindre leur rythme de croisière, l'obligation de clarifier le statut juridique de l'organisme humain et de ses éléments constitutifs remonte à la surface. Dans les juridictions de tradition civiliste comme dans les pays de *common law*, tous les yeux sont rivés vers le droit, appelé à donner son «*imprimatur*» à l'une des interprétations qui lui sont proposées.

#### 1.1. Le corps, incarnation ou substrat de la personne

*The body is part of the self; in its togetherness with the self it constitutes the person; a man cannot make of his person a thing [...].*<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Immanuel KANT, *Lectures on Ethics* [1775-80], trad. par Louis INFELD (avant-propos de Lewis W. BECK), Cambridge, Hackett, 1963, pp. 165 et 166 (cité dans Stephen R. MUNZER, «Kant and Property Rights in Body Parts», (1993) 8 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 319, 323).

Ces paroles d'Immanuel KANT traduisent, on ne peut mieux, le point de vue du philosophe en ce qui concerne la relation dans laquelle s'inscrivent le corps et la personne. Elles nous font explicitement comprendre que la personne est un être incarné. Pour employer un vocabulaire typiquement kantien, le corps serait l'expression phénoménale - c'est-à-dire la manifestation dans le monde sensible - du sujet, noumène ou «chose en soi»<sup>6</sup>. De là lui viendrait sa valeur inestimable. La chosification du corps et l'aliénation de ses parties équivaldraient, pour l'homme, à mettre sur le bûcher sa liberté et sa dignité<sup>7</sup>. L'assignation du corps au service d'un sujet foncièrement libre et animé d'une volonté autonome constitue, effectivement, la pièce maîtresse de toute la philosophie de KANT.

Loin d'avoir sombré dans l'oubli et la désuétude, cette thèse compte encore de nombreux ténors parmi les juristes français et québécois. Entre l'absolutisme des droits subjectifs, qui propulse le corps dans l'échange, et la proclamation d'une liberté «que pour soi», respectueuse de l'étroite communion de ce dernier avec la personne, Catherine LABRUSSE-RIOU faisait, il n'y a pas si longtemps, acte de foi en faveur de la morale kantienne<sup>8</sup>. De même, sa collègue Claire NEIRINCK se réfugie-t-elle derrière les mots «mon corps, c'est moi», en guise de contre-attaque à la dislocation, par la technoscience, des composantes charnelle et spirituelle de la personne<sup>9</sup>. Parce que le sujet se confondrait à l'objet, Alain BERNARD repousse lui aussi la possibilité de dépeindre en termes de «droits» - réels ou subjectifs - les prérogatives de la personne vis-à-vis de son corps. Il y voit plutôt une liberté dont les contours devraient être tracés par les impératifs que prescriraient l'ordre public et la protection de l'homme<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> S.R. MUNZER, *id.*, 324-325.

<sup>7</sup> *Id.*, 322, 323, 326 et 328.

<sup>8</sup> Catherine LABRUSSE-RIOU, «Droit du corps, lois sur le corps», *Éthique, La vie en question* (1991), no 1, 16, 23-25. L'exemple de Mme LABRUSSE-RIOU a été, si l'on peut dire, suivi par Grégoire LOISEAU: Quelque attristé qu'il puisse être de devoir consigner les gains de la volonté individuelle sur le principe de l'indisponibilité du corps humain, le droit ne saurait, de l'avis du juriste, abdiquer et concéder tout le terrain aux droits subjectifs. Il se devrait d'élever des garde-fous, sinon c'est la dignité de la personne qui risque de faire les frais de cette victoire et de voler en éclats. Grégoire LOISEAU, «Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps», (1992) 37 *R.D. McGill* 965, 992 et 993.

<sup>9</sup> Claire NEIRINCK, «L'indisponibilité du corps humain», dans Geneviève KOUBI (dir.), *Propriété & Révolution*, Toulouse, C.N.R.S., 1990, p. 263, à la page 264.

<sup>10</sup> Alain BERNARD, «Le corps humain, objet du contrat», dans Raphaël DRAI et Michèle HARICHAUX (dir.), *Bioéthique et droit*, Paris, P.U.F., 1988, p. 148, aux pages 182 à 184.

Il n'est pas inintéressant de signaler que cet argument, cité près de deux siècles auparavant dans les écrits de KANT<sup>11</sup>, forme le noeud de la thèse soutenue, en Belgique, par Xavier DIJON. Ne serait-ce que sous l'angle de la technique juridique, l'existence d'un droit de propriété de l'individu sur son entité corporelle serait, d'après cet auteur, inconcevable, l'extériorité de l'objet relativement à son propriétaire faisant en l'occurrence défaut<sup>12</sup>. Les restrictions qu'imposerait à l'homme le maintien de son intégrité physique ne pourraient être non plus conciliées avec l'*abusus* caractéristique de la propriété<sup>13</sup>. Il faudrait, conformément à la théorie de M. DIJON, chercher dans la nature l'explication et l'origine de l'appropriation par le sujet de son corps. Cette emprise naturelle et spontanée transcenderait le droit. L'imbrication du corps et de la personne ne laisserait aucune place à cette discipline, laquelle aurait exclusivement vocation à régir les rapports sociaux<sup>14</sup>. Même les parties détachables de l'organisme pourraient être emportées par cette force naturelle d'attraction et, par conséquent, soudées à la personne «à perpétuelle demeure»<sup>15</sup>. Pareille analyse exclut à toutes fins pratiques l'hypothèse d'un droit réel *sui generis* se glissant entre le sujet et son matériel anatomique.

Encore qu'ils éprouvent beaucoup d'amertume au constat de la désagrégation de l'alliance corps-sujet et de la réification des produits humains, d'autres semblent davantage insister sur la fonction symbolique du corps que sur sa consistance personnelle<sup>16</sup>. Pour ces juristes, le corps ne serait pas tant la personne que le support sur lequel se fixe celle-ci. Cependant, malgré que le vocable change quelque peu de registre, ne ressort pas moins de leur discours l'urgente nécessité de donner préséance au sujet - sitôt qu'il y a atteinte au corps -, tout en le mettant en garde contre les excès d'une liberté qui ferait impasse sur sa condition d'homme. N'est-ce pas là l'essentiel du message kantien?

Il nous faut à cela ajouter que, même si leur perception des liens entre la personne et son matériel génétique pêche parfois par sa nébulosité, les tribunaux français aux prises

---

<sup>11</sup> [...] *a person cannot be a property and so cannot be a thing which can be owned, for it is impossible to be a person and a thing, the proprietor and the property*, énonçait le philosophe. I. KANT, *op. cit.*, note 5, p. 165.

<sup>12</sup> Xavier DIJON, *Le sujet de droit en son corps, Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur, Société d'Études Morales, Sociales et Juridiques, 1982, pp. 277 et 278.

<sup>13</sup> *Id.*, pp. 667 et 668.

<sup>14</sup> *Id.*, pp. 672-674.

<sup>15</sup> *Id.*, pp. 674-676.

<sup>16</sup> Marie-Angèle HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 323, 325-328; Édith DELEURY, «La personne en son corps: l'éclatement du sujet», (1991) 70 *R. du B. can.* 448, 451 et 471.

avec les réclamations de veuves revendiquant - auprès de CECOS (Centres d'étude et de conservation du sperme) - les substances séminales de conjoints défunts ont témoigné leur fidélité à la vision kantienne du corps et de ses éléments. Lors du prononcé de sa sentence dans le conflit *Parpalaix*, le Tribunal de grande instance de Créteil a incidemment indiqué la non-patrimonialité des constituants corporels humains. La préservation de l'intégrité physique de la personne commanderait cette qualification. Dû à son pouvoir d'engendrer la vie, le sperme devrait *a fortiori* rester en dehors du patrimoine de l'individu, de décréter le Tribunal<sup>17</sup>. Cette opinion n'a pas été révoquée par les magistrats toulousains<sup>18</sup>. Il s'ensuit que les ententes auxquelles participent les «donneurs» de gamètes et les cliniques qui recueillent ces substances sont abordées, dans la jurisprudence française, à travers les lentilles du contrat *sui generis*<sup>19</sup>.

Bernard EDELMAN en a, quant à lui, contre la déshumanisation du corps, absorbé, dans sa matérialité, par le concept abstrait de marché. Son raisonnement part de la prémisse suivante: le contact de l'homme avec la nature façonne le moule dans lequel sont coulées les relations de ce dernier avec son corps. Alors que les mécanismes de la propriété privée gouvernaient la maîtrise de l'homme sur son environnement naturel, force était de rebrousser chemin devant les bornes infranchissables érigées par la nature à l'appropriation de certains espaces<sup>20</sup>. Mais depuis que les lois de l'économie dictent les pouvoirs de l'homme à l'égard de la nature, les frontières qui séparaient les choses susceptibles d'appropriation de ces domaines sacrés, qu'occupait le corps humain, s'effacent, observe avec désolation M. EDELMAN. Les données de la métaphysique sont évacuées et le corps est dès lors aspiré, puis englouti, par une logique marchande<sup>21</sup>. M. EDELMAN se réclame des enseignements de KANT, dans le but d'inviter l'être humain à prendre ses distances par rapport à la nature<sup>22</sup>. Celui-ci, allègue le juriste, ne saurait succomber à la tentation de

<sup>17</sup> Trib. gr. inst. Créteil, 1<sup>er</sup> août 1984, *Gaz. Pal.* 1984.II.560 (*Parpalaix* c. C.E.C.O.S.).

<sup>18</sup> Trib. gr. inst. Toulouse, 26 mars 1991, J.C.P. 1992.II.21807, note Pédrot (*Mme G. c. C.E.C.O.S. M.*).

<sup>19</sup> Dans l'affaire *Parpalaix*, le Tribunal insinue que l'être humain loge dans ses gènes, que ceux-ci en sont en quelque sorte la projection (Trib. gr. inst. Créteil, précité, 561). D'un autre côté, la référence à ces conventions nous fait simultanément douter de la consistance authentiquement personnelle des cellules germinales de l'homme.

<sup>20</sup> Bernard EDELMAN, «Entre personne humaine et matériau humain: le sujet de droit», dans Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, C. Bourgeois, 1988, p. 107, aux pages 112 et 113.

<sup>21</sup> *Id.*, 138-141.

<sup>22</sup> B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *op. cit.*, note 20, pp. 105 et 106.

négocier l'ultime fin qu'il incarne contre la qualité d'instrument disponible à la science<sup>23</sup>. M. EDELMAN ne nie pas que les gènes partagent plusieurs affinités avec la voix, l'image et les autres attributs du sujet couverts par ce qu'il est convenu d'appeler les «droits de la personnalité». À la différence toutefois de ces éléments, qui correspondent chacun à une facette de l'individu, le matériel chromosomique ne pourrait être mis en circulation et exploité commercialement, car il porte en lui le portrait biologique intégral de la personne. L'humain tout entier transiterait à travers lui<sup>24</sup>.

On peut immédiatement établir une similitude entre cette opinion et la décision de la Cour suprême de la Californie dans le procès *Moore*<sup>25</sup>. Vu l'absence de précédents et de position ferme du législateur entérinant le droit d'un individu de prétendre à la propriété de son corps<sup>26</sup>, les magistrats californiens ont, de fait, jugé plus prudent de ne pas devancer ces autorités en courant le risque de faire bifurquer le droit vers une direction hasardeuse. Ainsi que le juge ARABIAN l'a évalué, John Moore aurait confronté la Cour à une demande d'une complexité et d'une envergure hors du commun: *He entreats us to regard the human vessel - the single most venerated and protected subject in any civilized society - as equal with the basest commercial commodity.*<sup>27</sup> *The question implicates choices which not only reflect, but which ultimately define our essence*<sup>28</sup>, de commenter le juge. Considérant par ailleurs le droit positif à la hauteur du défi que pose la protection du patient face aux biotechniques, la Cour n'a pu se résoudre à amorcer ce périlleux virage. Elle devait se raccrocher à la notion de «*rights of privacy*»<sup>29</sup>. Ces droits extrapatrimoniaux ont pour objectif de préserver l'intimité, la dignité et l'autonomie du sujet.

En dépit de la prépondérance allouée, dans l'arrêt *Moore*, aux facteurs à saveur socio-économique<sup>30</sup>, on note indubitablement chez les magistrats américains une pudeur à

---

<sup>23</sup> Édith DELEURY est, au Québec, une adepte de cette approche téléologique. Édith DELEURY, «Biotechnologie, éthique et droit», dans Guy LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, p. 156, aux pages 158 à 163.

<sup>24</sup> B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *op. cit.*, note 20, pp. 102 et 103.

<sup>25</sup> *Moore c. Regents of the University of California* (1990), précité, note 3.

<sup>26</sup> L'esprit des dispositions du *Health and Safety Code* traitant de la gestion des déchets biomédicaux n'aiderait, d'autre part, nullement la cause des protagonistes d'un droit de propriété du patient sur ces matières résiduelles. Ces dispositions législatives, qui pourvoient à l'élimination et à la manipulation sécuritaire de ces tissus infectés, entreraient directement en contradiction avec le contrôle que garantit la propriété. Elles conserveraient les déchets opératoires hors de la portée des patients, non habilités à en user. *Id.*, 491 et 492.

<sup>27</sup> *Id.*, 497.

<sup>28</sup> *Id.*, 498.

<sup>29</sup> *Id.*, 494.

<sup>30</sup> Voir *infra*, section 3.4.1.1.

profaner le corps, ni plus ni moins jouté à la personne. Les droits de la personnalité, pour autant qu'ils divergent des droits patrimoniaux, sont, à l'instar de ce que Bernard EDELMAN paraît souhaiter<sup>31</sup>, au rendez-vous.

Pendant que nombre d'auteurs auraient espéré des tribunaux californiens un coup de barre vers un cap nouveau et que le juge MOSK, dissident, désapprouve ses pairs de ne pas s'être acquittés de leur devoir de vaquer à l'évolution du droit<sup>32</sup>, d'aucuns se montrent rassurés de la sagesse dont est empreinte la décision de la Cour suprême dans *Moore*. La juriste canadienne Joan M. GILMOUR estime que le corps, en ce qu'il fait partie intégrante de l'identité du sujet, ne saurait être précipitamment projeté dans la catégorie des choses<sup>33</sup>. L'empressement de certains à convertir les cellules humaines en objets de propriété serait motivé par le besoin de sauvegarder l'intimité de l'individu. Or, croit Mme GILMOUR, la propriété n'est pas la seule clé qui puisse conférer au sujet la faculté de jouir de son corps à l'exclusion des tiers. L'on aurait tort de déduire systématiquement que cette prérogative est indicatrice d'un droit réel. La qualification réelle ou personnelle des composantes anatomiques humaines importe, en vérité, bien peu à l'auteure. Les catégories juridiques actuelles ne sont du reste pas, à ses yeux, d'un très grand secours dans les circonstances. Le droit devrait miser sur la confection d'un régime resserrant les liens qui unissent le sujet à son corps et attestant de la sorte que ce dernier est le miroir de la personnalité<sup>34</sup>.

Cette conclusion avoisine celle de Courtney S. CAMPBELL. L'expérience que nous faisons de notre corps, de mentionner l'éthicienne, nous amènerait à découvrir que nous l'associons tantôt à l'être que nous sommes, tantôt à une réalité extrinsèque mise en notre possession<sup>35</sup>. Bien que les progrès enregistrés du côté de la transplantation d'organes et de la bio-industrie aient concouru à l'objectivation des matières organiques, ces éléments colleraient si parfaitement à la personne qu'ils ne sauraient lui appartenir à la manière d'un quelconque objet. Aussi, avant de capituler face aux supplications de la science de morceler le corps en pièces de rechange et au désir des individus de monnayer ces

---

<sup>31</sup> Voir aussi C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 8, 26. Au Québec, l'article 3 du Code civil précise que [t]oute personne est titulaire de droits de la personnalité.

<sup>32</sup> *Moore c. Regents of the University of California* (1990), précité, note 3, 507 et 508 (j. Mosk).

<sup>33</sup> Joan M. GILMOUR, «"Our" Bodies: Property Rights in Human Tissue», (1993) 8 *RCDS* 113, 129-136.

<sup>34</sup> *Id.*, 136-138.

<sup>35</sup> Courtney S. CAMPBELL, «Body, Self, and the Property Paradigm», (1992) 22 *Hast. Cent. Rep.* 34, 34 et 35.

ressources biologiques, faudrait-il user de circonspection. Les démembrements que le corps subit ne doivent pas ternir l'image du sujet, prévient Mme CAMPBELL<sup>36</sup>.

Plusieurs juristes anglo-américains<sup>37</sup> rejettent pareillement la figure de la propriété, afin de se masser autour des droits à la vie privée et à l'autodétermination - ou *rights of privacy*. Néanmoins, leur adhésion à cette doctrine n'est pas vraiment le fruit d'une démarche ontologique rigoureuse et longuement mûrie. Les implications pratiques de la propriété individuelle des tissus corporels<sup>38</sup> et le panorama législatif<sup>39</sup> conditionnent par-dessus tout leur option.

Au-delà des nuances - des plus ténues - détectées dans le langage des juristes, un large consensus existe, à la fin, concernant la prééminence des droits de la personnalité, lorsqu'il s'agit de rendre compte de la dynamique corps-sujet. Qu'il en soit l'incarnation ou le substrat, le corps est tellement près de la personne qu'à suivre ce courant - dans le droit fil des enseignements de KANT - on a peine à le disjoindre de celle-ci et à en distraire l'homme.

## 1.2. Le corps, habitacle commun de la personne et de l'humanité

L'amplitude des pouvoirs qu'évoque la sensation, pour le sujet, d'«être» et de dominer son corps peut faire craindre les pires abus. Pressentant ce danger, la religion catholique devait atténuer la portée des dogmes kantien. Temple de l'esprit et reposoir où l'âme habite, le corps, quoiqu'indivisible de la personne et affecté à sa réalisation, doit en effet, dans l'optique chrétienne, se trouver à l'abri de toute initiative irrévérencieuse qui pourrait être commise par le sujet dans l'exercice de sa liberté. D'ailleurs, déjà au XIII<sup>e</sup> siècle, Thomas d'AQUIN déclarait l'homme usufruitier de son corps et accordait à Dieu la nue-

---

<sup>36</sup> *Id.*, 36, 37 et 42.

<sup>37</sup> Christopher HEYER, «*Moore v. Regents of University of California: The Right of Property in Human Tissue and its Effect on Medical Research*», (1990) 16 *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 629, 651 et 652; Helen R. BERGMAN, «*Case Comment: Moore v. Regents of the University of California*», (1992) 18 *American Journal of Law and Medicine* 127, 137; J. J. O'CONNOR, *loc. cit.*, note 2, 133, 134 et 146.

<sup>38</sup> Voir *infra*, sections 3.3.1 et 3.4.1.

<sup>39</sup> Christopher HEYER fait par exemple valoir que la prohibition légale relative à la vente d'organes empêcherait les tissus humains de se qualifier comme des biens, soit comme des choses sujettes à un droit de propriété. De plus, les prescriptions contenues dans le *Health and Safety Code* californien rétréciraient considérablement la marge de manoeuvre du patient quant à la disposition de ses résidus anatomiques. C. HEYER, *loc. cit.*, note 37, 649 et 650.

propriété de ce dernier<sup>40</sup>. En tant que maillon de la chaîne de la vie, chaque personne aurait l'obligation de jouir à bon escient de son organisme, de façon à pouvoir transmettre à son tour ce riche héritage humain reçu de Dieu.

Les notions de fiducie et de *stewardship* se substituent parfois, dans la littérature, à celle d'usufruit pour marquer le contrôle dont le sujet dispose sur son corps<sup>41</sup>. L'homme prend alors la qualité non plus d'usufruitier, mais de fiduciaire - ou de mandataire - à qui Dieu délèguerait l'autorité de faire usage du corps conformément à ses desseins et à ses instructions. Il se doit de se comporter en apôtre de la liberté, de la vie et du bien commun. Par le fait même, le suicide est un geste jugé sévèrement. Le don d'organe valablement consenti se révèle à l'inverse un acte généreux et admirable. Le but recherché ici n'est pas d'hypothéquer l'organisme humain en faveur de la collectivité; il consiste plutôt à éviter que l'individu profite indignement et égoïstement de ses atouts corporels, en lui signifiant qu'il a, envers ses semblables, un devoir de bienfaisance et d'entraide mutuelle<sup>42</sup>.

Certes, observe-t-on une antinomie frappante dans le fait de proclamer, d'une part, l'indivisibilité du corps et de la personne puis, de l'autre, que l'homme est vis-à-vis de son corps un usufruitier ou un fiduciaire, ce qui implique que l'on soit en présence d'une chose. Nonobstant cet illogisme, ce raisonnement nous semble toutefois constituer l'archétype d'approches plus tard mises en chantier par les juristes. Quand Gérard CORNU affirme que les gamètes humains ne peuvent contribuer qu'à la pérennité de l'espèce et donne volontiers sa bénédiction à la cession anonyme de ces substances - aussi vitales que le sang -<sup>43</sup>, on a effectivement l'impression que les théories chrétiennes renaissent de leurs cendres - à supposer qu'elles aient déjà été consommées. Et que penser du vibrant appel à la solidarité lancé, au Canada, par Bartha Maria KNOPPERS, qui, dans une étude à l'intention de la Commission de réforme du droit, recommande de responsabiliser les citoyens eu égard à leurs devoirs de membres de la communauté humaine? Outre son affiliation à la personne<sup>44</sup>, le génotype individuel participe à la formation du pool génique, de souligner sur

---

<sup>40</sup> Voir entre autres X. DIJON, *op. cit.*, note 12, pp. 668 et 669.

<sup>41</sup> C. S. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 35, 38 et 39.

<sup>42</sup> *The point is not that the community has claims of bodily eminent domain or is entitled to expropriation of the body, explique Mme CAMPBELL, but rather that the individual has responsibilities of mutual aid and benefit toward the community, the rejection of which is a form of ingratitude and a denial of dependency. Id.*, 39.

<sup>43</sup> Gérard CORNU, «La procréation artificielle et les structures de la parenté», [1986] *Rev. Ordem Advogados*, Lisbonne, 464-466.

<sup>44</sup> Au regard de l'auteure du document, la personne dériverait de la synthèse des dimensions organique, psychique et symbolique de l'être humain. La cellule en serait le substrat. COMMISSION DE

ce point l'étude adressée à la Commission<sup>45</sup>. Les choix mettant en cause le matériel chromosomique devraient être, pour cette raison, effectués en fonction de leur impact à la fois sur la personne et le genre humain.

La symétrie qui se dégage entre ces conceptions laïques du patrimoine héréditaire, perçu comme un dépôt que le sujet doit «administrer» dans l'intérêt de l'humanité, et les thèses religieuses de l'usufruit ou de la fiducie ne ment pas sur la très proche parenté les liant. L'autorité jadis détenue par Dieu émane désormais d'un certain ordre de la nature. Les approches auxquelles nous convient respectivement le professeur CORNU et Mme KNOPPERS ont, en résumé, tous les airs de versions modernes et laïques de postulats théologiques traditionnels.

### 1.3. Le corps, chose ou réalité distincte de la personne

À compter du XVIII<sup>e</sup> siècle, la morale kantienne - en restituant l'unité créée autour de la personne et de son corps et en enveloppant ce dernier d'une aura de sacré - devait redorer le blason de la doctrine chrétienne. Le rationalisme de René DESCARTES, qui tourne le dos à la scolastique, avait, de fait, fasciné l'Europe au XVII<sup>e</sup> siècle. Dans ce système où tout respire la logique et fuit le mythe, le corps se distingue de l'esprit. Le plein épanouissement de l'homme passe par la conquête de la nature. Quoi de moins étonnant que DESCARTES se soit vu décerner le titre de «père du matérialisme mécaniste»<sup>46</sup> et que le dualisme corps-esprit dont il est le précurseur connaisse une recrudescence, en cette ère de la biotechnique.

Tandis que le dualisme cartésien a été, en Europe continentale, refoulé au nom du spiritualisme de KANT - et subséquemment de la philosophie phénoménologique<sup>47</sup> -, John

---

REFORME DU DROIT DU CANADA, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, par Bartha M. KNOPPERS, Document d'étude, Ottawa, La Commission, 1991, pp. 32 et 33.

<sup>45</sup> *Id.*, pp. 23 et 24; voir de plus *infra*, section 3.4.2.

<sup>46</sup> Paul ROBERT (dir.), *Le Petit Robert 2*, Paris, Les Dictionnaires Robert, 1990, p. 516. DESCARTES admet que l'esprit puisse ordonner au corps un mouvement; mais l'âme ne serait pas de chair. Bien qu'en constante interaction avec la conscience, le corps serait doté d'un pouvoir d'autorégulation; il obéirait à ses propres lois. Au sujet de cette vision mécaniste de l'organisme humain, voir Jostein GAARDER, *Le Monde de Sophie*, trad. par Hélène HERVIEU et Martine LAFFON, Paris, Éd. du Seuil, 1995, pp. 255, 259, 260 et 261.

<sup>47</sup> Chez les philosophes de souche phénoménologique, le corps fait office d'intermédiaire par lequel le sujet expérimente son environnement et en saisit les données ou phénomènes. COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains*,

LOCKE et les tenants de l'utilitarisme social devaient se charger de cultiver, en Angleterre, une représentation matérialiste du corps. C'est pourquoi la *common law* pourrait, au départ, être moins rétive que le droit civil à la réification de l'organisme humain et de ses composantes. L'interprétation que la plupart des juristes<sup>48</sup> donnent du filet législatif et jurisprudentiel américain permet d'ailleurs d'étoffer cette allégation. La quasi-propriété des cadavres - ou le droit de possession imparti aux proches du défunt en vue de l'inhumation décente de sa dépouille -, le précédent introduit par l'esclavage et l'échange marchand de produits humains (sang, sperme...) seraient des signes, parmi d'autres, d'ouverture de la *common law* américaine vers la chosification, voire la propriété privée, du corps. La règle spécifiant que la fourniture de sang correspond à une prestation de service plutôt qu'à un transfert de marchandises<sup>49</sup> ne viserait qu'à écarter la garantie de qualité de ce produit, dans les cas où celui-ci est cédé gratuitement. Elle ne saurait induire en erreur sur la nature juridique du sang. Aux yeux de Paul MATTHEWS, notamment, il n'en faut pas plus pour certifier que les tissus ou substances corporels sont des choses grevées d'un droit de propriété individuel:

*It would be an extremely poor legal system which could not ascribe to such matters having physical substance the capability of being "property". In the broad sense of there being some rights to possession of these products, they are obviously "property".*<sup>50</sup>

Et l'auteur de réitérer, en ce qui a trait aux organes non susceptibles de régénération:

*[...] parts of the body once removed should be regarded as the "property", at least in a possessory sense, of the person from whom taken.*<sup>51</sup>

---

Document de travail no 66, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992, pp. 64 et 65. Pour une définition plus élaborée de la phénoménologie, voir Lucien JERPHAGNON (dir.), *Dictionnaire des grandes philosophies*, Toulouse, Privat, 1973, pp. 287-293.

<sup>48</sup> Voir, par exemple, Roy HARDIMAN, «Toward the Right of Commerciality: Recognizing Property Rights in the Commercial Value of Human Tissue», (1986) 34 *UCLA Law Review* 207, 216-221; Paul MATTHEWS, «Whose Body? People As Property», (1983) 36 *Current Legal Problems* 193, 193 et suiv.; Tanya WELLS, «The Implications of a Property Right in One's Body», (1990) 30 *Jurimetrics Journal* 371, 376-378; K. Peter RITTER, «Moore v. Regents of the University of California: The Splenetic Debate Over Ownership of Human Tissue», (1992) 21 *Southwestern University Law Review* 1465, 1466 et 1467.

<sup>49</sup> Cette règle a été adoptée, aux États-Unis, par plus de quarante États. T. WELLS, *id.*, 376.

<sup>50</sup> P. MATTHEWS, *loc. cit.*, note 48, 223.

<sup>51</sup> *Id.*, 227.

Après s'être également adonnée à une revue en profondeur du droit positif, la Cour d'appel de la Californie avait, est-il opportun de le remémorer, obtempéré à la requête de John Moore de recouvrer la valeur de ses cellules, indûment appropriées par les médecins du centre hospitalier de l'UCLA<sup>52</sup>. Chaque personne bénéficierait, à l'égard de son corps, d'une brochette de plus en plus imposante de pouvoirs que la Cour n'a pas hésité à coiffer d'un droit de propriété: *These rights and interests are so akin to property interests that it would be a subterfuge to call them something else*<sup>53</sup>, d'écrire le juge ROTHMAN. Cette révélation, qui en a fait sursauter plus d'un et dont l'effet retentissant s'est manifesté aux quatre coins de la planète, n'a pourtant rien de foudroyant, si ce n'est qu'elle énonce avec courage et limpidité une «vérité» que nul n'avait jusque-là osé s'avouer: jamais la consistance réelle du matériel organique humain n'avait été auparavant mise à nu. L'idée que l'homme puisse être propriétaire de ce matériel avait cependant timidement commencé à s'infiltrer dans la *common law*. Par le biais de formules alambiquées, les tribunaux américains avaient subtilement endossé ce point de vue. Dans l'arrêt *Venner*, la Cour d'appel du Maryland, enrobant ses propos de réserve, s'était exprimée en ces termes: *It could not be said that a person has no property right in wastes or other materials which were once a part of or contained within his body [...]*<sup>54</sup>. Malgré qu'elle ait renversé le jugement prononcé en deuxième instance, la Cour suprême de la Californie ne devait-elle pas elle-même, dans la saga *Moore*, prendre la précaution de ne pas se compromettre sur la mystérieuse nature des résidus corporels: [...] *we do not purport to hold that excised cells can never be property for any purpose whatsoever [...]*<sup>55</sup>, faisait-elle habilement remarquer.

Pour en revenir à l'arrêt de la Cour d'appel dans cette affaire, les magistrats ont en somme prêté leur voix à Paul MATTHEWS - et à Lori B. ANDREWS -, afin de rectifier une opinion répandue qui colporte que la propriété ne souffre aucune limitation. Le contrôle dont est investi le sujet sur son corps, le droit de chacun de ne pas être troublé dans la possession qu'il a de ses organes et tissus<sup>56</sup> seraient, à eux seuls, constitutifs de propriété<sup>57</sup>. À ceux qui plaident l'in vraisemblance d'un droit de propriété frappé

---

<sup>52</sup> *Moore c. Regents of the University of California* (1988), précité, note 3, 503-507.

<sup>53</sup> *Id.*, 505.

<sup>54</sup> *Venner c. State*, 354 A. 2d 483, 498 (Maryland 1976).

<sup>55</sup> *Moore* (1990), précité, note 3, 493.

<sup>56</sup> P. MATTHEWS, *loc. cit.*, note 48, 223 et suiv.

<sup>57</sup> La Cour devait faire la mise au point que voici: *Even though the rights and interests one has over one's own body may be subject to important limitations because of public health concerns, the absence of unlimited or unrestricted dominion and control does not negate the existence of a property right for the purpose of a conversion action.* *Moore* (1988), précité, note 3, 506 et 507. En droit civil, les choses hors commerce, par définition inaliénables, sont indiscutablement des objets de propriété.

d'interdictions d'aliéner, Lori B. ANDREWS repartit que les règlements de zonage, de même que le droit de préemption affectant d'ordinaire le transfert des actions d'une compagnie, ne modifient en rien le statut de propriétaire de celui à qui appartient un immeuble zoné ou de l'actionnaire. Les substances corporelles capables de se régénérer pourraient être de surcroît transigées sur le marché<sup>58</sup>. En effet, d'après Mme ANDREWS, la force de travail échangeable contre rémunération tiendrait lieu de baromètre dans l'appréciation du pouvoir d'un individu de monnayer son corps. Parce que la vente de produits biologiques renouvelables ne dépasse pas la mesure de ce qui peut être exigé d'un salarié - que l'on songe au mineur, au pompier, etc., lesquels pratiquent des métiers dangereux -, elle ne saurait être proscrite. Étant donné l'absence de comparaison possible avec la prestation qu'un travailleur peut être tenu de fournir, l'aliénation d'un organe vital - tel le cœur - devrait être au contraire prohibée. Cette méthode ne laisserait, en définitive, subsister aucun doute quant au caractère patrimonial de bon nombre de matériaux corporels.

Plus qu'une réalité reflétée par le droit positif, la propriété individuelle du corps serait garante de l'intégrité et de l'intimité du sujet<sup>59</sup>. Pour Margaret J. RADIN, il n'est pas plus étroites interdépendance et connexité que celles régnant entre la personne et son corps<sup>60</sup>. La juriste divise les choses en biens fongibles, aisément remplaçables, et en biens personnels, vis-à-vis desquels le sujet aurait noué une relation unique et privilégiée. L'organisme humain ferait partie de cette seconde catégorie de biens, dits personnels. Médium indispensable à l'activation de la personne et aire profonde d'intimité, il devrait, au même titre que le domicile, être protégé par un droit de propriété privé<sup>61</sup>. Chacun pourrait, par ce moyen, faire triompher ses convictions personnelles, compte tenu de toute l'imagerie religieuse et morale que le corps diffuse. Mme ANDREWS signale à cet effet combien il peut être réconfortant d'avoir l'assurance qu'il sera disposé des fragments de son corps en conformité avec ses croyances et ses principes<sup>62</sup>. Elle considère pour sa part que la

---

<sup>58</sup> Lori B. ANDREWS, «My Body, My Property», (1986) 16 *Hast. Cent. Rep.* 28, 32 et 33.

<sup>59</sup> Voir, dans cette veine, l'analyse de Tanya WELLS (*loc. cit.*, note 48, 373 et 374). De son côté, Patricia M. PARKER envisage la possibilité d'un droit de propriété modulé selon les besoins des individus et le contexte dans lequel se déroule le prélèvement d'un organe ou d'un tissu. La nécessité thérapeutique de l'opération et la production d'un composé brevetable déclencheraient l'application intégrale du régime de la propriété. On peut soupçonner que les résidus corporels inutiles à la technoscience sont néanmoins, en vertu de ce système, des choses non négociables initialement appropriées par le patient. Dès que les équipes médicales ont l'intention de les retraiter, l'élimination sécuritaire de ces déchets deviendrait une cause fallacieuse et injustifiée d'expulsion du patient de la gestion de ce matériel. Patricia M. PARKER, «Recognizing Property Interests in Bodily Tissues», (1989) 10 *The Journal of Legal Medicine* 357, 365, 366, 374 et 375.

<sup>60</sup> Margaret J. RADIN, «Property and Personhood», (1982) 34 *Stan. L. Rev.* 957, 978.

<sup>61</sup> *Id.*, 986 et suiv.

<sup>62</sup> L. B. ANDREWS, *loc. cit.*, note 58, 29 et 30.

personnalité transparaît surtout à travers les oeuvres de création intellectuelle ou artistique de l'individu: *I view my uniqueness as a person as more related to my intellectual products than my bodily products*<sup>63</sup>, lance-t-elle. Puisque ces oeuvres circulent dans le commerce, les reliquats anatomiques humains ne devraient pas se voir interdire l'entrée au marché.

Tout récemment, William BOULIER<sup>64</sup> devait redonner de l'ardeur à la défense de la patrimonialité du corps, qui avait connu une légère accalmie depuis que la Cour suprême avait tranché le procès *Moore*. Il semble que le cas *Hecht*<sup>65</sup>, soumis à la Cour d'appel de la Californie, ait remis sur la sellette la question de la propriété des substances corporelles. Le principal point en litige dans ce dossier consistait à déterminer si le sperme d'un dénommé William Kane - dont le souhait le plus cher était qu'un enfant issu de ses gamètes voie le jour postérieurement à son décès et lui succède - constituait un bien pouvant être légué par voie testamentaire. La haute juridiction californienne a répondu affirmativement à cet énoncé. Le sperme de M. Kane, qui s'était suicidé peu de temps après avoir testé, devait par conséquent échoir à sa compagne, Deborah Hecht - bénéficiaire du legs -, le tout en dépit de la volonté de ses enfants qui, pour des impératifs d'ordre public et moraux, demandaient que ce matériel soit détruit.

En ce qu'il détenait le pouvoir de régler ce qu'il adviendrait de sa semence, M. Kane était, dans la perspective de la Cour, propriétaire de celle-ci. Cette faculté dénotait l'existence d'un droit de propriété, aux termes du Code californien des successions<sup>66</sup>. La présente espèce se démarquait au surplus de l'affaire *Moore*. À la différence du patient s'apprêtant à subir l'excision d'une tumeur cancéreuse, l'individu qui entrepose de ses gamètes dans une banque de sperme nourrit des attentes par rapport à la destination de ses cellules<sup>67</sup>, de nuancer la Cour.

Quoique cette décision n'ait pas une portée aussi extensive que l'arrêt *Moore*, M. BOULIER se base sur l'affaire *Hecht* pour démontrer le renfort qu'assurerait la propriété dans la concrétisation des vœux de chacun au chapitre des usages réservés aux produits de son corps. Trop fréquemment décrite comme un instrument dévastateur, la propriété serait un gage d'affirmation de soi et servirait d'armure à la personne contre les empiètements de la

---

<sup>63</sup> *Id.*, 35.

<sup>64</sup> William BOULIER, «Sperm, Spleens, and Other Valuables: the Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts», (1995) 23 *Hofstra Law Review* 693, 693-731.

<sup>65</sup> *Hecht c. Superior Court*, 20 Cal. Rptr 2d 275 (Ct App. 1993).

<sup>66</sup> *Id.*, 281.

<sup>67</sup> *Id.*, 280, note 4 et 281.

science<sup>68</sup>. M. BOULIER est, de même que l'avait été avant lui Margaret J. RADIN, formel: [...] *nothing is more one's own than one's own body*.<sup>69</sup> Le sort de nos composantes corporelles nous préoccuperait d'autant plus que celles-ci sont rivées à notre personne. Notre impuissance à en contrôler l'utilisation pourrait être la source d'un extrême désarroi<sup>70</sup>. Sur ce, l'auteur dénonce l'anachronisme du principe de la non-appropriation de l'organisme humain. À son avis, la société serait parvenue à un niveau de maturité technologique l'appelant à revisiter le statut juridique accordé, à travers les siècles, au corps humain et à ses constituants<sup>71</sup>. M. BOULIER critique avec non moins de sévérité l'avatar par lequel les résidus anatomiques, dont on refuse obstinément la propriété au patient, prennent la qualité de choses brevetables entre les mains des chercheurs. Non seulement ce tableau comporterait-il un brin d'ironie; il serait entaché d'iniquité et d'injustice sociale<sup>72</sup>.

Le droit, à forte résonance économique, reconnu au sujet sur les divers démembrements de sa personnalité (image, voix, etc.) - ou *right of publicity* - tend une autre perche aux partisans de la propriété individuelle du corps<sup>73</sup>. L'avocat de John Moore avait, au fait, tenté une analogie entre les gènes de son client et le personnage de Dracula, grâce auquel l'interprète Bela Lugosi aurait pu, de son vivant, capitaliser des sommes vertigineuses<sup>74</sup>. Comme l'a rapporté Bernard EDELMAN, [l]es cellules sont, dans cette logique, le «double» de la personne, sur le même mode que Dracula, au cinéma, est le double de Lugosi<sup>75</sup>. Cet argument a ravi la Cour d'appel<sup>76</sup>. Il a en outre inspiré à Roy HARDIMAN le concept de *right of commerciality*, qui a fait grand bruit dans la *common law* et

---

<sup>68</sup> W. BOULIER, *loc. cit.*, note 64, 719-722. M. BOULIER a en tête qu'il est possible d'ériger un droit de propriété tout en mitigeant les prérogatives qui s'y attachent.

<sup>69</sup> *Id.*, 716.

<sup>70</sup> *Id.*, 722 et 723.

<sup>71</sup> *Id.*, 715 et 716.

<sup>72</sup> *Id.*, 716-718.

<sup>73</sup> Le *right of publicity* consacre plus exactement le droit d'un individu de profiter des avantages économiques tirés de la commercialisation des éléments de sa personnalité.

<sup>74</sup> *Lugosi c. Universal Pictures*, 25 Cal. 3d 813; 160 Cal. Rptr 323; 603 P. 2d 425 (Cal. 1979).

<sup>75</sup> Bernard EDELMAN, «L'homme aux cellules d'or», D.1989.chr.34.

<sup>76</sup> *Moore* (1988), précité, note 3, 508. La prétention du procureur de M. Moore n'a toutefois pas ébloui les magistrats de la Cour suprême. Contrairement à la voix ou au nom d'une personne, les lymphokines que les globules blancs de ce malade «surproduisaient» ainsi que le gène responsable de la fabrication de ces protéines présentaient, d'en juger la majorité, une structure moléculaire uniforme et remplissaient une fonction identique chez l'ensemble des êtres humains, d'où leur attrait pour la science. *Moore* (1990), précité, note 3, 490.

Les auteurs canadiens Randy W. MARUSYK et Margaret S. SWAIN s'étaient antérieurement ralliés à cette conception. D'après eux, l'individualité du sujet résulterait de l'agencement des gènes, lesquels, pris isolément, auraient un caractère plutôt banal. Randy W. MARUSYK et Margaret S. SWAIN, «A Question of Property Rights in the Human Body», (1989) 21 *Revue de droit d'Ottawa* 349, 354-356.

dont le but est d'octroyer aux patients une fraction des revenus d'exploitation commerciale de leurs tissus<sup>77</sup>.

À première vue, il peut être embêtant d'apparier l'aspect personnel du *right of publicity* - ce droit s'éteint au décès de son titulaire - et l'«objectivité» propre à la propriété. Une chose n'a pas, on le sait, à être imbibée de subjectivité pour faire l'objet d'un droit de propriété, bien au contraire. Le rapprochement entre cette institution et le *right of publicity* trouverait sa pertinence dans la réification des représentations de la personne que ce dernier autorise<sup>78</sup>. Qu'importe que les gènes réfléchissent la personnalité ou soient réductibles à des particules de matière parmi d'autres, leur statut de biens serait, au demeurant, indéniable.

Encore que l'influence des théories matérialistes du corps ait été, jusqu'à maintenant, ressentie de façon beaucoup plus aiguë chez les Anglo-saxons, nous ne saurions clore cette section de chapitre sans toucher mot de la doctrine et de la jurisprudence françaises. Certains auteurs ont effectivement, en France, entrepris depuis peu de faire table rase du passé kantien et de raviver le dualisme de DESCARTES, qui avait perdu de sa vigueur par suite de l'avènement du kantisme. Ainsi, dans le cadre de sa thèse de doctorat, Xavier LABBEE y est allé d'une constatation fracassante ayant remué tout le droit civil, de tradition moniste: le corps est de l'essence des choses. Son éternelle alliance avec la personne ne doit pas occasionner de méprises relativement à sa nature juridique<sup>79</sup>, maintient le juriste. M. LABBEE a forgé l'expression «signalisateur de la personne», dans le but de désigner le corps. À la manière de la robe de l'avocat, qui nous renseigne sur l'identité de ce «personnage», le corps témoignerait de l'existence et des qualités du sujet<sup>80</sup>. Sa substance réelle se vérifierait d'autre part à travers notre perception d'un organe qui en aurait été séparé: *Si l'on prélève la jambe de Jean pour la greffer à Paul, on ne transfère pas un élément de la personnalité de Jean dans le corps de Paul.*<sup>81</sup> L'auteur complète son

---

<sup>77</sup> Pour une présentation plus détaillée de ce concept, voir *infra*, section 3.4.1.3.

<sup>78</sup> B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 75.

<sup>79</sup> Xavier LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires de Lille, 1990, pp. 49 et suiv.

<sup>80</sup> *Id.*, p. 49.

<sup>81</sup> *Id.*, p. 52. Dans cette ligne de pensée, voir Bertrand LEMENNICIER, «Le corps humain: propriété de l'État ou propriété de soi?», (1991) 13 *Droits* 111, 115-118. Cet analyste, adepte d'une philosophie profondément cartésienne, ne rate pas une occasion de fustiger les constructions élevées par le droit dans le dessein de préserver la «sacro-sainte» union du corps et de la personne. Il identifie l'organisme humain à une *machine biologique* ayant pour principal pilote l'individu, seul occupant à bord. La notion factice et arbitraire de personne, qui brillerait par son incohérence, devrait être à son idée abandonnée.

exemple en mentionnant que tous conviennent naturellement qu'il y a des banques d'organes, et non de personnes. Bref, dans l'esprit de M. LABBEE, le corps serait de par sa nature une chose. En raison de son adhésion et de son affectation à la personne, il aurait cependant le statut de *personne par destination*, suivant la terminologie du juriste<sup>82</sup>. Il ressortirait de ce fait au régime des personnes. Quant à ses parties, elles dépendraient entièrement du droit des biens<sup>83</sup>.

La réflexion de Xavier LABBEE vient sûrement creuser une immense faille dans le paysage juridique français. Mais il faut dire que Jean-Christophe GALLOUX et Noël MAZEN ont contribué à casser la glace. Le remplacement de parties du corps par des prothèses apporterait, du point de vue de M. GALLOUX, une preuve prégnante et irrésistible de la dichotomie corps-sujet, à moins de se convaincre que la qualification juridique d'un élément puisse varier en fonction de l'endroit où il se situe - à l'extérieur ou à l'intérieur de l'organisme<sup>84</sup>. Dans l'optique de M. MAZEN, dont l'approche face au matériel génétique humain se veut de pure technique juridique, la matérialité des brins d'A.D.N. pourrait permettre d'inférer la consistance réelle des gènes<sup>85</sup>. Par ailleurs, le code génétique inscrit dans la cellule ne nécessiterait pas de traitement juridique autre que celui que reçoit l'information scientifique, intégrée au domaine des biens par les mécanismes de la propriété intellectuelle<sup>86</sup>. Aussi, l'auteur décline l'invitation de ceux qui pensent devoir inventer une catégorie particulière pour englober le matériel chromosomique de l'homme: [...] *rien ne permet d'affirmer que le matériel génétique humain est à ce point différent du matériel génétique animal, auquel nul ne contesterait la nature de choses, pour bénéficier d'une catégorie juridique différente*<sup>87</sup>, conclusion à laquelle semble pareillement conduire une étude empirique de la question signée par son collègue GALLOUX<sup>88</sup>.

---

<sup>82</sup> X. LABBEE, *id.*, p. 351.

<sup>83</sup> *Id.*, p. 272.

<sup>84</sup> Jean-Christophe GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de doctorat, Bordeaux I, 1988, pp. 76-79.

<sup>85</sup> Noël MAZEN, «Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme», dans R. DRAI et M. HARICHAUX (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 194, aux pages 195 et 196.

<sup>86</sup> *Id.*, 196.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Les clauses contractuelles rédigées dans le secteur des biotechnologies feraient état d'une appréhension globale du matériel biologique. Les spécimens recueillis seraient déposés, échangés et brevetés sans que les parties ne se soucient de leur provenance humaine, végétale ou animale, de nous apprendre cette étude. Jean-Christophe GALLOUX, «La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie: l'expérience nord-américaine», [1992] *R.I.D.C.* 583, 588-590.

En plus de faire front commun autour de la réalité du corps, Messieurs LABBEE, GALLOUX et MAZEN s'entendent sur l'intime liaison de ce dernier avec la personne. L'expression «personne par destination», utilisée par M. LABBEE, ne reproduit-elle pas, sous un nouvel habillage, le principe de l'affectation du corps à la personne que M. GALLOUX promeut<sup>89</sup>? Lorsque Noël MAZEN postule que les constituants anatomiques sont appropriés *ab initio* par le sujet<sup>90</sup>, il ratifie à son tour la singulière alliance originellement conclue entre celui-ci et tous ces éléments qui lui donnent physiquement forme.

L'apport de Jean-Pierre BAUD à la réflexion soulevée par la qualification juridique du corps humain devait récemment aider la doctrine matérialiste à marquer des points. La thèse de l'auteur a de quoi apaiser l'angoisse que la réification du corps sème chez certains, en s'attaquant avec brio à ce préjugé selon lequel son accession au statut de personne soit seule capable de procurer à l'organisme humain respect et dignité<sup>91</sup>. Déserté par l'âme, le cadavre, pose M. BAUD, *c'est un corps dont on est sûr que c'est une chose*<sup>92</sup>. Or, cette condition réelle n'empêche nullement nos sociétés de le vénérer. N'est-ce pas, de souligner le juriste, aussitôt que la personne tire sa révérence que les dépouilles pénètrent dans l'univers du sacré? Si le corps devait toute la considération qu'on lui porte à son affiliation à la personne, il goûterait à une bien piètre médecine à la mort de celle-ci. On ne saurait alors parler de culte funéraire.

La manducation des cadavres<sup>93</sup> - dans l'espoir de perpétuer chez les vivants ce qui faisait la force des défunts - et le commerce des reliques, particulièrement florissant au Moyen Âge, ne tromperaient pas non plus sur le caractère réel des composantes corporelles. Au dire de M. BAUD, cette faculté de disposer de la chose, voire de la

---

<sup>89</sup> Voir *infra*, pp. 42 et 43, où ce principe est expliqué.

<sup>90</sup> N. MAZEN, *loc. cit.*, note 85, 199. Tantôt invoquées par Xavier DIJON à l'encontre de l'objectivation et de la propriété du corps (*supra*, p. 9), l'innéité, l'immédiateté et l'exclusivité du lien subordonnant ce dernier au sujet complètent ici harmonieusement la théorie de la réalité et de l'appropriation individuelle de l'organisme humain. Maîtrise et appartenance seraient, estime M. GALLOUX, pratiquement indissociables. J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 84, pp. 248 et 249.

<sup>91</sup> Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée*, Paris, Éd. du Seuil, 1993, pp. 32 et 33.

<sup>92</sup> *Id.*, p. 32.

<sup>93</sup> Ce cannibalisme rituel se pratiquait notamment en Extrême-Orient. Quelque barbare que puisse être à nos yeux le fait de se nourrir des tissus d'un défunt pour capter l'énergie qui y est emmagasinée, il n'y aurait qu'un pas à franchir entre ce rite et les transplantations d'organes que la science médicale réalise aujourd'hui. Ces greffes, note M. BAUD, n'ont d'autre finalité que de transmettre, par des techniques plus modernes et sophistiquées, un souffle de vie à des personnes atteintes de déficiences organiques. *Id.*, pp. 34 et 35.

consommer, pousse jusqu'à l'extrême les conséquences de la «réalité» du cadavre, mais pour mieux tirer parti de sa sacralité<sup>94</sup>.

De cette approche cadavérique du corps humain découleraient finalement deux grandes leçons, à savoir: le corps de l'homme appartient au règne des choses, la mort n'entraînant aucune novation de statut<sup>95</sup>; cet état serait du reste requis à sa sacralisation, laquelle assure la jonction des mondes céleste et terrestre.

En vérité, le ton monte, au sein de la doctrine française, et le mouvement s'intensifie en vue d'obliger le droit à cesser de se mentir et de tergiverser sur la nature de l'organisme humain. Le droit peut-il, après tout, raisonnablement persister à voir une personne dans une mèche de cheveu ou une phalange? Eh bien, les annales judiciaires de France renferment un aveu, arraché au président du Tribunal de grande instance d'Avignon, qualifiant un bout de doigt de «meuble»<sup>96</sup>. Les circonstances de cette pittoresque affaire *Daoud* sont, en gros, les suivantes: dans le dessein de s'attirer un peu de compassion, Janel Daoud, qui était dans l'attente de son procès en cour criminelle, s'était sectionné l'extrémité de l'auriculaire droit. Il prévoyait expédier cet insolite «reliquat» au Garde des Sceaux. Les autorités de la maison d'arrêt où il était incarcéré devaient toutefois contrecarrer ses plans et confisquer la phalange sectionnée. Par la voix de son avocat, M. Daoud a imploré le Tribunal de grande instance d'ordonner que lui soit restitué son doigt, partie de sa personne. Il se sentait sérieusement blessé dans son intimité. Le juge des référés ne devait être, hélas, guère plus sensible à sa cause: la portion de doigt coupée était décidément, à l'instar du bocal et du liquide dans lesquels elle trempait, un objet susceptible d'être confisqué par les autorités de la prison.

Le président du Tribunal ne pouvait tout de même pas seconder M. Daoud dans sa démarche auprès du Garde des Sceaux, en décrétant que la conservation de la phalange au greffe de la prison entravait le droit à la vie privée du requérant et que, partant, ce

---

<sup>94</sup> *Id.*, p. 34.

<sup>95</sup> Les vertus - thérapeutiques et alimentaires - et la sacralité attribuées au cadavre seraient réunies à l'intérieur d'un corps vivant. Plusieurs produits ou organes issus de donneurs vivants ont le pouvoir de guérir ou de restaurer, le lait maternel celui de nourrir et le sang quelque chose de magique et de sacré, d'énumérer l'auteur au soutien de son interprétation. De plus, le droit de léguer ses yeux par testament laisserait deviner la réalité des matériaux organiques, une disposition testamentaire ne pouvant se rapporter qu'à une chose. *Id.*, pp. 44-46.

<sup>96</sup> Ph. BERTIN, «Un doigt de droit, deux doigts de bon sens...», note sous Trib. gr. inst. Avignon (référés), 24 septembre 1985, *Gaz. Pal.* 1986.I.doctr.96. Ce cas est également relaté dans J.-P. BAUD, *id.*, pp. 13 et 14.

demier devait en obtenir la possession. La fin justifiait, en l'occurrence, le moyen. Néanmoins, le bon sens commandait la solution adoptée par le juge, que l'on ne peut que féliciter pour sa hardiesse.

Devant ces situations où le discours moniste s'avère quasi intenable, il y a matière à se demander pourquoi les juristes - qu'ils soient français ou anglo-saxons - sont encore si souvent pris de panique et de paralysie, quand arrive le temps de donner leur appui à une conception dualiste de la personne et de ses démembrements corporels.

Il appert que l'esclavage, qui peuple les mémoires d'atroces souvenirs indélébiles, offre une réponse à cette interrogation. La patrimonialité du corps de l'homme, redoutent maints commentateurs<sup>97</sup>, ne tarderait pas à en faire une marchandise à la portée de la science et des plus fortunés. L'image de corps mutilés déambulant dans les rues de quartiers pauvres menacerait de se mêler à notre quotidien. Ces tristes présages ressuscitent dans les mémoires la condition avilissante de l'esclave et annonceraient une régression inégalée dans l'histoire de l'humanité. C'est dire que l'esclavage, merveilleuse illustration de la fragilité et de la relativité de l'équation entre être humain et personnalité, est tout à la fois un butoir au divorce du corps et de l'esprit.

Face à ces prédictions alarmistes, les tenants du dualisme corps-sujet se défendent bien de débattre une position rétrograde et d'encourager quelque initiative de nature à entraîner la déchéance de l'homme. Il y aurait un énorme fossé entre le fait d'être maître de son propre corps et l'appropriation de ce dernier par autrui, scénario auquel nous reporterait l'esclavage<sup>98</sup>. Afin de parer à la dégradation de l'humain, la mainmise que l'individu aurait sur ses constituantes physiques pourrait être de plus balisée, la propriété ne concordant pas automatiquement avec l'acquisition d'une maîtrise aveugle et inconsidérée de la chose qui en est l'objet<sup>99</sup>. Pour les disciples de l'école dualiste, l'hégémonie exercée par les artisans

---

<sup>97</sup> Voir notamment B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 75, 230; C. HEYER, *loc. cit.*, note 37, 650 et 651; R. W. MARUSYK et M. S. SWAIN, *loc. cit.*, note 76, 369 et suiv.; J. M. GILMOUR, *loc. cit.*, note 33, 130 et 131. Cette hantise de provoquer une nouvelle dégringolade du corps, qui, après une escale parmi les objets de commerce, aurait regagné les hautes sphères du sacré, a, par ailleurs, fait frémir les juges de la majorité dans *Moore* et pourrait être la cause de leur attitude prudente (voir *supra*, pp. 11 et 12).

<sup>98</sup> T. WELLS, *loc. cit.*, note 48, 373; L. B. ANDREWS, *loc. cit.*, note 58, 37.

*There is [...] a dramatic difference between having property rights in one's own body and being the property of another*, signalait la Cour d'appel de la Californie. *Moore* (1988), précité, note 3, 504.

<sup>99</sup> La Commission de réforme du droit du Canada ne dénigre pas, pour sa part, l'idée que l'on puisse être propriétaire de notre corps à *certaines égards et dans un sens*. COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 47, pp. 65 et suiv. Voir aussi, dans cet esprit, l'argumentation de Lori B. ANDREWS (*supra*, pp. 17 et 18). Outre le retrait des organes vitaux du marché, l'insaisissabilité des

du milieu biomédical sur les résidus anatomiques humains et l'exploitation qu'ils en font ressemblent davantage à de l'esclavage que le droit d'un patient de déterminer la direction que ses tissus malades emprunteront et d'être pécuniairement compensé pour son apport à la science médicale. Roy HARDIMAN n'a, en ce qui le concerne, pas peur des mots:

*If an analogy to slavery is to be drawn in the context of human biologics, slavery actually argues for recognizing a property right in one's own body: the slave-owner profiting from ownership of the slave is analogous to the research institution profiting from the derivatives of the donor's body to the exclusion of the donor.<sup>100</sup>*

Le retour à l'esclavage serait autrement dit une excuse qui ne résisterait pas à l'examen de la conjoncture créée par l'arrivée des biotechnologies, dans laquelle chercheurs et firmes pharmaceutiques s'enrichissent aux dépens des patients. Les matières résiduelles d'origine humaine seraient *de facto* des choses potentiellement monnayables. Les actions déployées en vue de dénier au patient le droit de boire à la coupe et de disposer de son corps ne sauraient obvier à la patrimonialité de ces matériaux biologiques. Elles concourraient à l'exploitation de l'homme, sacrifié à l'autel de la science.

On s'aperçoit que le dogme moniste sort passablement affaibli de ces analyses convergeant vers la dichotomie corps-sujet. Ayant dû réagir de façon ponctuelle aux problèmes graduellement survenus dans nos sociétés «techno-scientifiques», législateurs et tribunaux ont peu à peu taillé un moule qui ne serait pas toujours convivial avec la morale kantienne. Dans la même foulée, se seraient installées des pratiques ne cadrant guère mieux avec cette philosophie. Dès lors que les organes humains peuvent voyager d'un individu à un autre ou se voir remplacés par des pièces de matières synthétiques et que des produits du corps peuvent être vendus - directement ou sous forme de médicaments -, la thèse moniste, autrefois élevée en dogme, devient en effet moins crédible auprès des juristes. Qui plus est, une partie de la doctrine s'achame - vraisemblablement avec succès - à tuer le mythe véhiculant que la réification du corps ait pour conséquence la désacralisation de celui-ci et compromette l'intégrité du sujet. Ainsi, la théorie de l'indivisibilité du corps et de la personne navigue-t-elle dans des eaux de plus en plus troubles. En France, tout particulièrement, où l'on assiste à la montée d'une génération d'auteurs entonnant un credo matérialiste, la tradition kantienne commence manifestement à s'essouffler.

---

parties du corps compterait au nombre des restrictions qui, au regard de la juriste, pourraient - et devraient - accompagner la propriété du corps humain. L. B. ANDREWS, *loc. cit.*, note 58, 33 et 36.

<sup>100</sup> R. HARDIMAN, *loc. cit.*, note 48, 225. Voir au même effet les déclarations, quoique moins percutantes, du juge MOSK (*Moore* (1990), précité, note 3, 515 et 516).

#### **1.4. Le corps, matériau éligible à la qualité de personne**

Le parti qu'affiche le philosophe Lucien SEVE - qui siège au Comité consultatif national d'éthique français (C.C.N.E.) - est à notre sens digne de mention, puisqu'il nous dévoile un pan important des orientations ayant mené aux lois promulguées en France, le 29 juillet 1994, dans le champ de la bioéthique. De l'opinion du philosophe, la personne est intangible, incorporelle; elle loge à l'enseigne des valeurs<sup>101</sup>. Essayer d'en décrire la substance serait faire fausse route. Ce constat vaudrait tout aussi bien en droit que pour l'ensemble des sciences humaines. Si corps et personne souvent se confondent, ces deux concepts ne se recourent pas en tout point, soutient M. SEVE. La preuve en est que la personne morale, par définition immatérielle, côtoie, dans l'univers du juriste, la personne physique, identifiable à un corps<sup>102</sup>. Le don d'organe, argue au surplus l'éthicien, n'est possible qu'à la condition que l'organe transféré se dépersonnalise et retourne à l'état d'objet avant d'être greffé au receveur. Pour ce même motif, la dissection des cadavres ne pourrait-elle être réprimée en tant que pratique violant l'intimité du défunt: tandis que le corps demeure, la personne n'est plus<sup>103</sup>.

M. SEVE définit en fait la personne comme une *forme-valeur*, sculptée à même l'idéologie sociale et les variantes culturelles d'un peuple, sans cesse remaniée - ou confirmée - par l'histoire<sup>104</sup>. Voici ce qu'il livre à ce propos:

*La personne n'est pas une donnée de fait: la qualité imprescriptible en quoi elle consiste est tout autre chose que la résultante conditionnelle d'un état physique ou d'un acquis psychique, elle émane au contraire d'un ordre de la valeur historiquement produit où tous les humains sont en principe élus.<sup>105</sup>*

Le refus d'admettre que le sang puisse être vendu et le peu de scrupule à l'inverse rencontré par la commercialisation de l'albumine ou du facteur VIII démontrent, selon l'auteur, que le régime auquel les produits sanguins sont soumis ne tient absolument pas à

---

<sup>101</sup> Lucien SEVE, *Pour une critique de la raison bioéthique*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1994, pp. 25-28, 64-67 et 92-96.

<sup>102</sup> *Id.*, pp. 27 et 28.

<sup>103</sup> *Id.*, p. 93.

<sup>104</sup> *Id.*, pp. 82-85.

<sup>105</sup> *Id.*, p. 83.

leur nature biochimique. Ce serait aux liens de solidarité étroits qui se sont tissés entre combattants durant la Seconde Guerre que le sang, souvent transfusé de bras à bras, devrait aujourd'hui, chez les Français, son rattachement à la personne<sup>106</sup>. L'on pourrait, de façon analogue, avancer que l'esclavage a pris racine dans le Sud des États-Unis, parce qu'il y avait en cette société un terreau propice à la propagation d'un schéma de la personne délimité par des distinctions de race. Des changements de mentalité devaient ultérieurement affaiblir ces barrières et signer l'abolition de cette institution.

Cette qualité de personne dont serait rehaussé le corps serait *ascriée* à l'individu, en ce sens que chacun aurait le devoir d'en prendre soin comme d'un joyau renfermant les attributs auxquels s'identifie l'homme<sup>107</sup>. De l'être charnel - qui lui sert en premier lieu d'assise -, elle se transporterait là où il y a indice ou trace d'humanité<sup>108</sup>.

La sacralisation de l'organisme humain, sous prétexte que celui-ci est la personne, pourrait, d'ajouter le philosophe, facilement verser dans l'obscurantisme et la résignation à supporter, en tout état de cause, la vue d'un corps - auquel on prétend vouer un respect incommensurable - ravagé par la souffrance et les calamités de notre siècle. M. SEVE est également d'avis que les partisans de cette conception, en croisade contre la déshumanisation des constituants anatomiques dont la technoscience serait responsable, risquent de voir leur louable mission échouer. Croyant avoir trouvé l'antidote à l'oeuvre déshumanisante de la biomédecine, ils cautionneraient, bien malgré eux, une vision «matérialiste» de la personne<sup>109</sup>. Il serait donc illusoire de penser qu'en se rabattant sur la consistance personnelle du corps, l'on puisse revaloriser la personne humaine.

Dans son intégralité, le corps, emblème par excellence de l'homme, arbore incontestablement le sceau de la personne, suivant l'optique de M. SEVE. Mais l'humain est-il suffisamment présent dans les éléments qui le composent pour que ceux-ci puissent être promus à ce statut?

Sans banaliser l'apport des gènes dans la formation du caractère et des traits physiques de l'individu, M. SEVE réfute l'hypothèse en vertu de laquelle ce dernier ne serait que le décalque des messages codés dans ses molécules d'A.D.N. Il impute à l'action

---

<sup>106</sup> *Id.*, p. 74.

<sup>107</sup> *Id.*, pp. 71-73.

<sup>108</sup> *Id.*, pp. 82-84.

<sup>109</sup> *Id.*, pp. 94 et 95.

conjuguée de l'hérédité et de l'environnement, qui se relaient, la structuration de la personnalité. Cela l'amène à dire que le matériel génétique n'a essentiellement d'humain que ce que l'on reconnaît en lui de tel. Les parties du corps, si petites ou grandes soient-elles, seraient des *objets* à travers lesquels s'anime le sujet et transpirent les valeurs que nous attribuons à l'humanité. Elles auraient un statut *transitionnel*, comparativement à la personne et à la chose. En définitive, le génome - que ce terme soit compris dans son acception individuelle ou collective - serait en lui-même exempt de toute sacralité. Ce qui horrifie, lorsque l'on parle de manipulation et de transmutation des gènes, résiderait dans la transgression des symboles humains qui y sont gravés et non dans l'altération de ces particules moléculaires<sup>110</sup>.

Le législateur français pourrait, fort probablement, s'être prévalu de cette notion mouvante de personne au moment de légiférer sur le sort des déchets biomédicaux. Certes, a-t-il confessé son attachement au principe de l'indivisibilité du corps et de la personne<sup>111</sup>. Il suffit pourtant, dans l'esprit des lois du 29 juillet 1994, que les substances organiques humaines quittent le corps au contact d'un bistouri pour que, soudainement, elles se métamorphosent en matériaux dépouillés d'humanité que la science et l'industrie peuvent recycler à souhait<sup>112</sup>. Cette personnalité amovible - que l'on retire aux reliquats anatomiques et aux cadavres<sup>113</sup> - n'est-elle pas à l'image d'une société de plus en plus technicisée, où la matière succède progressivement à l'homme et à l'esprit? Par rapport à son homologue québécois, qui continue à célébrer avec éclat l'immanence de la personne au corps<sup>114</sup>, le législateur français semble en effet prendre parti pour une démarche moins

---

<sup>110</sup> *Id.*, pp. 105-109.

<sup>111</sup> *Incarnation de la personne, le corps humain participe à l'essence même de celle-ci et ne se situe pas dans le domaine des choses ou des biens.* D'abord exprimé dans le rapport Braibant (*Sciences de la vie - De l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, 1988), cet hommage à la tradition civiliste française devait devenir le fondement des textes de loi votés en juillet 1994. *Loi no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, J.O. 30 juillet 1994, p. 11056, art. 2.

<sup>112</sup> Voir *infra*, section 3.3.2, où est explicitée la politique législative française sur les déchets biomédicaux.

<sup>113</sup> Nous faisons entre autres allusion ici à la règle du consentement présumé au don d'organe en l'absence de volonté contraire du défunt («opting out»). Cette règle est édictée à l'article L. 671-7 du code de la santé publique (*Loi no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, J.O. 30 juillet 1994, p. 11060, art. 5).

<sup>114</sup> À l'exception des vides juridiques qu'il a omis de combler et des responsabilités qu'il a refilées aux comités d'éthique, le législateur québécois a professé sa foi dans la doctrine moniste. Au Québec, tant l'enlèvement d'un organe appartenant à un cadavre que la rétention, à des fins de recherche, d'un déchet opératoire doivent avoir été préalablement approuvés par le défunt, la personne apte à consentir pour lui ou le patient (C.c.Q., art. 22, 43 et 44). Spécifions toutefois qu'à *l'espoir sérieux de sauver une vie humaine*, le second alinéa de l'article 44 C.c.Q. ajoute l'expectative sérieuse *d'en améliorer sensiblement la qualité*, parmi les critères qui autorisent dorénavant un médecin à prélever

puriste. On peut supposer que la présence, au sein d'organismes consultatifs ou d'instances décisionnelles, de penseurs comme Lucien SEVE - figure de proue du mouvement communiste en France - est un adjuvant ayant favorisé une approche socialisante et matérialiste du corps humain.

\*

À la suite de ce tour d'horizon des divers angles sous lesquels est envisagée, dans la doctrine et la jurisprudence, la relation corps-personne, qui donc s'aviserait à contester que le canevas d'où surgira le statut juridique des résidus humains et des embryons *in vitro* est des plus bigarrés? Chez les civilistes, la théorie - jadis inébranlable - postulant que le corps et la personne ne font qu'un croise celle de ses adversaires, qui ont délaissé ce dogmatisme pour une méthode empirique s'intéressant à l'expérience vécue par le sujet vis-à-vis de son corps. Le monument élevé dans le passé au monisme pourrait, en clair, finir par s'écrouler, à force d'essuyer les contrecoups provoqués par les innovations de la technoscience et les attaques des défenseurs de la thèse dualiste. Néanmoins, tous ne sont pas résignés à désertier le spiritualisme kantien dans le but de joindre le camp matérialiste. Pour certains, le corps n'est peut-être pas la personne; les liens qui l'enchaînent réciproquement à celle-ci en font cependant une entité à part, d'un autre calibre que la chose. Par ailleurs, si les gènes peuvent être considérés comme le socle de la personnalité, d'aucuns se chargent de ne pas oublier qu'ils représentent aussi autant de parcelles du patrimoine héréditaire commun dévolu à l'humanité. Bien que le concept de personne leur paraisse un précieux outil afin de protéger l'humain blotti en chaque être, d'autres, enfin, n'associent pas moins cette notion au domaine de la fiction juridique. La personnalité, maintiennent ces analystes, n'est pas une qualité intrinsèque au corps. Elle consisterait en une valeur culturelle et historique constatant un choix de société.

---

de son chef un organe ou un tissu sur un cadavre. L'inclusion de tous les mineurs et majeurs inaptes dans le bassin des personnes pouvant être sollicitées par la science et la médecine opère, d'autre part, une fissure dans le principe de l'immanence de la personne au corps. Par contre, les formalités qui encadrent l'expérimentation et le prélèvement de tissus sur un individu membre de l'un de ces deux groupes parviennent en grande partie à colmater cette brèche. En plus de se réaliser sous l'oeil vigilant du juge, l'extraction d'une substance corporelle en vue d'une greffe se voit par exemple, dans le cas d'une telle personne, restreinte aux matières renouvelables, assujettie au droit de celle-ci - et de tout intéressé ou expert - d'être entendus et, bien sûr, subordonnée à l'assentiment du représentant légal (C.c.Q., art. 19, al. 2 et art. 23).

**Incarnation, substrat de la personne, héritage individuel et collectif, chose susceptible ou non d'appropriation, matériau anobli par la qualité de personne dont il est récipiendaire... c'est à partir de cet enchevêtrement de mots et d'idées qu'est décrite, en droit civil, la nature du corps relativement à la personne.**

**Dans la *common law*, la définition du statut de l'organisme humain est également le théâtre d'un véritable chassé-croisé. Pendant que les propagandistes de la patrimonialité du corps et de ses démembrements s'agitent, plusieurs de leurs collègues ressentent le besoin de modérer la portée de cette règle, compte tenu de la gravité des enjeux économiques nés sous le signe des biotechnologies. À l'heure où un nombre croissant de civilistes brûlent d'envie de donner au courant matérialiste son envol, la thèse de la patrimonialité des ressources biologiques humaines commence en fait à battre de l'aile, aux États-Unis. La jurisprudence américaine est, quant à elle, tapissée d'un fond de conservatisme, évocateur d'une mentalité républicaine. L'appartenance du corps aux choses et aux biens est une opinion que l'on ne prononce, au mieux, que du bout des lèvres. Ce sentiment de retenue - voire de piété - de mise en présence du corps, les stigmates laissés par l'esclavage et, surtout, les exigences touchant la viabilité et la productivité économiques des biotechnologies - en pleine expansion et débordantes de promesses pour l'humanité - s'entremêlent et font concurrence à la théorie de la propriété individuelle du corps.**

**À vrai dire, les auteurs anglo-américains n'ont apparemment aucun mal à composer avec la réification de l'organisme humain. Ils nous donnent la nette impression d'être plutôt agacés par le caractère négociable que conférerait aux matières organiques leur incorporation dans la catégorie des biens. Au Canada, où les pressions provenant de l'industrie des biotechniques sont notablement moins vives que chez son voisin du Sud, le discours est, selon les rares témoignages que nous possédons, beaucoup plus humaniste.**

**On redécouvre là le sens pratique, quasi inné, qui incline les Anglo-saxons à se mettre à l'écoute des priorités temporelles avant de plonger dans les grands débats ontologiques qu'inspire le corps de l'homme. Du point de vue de la *common law*, les enseignements de la philosophie sont effectivement les bienvenus, pourvu qu'ils n'entrent pas en conflit avec la valorisation d'activités profitables à la société, telles la recherche biomédicale et l'invention de produits thérapeutiques. Malgré que la configuration des droits américain, français, québécois et canadien au chapitre du statut de l'organisme humain contienne des plages communes, la position des uns ne procède habituellement pas du même cheminement que**

celle des autres. En France, nommément, le régime juridique auquel le corps humain et ses parties auront droit est essentiellement brodé autour de préceptes d'ordre métaphysique. Encore que ces derniers puissent se mesurer aux faits et à l'expérience, le critère de l'«efficacité» sociale et économique ne saurait constituer la locomotive à la tête du raisonnement des juristes. Le rôle assigné au comité consultatif national d'éthique dans la genèse des lois qui intéressent l'homme, les lettres de noblesse que s'est méritées la philosophie du droit se révèlent, à nos yeux, très significatifs des considérations guidant la destinée du droit français - lequel sert de principal modèle aux civilistes québécois.

## CHAPITRE 2

### LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DÉCHETS BIOMÉDICAUX

À l'exemple du médecin qui, avant de prescrire un traitement, pose un diagnostic, le juriste doit généralement identifier les phénomènes et les réalités portés à son attention, préalablement à l'énonciation de règles adaptées à chaque espèce. La qualification des choses et des faits est le point de départ de sa démarche. Une fois qu'il a pressé le bouton, défile le cortège des principes afférents à la commande sélectionnée. Cette opération, en apparence machinale et technique, ressortit toutefois à l'art de la *traduction*. Le juriste, nous dira Olivier CAYLA, *recompos[e] le tableau de la «nature naturelle» pour peindre celui d'une «nature juridique»* ; il *met le monde en droit à la manière du compositeur qui le met en musique*<sup>115</sup>. Voilà, exprimée de belle et poétique façon, la consistance de cette activité qu'est la qualification juridique. Aux fins de remplir son office, le juriste dispose d'un registre constitué de paradigmes, soit de patterns ou de solutions échafaudés par ses pairs. À l'aide de ce lexique, il tentera de traduire les données soumises à son appréciation.

Sa réaction en ce qui regarde les déchets biomédicaux ne fait pas exception à ce rituel. Mais saura-t-il trouver, dans la nomenclature du droit, les mots pour dépeindre ces résidus organiques humains? La désignation de ce matériel - en particulier celle des embryons sumuméraires - pourrait le contraindre à élargir sa gamme conceptuelle en explorant des espaces inédits. Nous nous proposons, à l'intérieur de ce second chapitre, de voir comment les juristes anglo-saxons et les civilistes - pour leur part, de tempérament «casanier» - ont apprivoisé ces nouvelles réalités, eu égard aux catégories instituées par le droit.

---

<sup>115</sup> Olivier CAYLA, «La qualification, ou la vérité du droit», (1993) 18 *Droits* 3, 4. Voir également, dans cette veine, Philippe JESTAZ, «La qualification en droit civil», (1993) 18 *Droits* 45, 46.

## 2.1. Des solutions puisées à même l'ordre juridique existant

Chez les auteurs comme dans la jurisprudence, la recherche et l'élaboration d'un régime applicable aux déchets d'hôpitaux passent souvent par la référence à des concepts ou principes juridiques connus. Le juriste serait, au demeurant, bien mal venu de ne pas se tourner vers les paradigmes que le droit positif étale dans sa vitrine. Les fragments de tissus extraits lors de biopsies ou d'examen médicaux, les tumeurs ou les organes malades extirpés au terme d'exérèses étant communément assimilés à des déchets, la notion de *choses abandonnées* peut notamment exciter la curiosité de l'analyste. En droit civil, ce vocable désigne en effet tous les *biens délaissés volontairement par leur propriétaire* et susceptibles d'appropriation par autrui<sup>116</sup>. La *common law* nous donne, de son côté, une version à peu près identique de l'abandon<sup>117</sup>. La catégorie des *choses hors commerce*, qui abrite les sépultures et les restes humains, pourrait être par ailleurs invitante. Au fond, pourquoi discriminer les résidus anatomiques recueillis dans les laboratoires et les salles d'opération des restes cadavériques? Ne décréter l'embargo que sur ces derniers reliquats<sup>118</sup>? Que dire maintenant des atouts que comporte le concept de *choses communes*<sup>119</sup>, en cette ère où la création d'un patrimoine commun de l'humanité gagne en popularité et où les percées de la génétique amplifient l'interdépendance et certifient l'affiliation biologique de tous les citoyens de la terre?

### 2.1.1. Le recours à la notion de *choses abandonnées (res derelictae)*

La catégorie des choses abandonnées a tout du havre rêvé, pour les adeptes du recyclage de matériaux à bon marché. Aussi la tentation d'y classer les déchets

---

<sup>116</sup> Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, no 14, p. 4. Voir, au même effet, Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987, pp. 2 et 698.

<sup>117</sup> "Abandonment" of property or of a right is generally defined as the voluntary relinquishment thereof by its owner or holder, with the intention of terminating his ownership, possession, and control, and without vesting ownership in any other person. (1 C.J.S., Abandonment, 2, p. 2)

<sup>118</sup> La marque distinctive d'un bien hors commerce se résume substantiellement à la soustraction de ce bien de la sphère contractuelle. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 116, no 26, p. 12; G. CORNU (dir.), *op. cit.*, note 116, p. 134.

<sup>119</sup> Cette expression regroupe les choses dont l'usage appartient à tous et que nul ne peut s'approprier individuellement. G. CORNU (dir.), *id.*, p. 697. L'article 913 du *Code civil du Québec* nous parle, en son premier alinéa, des *res communes* comme de ces choses «non appropriables» donnant lieu à un usage commun.

biomédicaux est-elle grande chez ceux qui partagent une vision matérialiste et utilitariste du corps humain et de ses composantes. Quoique la décision rendue, en 1976, à l'issue du procès *Venner*<sup>120</sup> s'inscrive dans une optique tout autre que l'avancement de la recherche et des biotechnologies, il s'est développé, dans le sillage de cet arrêt, un courant voulant que les substances et les tissus prélevés sur un patient soient présumés avoir été abandonnés par ce dernier. Rappelons d'abord que la Cour d'appel du Maryland avait eu, dans cette affaire plutôt inusitée, à statuer sur la légalité de la saisie, par les policiers, de ballons remplis de marijuana contenus dans les excréments d'un patient hospitalisé par suite de l'éclatement, dans son estomac, de l'un des ballons ingérés. Elle devait finalement conclure que le geste des policiers ne constituait pas une violation de l'intimité de l'appelant<sup>121</sup>. Il est, de déclarer la Cour, notoire qu'une personne abandonne ses excréments, M. Venner n'ayant du reste manifesté aucune intention de retenir quelque droit sur ceux-ci: *By the force of social custom, we hold that when a person does nothing and says nothing to indicate and intent to assert his right of ownership, possession, or control over such material, the only rational inference is that he intends to abandon the material.*<sup>122</sup>

Qu'on l'agrée ou le repousse, l'arrêt *Venner* devait fournir un schème de raisonnement abondamment repris, surtout dans la doctrine américaine<sup>123</sup>. Le consentement aux soins emporterait, en vertu de cette thèse, l'abandon des tissus retirés dans le cadre du traitement projeté, et ce, même si le patient ignore l'usage auquel ils sont destinés. À défaut

---

<sup>120</sup> *Venner c. State*, précité, note 54.

<sup>121</sup> Au Canada, la Cour suprême devait en décider autrement dans la cause *R. c. Dymert* ([1988] 2 R.C.S. 417), qui impliquait un patient en état d'ébriété dont des échantillons de sang avaient été transmis à la police. Elle a effectivement affirmé que cette initiative représentait une saisie abusive au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De l'opinion de la Cour, un établissement de santé ne saurait se rendre maître des substances obtenues à l'occasion d'actes thérapeutiques ou diagnostiques, à moins d'avoir reçu l'approbation du patient.

<sup>122</sup> *Venner c. State*, précité, note 54, 499.

<sup>123</sup> Voir, par exemple, C. HEYER, *loc. cit.*, note 37, 656-659; Jennifer LAVOIE, «Ownership of Human Tissue: Life after *Moore v. Regents of the University of California*», (1989) 75 *Virginia Law Review* 1363, 1377 et 1378. P. M. PARKER, *loc. cit.*, note 59, 367 et 368. Il convient de noter que le Comité national d'éthique français adoptait, en février 1987, une approche analogue, lorsqu'il suggérait d'assortir le consentement aux soins d'une présomption de *don* des tissus prélevés. COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, «Avis sur les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation de cellules humaines et de leurs dérivés», dans *Éthique et recherche biomédicale: rapport 1987*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 18. Fidèle à cette recommandation, la *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994* refuse de subordonner à l'assentiment du patient l'appropriation par la science des résidus corporels, dont elle consacre le statut de *res nullius* (code de la santé publique, art. L. 672-1). À l'inverse de ce que le Projet de Code civil laissait présager, le législateur québécois ne s'est cependant pas engagé sur cette voie, exigeant, à l'article 22 du nouveau Code, l'accord exprès du patient pour que ces substances puissent servir à la recherche.

d'indication ou de réserve formulée par le patient quant à l'utilisation des tissus extraits de son corps, ces derniers seraient donc présumés avoir fait l'objet d'un abandon de sa part. Dans l'hypothèse où est reconnu à chaque individu un droit de propriété dans ses composantes organiques, les déchets biomédicaux peuvent être ainsi facilement acheminés vers les chercheurs et récupérés par l'industrie de la biotechnologie. Dans une perspective utilitariste, mieux vaut, en effet, rendre ces résidus utiles à la société que risquer de les voir détruits. Ceux qui épousent cette philosophie estiment que les tissus malades d'un patient n'ont pour lui aucune valeur. Ces rebuts anatomiques pourraient, à la rigueur, être comparés aux ordures ménagères<sup>124</sup>.

Par contre, pour qui demeure préoccupé par la dimension symbolique attachée au corps humain et par les rapports que celui-ci entretient avec la personne, la classification des déchets biomédicaux dans la catégorie des choses abandonnées autorise le passage trop rapide de ces substances du domaine médical à celui de l'industrie et du commerce<sup>125</sup>. Elle apparaît ni plus ni moins à Claire NEIRINCK comme un subterfuge dans le but de favoriser l'accès des déchets biomédicaux au marché, le patient n'étant même pas, selon la civiliste, propriétaire des parties de son corps<sup>126</sup>. Du point de vue de Marie-Angèle HERMITTE, cette opération, qui dissocie les produits humains de la personne en les faisant échapper à son contrôle, accentuerait la vulnérabilité de ces produits aux mécanismes du marché, axés sur l'adéquation de l'offre à la demande<sup>127</sup>.

Certains auteurs soutiennent d'autre part que l'inclusion des déchets biomédicaux dans la catégorie des choses abandonnées achoppe sur l'absence d'intention réelle de l'individu d'abandonner ses tissus, élément essentiel pour qu'un bien se retrouve dans cette catégorie<sup>128</sup>. De l'avis de ces juristes, il serait en fait difficile de prêter pareille intention au patient non informé de la valeur économique potentielle des tissus prélevés sur son corps et ayant, au contraire, tout lieu de croire que ceux-ci se convertissent en de purs déchets

---

<sup>124</sup> J. LAVOIE, *id.*, 1378.

<sup>125</sup> Voir en particulier Jean-Christophe GALLOUX, «Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français», (1989) 30 *C. de D.* 1011, 1021, où l'auteur dénonce les allures de *dol* que prendrait ici l'abandon. M. GALLOUX s'attaque au réseau - mis en oeuvre grâce à la complicité des hôpitaux - par lequel le matériel biologique provenant d'actes chirurgicaux ou autres file aujourd'hui vers les biotechnologies sans que le patient, à qui on ne dit mot, ne puisse influencer le cours des choses.

<sup>126</sup> C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 9, 272.

<sup>127</sup> M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 16, 338-340.

<sup>128</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 16, 470; R. HARDIMAN, *loc. cit.*, note 48, 243; K. P. RITTER, *loc. cit.*, note 48, 1469.

voués à la destruction. Dans la célèbre affaire *Moore*, la Cour d'appel de la Californie a d'ailleurs tenu ce type de raisonnement, afin de faire échec aux prétentions des intimés suivant lesquelles M. Moore avait, en consentant à l'ablation de sa rate, abandonné cet organe<sup>129</sup>. Elle devait conséquemment accueillir l'action en revendication - *for conversion* - intentée par ce malade, dont les cellules aux propriétés exceptionnelles avaient, à son insu, servi à la mise au point d'une lignée cellulaire évaluée à trois milliards de dollars de profits.

Les auteurs d'un rapport du Congrès américain ne sont pas non plus disposés à imputer d'emblée à la personne qui accepte de se soumettre à une intervention médicale une volonté d'abandonner à la science les éléments subséquentment détachés de son corps. Le facteur intentionnel devrait être, pensent-ils, apprécié en tenant compte de chaque situation: *Abandonment, if proven by the defendant, precludes a claim of conversion. Whether abandonment of biological materials occurred, however, can only be decided by looking at the facts in each individual case*<sup>130</sup>, précise le rapport.

Examinant plus spécialement le statut juridique réservé au placenta et au fœtus expulsé au terme d'un avortement, Xavier LABBEE se montre, pour ce même motif, très réticent à admettre l'existence d'une présomption d'abandon de ces produits par la femme qui accouche ou avorte<sup>131</sup>. À une époque où le placenta humain n'est plus détruit, mais transformé en cosmétiques et en médicaments, le maintien d'une telle règle se justifierait, d'après lui, difficilement: *Pourquoi la femme serait-elle présumée abandonner gratuitement un placenta qui, loin d'être détruit sera, sinon acheté à tout le moins monnayé par des entreprises qui l'utiliseront à des fins commerciales ?*<sup>132</sup>, rétorque-t-il. Ce serait, dans les circonstances, faire preuve de prudence et d'honnêteté que de se renseigner sur l'intention véritable de la mère et de recueillir son consentement avant d'affecter ce matériel à ce genre d'usage. S'agissant du fœtus avorté, M. LABBEE s'inquiète tout autant du danger d'en permettre l'appropriation par le premier *occupant*, malgré qu'il soit, dans le cas où l'avortement résulte du choix de la femme, malaisé de nier la volonté de celle-ci d'abandonner cette matière vivante<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> *Moore* (1988), précité, note 3, 509 et 510.

<sup>130</sup> U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells*, par Gladys B. WHITE et autres, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1987, p. 82.

<sup>131</sup> X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, pp. 272-275.

<sup>132</sup> *Id.*, p. 273.

<sup>133</sup> En raison des espoirs qu'elle éveille - notamment chez les diabétiques et les patients souffrant de la maladie de Parkinson -, l'utilisation thérapeutique des tissus fœtaux a, à elle seule, engendré une

Voilà qui tranche avec l'opinion défendue par Michèle-Laure RASSAT, pour qui, en l'état actuel du droit, le silence de la mère équivaldrait à un acquiescement, en sa qualité de représentante légale de son enfant, à l'abandon du placenta de ce dernier au profit de l'industrie<sup>134</sup>. L'enfant lésé par cet acte d'aliénation à titre gratuit ne pourrait alors s'en prendre qu'à la gestion de son représentant légal<sup>135</sup> - en l'occurrence sa mère -, ce qui ne paraît pas à Xavier LABBEE une solution des plus commodes et réalistes<sup>136</sup>. Le défaut des équipes médicales de dévoiler à la femme la valeur vénale du placenta ne saurait être, du reste, qualifié de dol, lequel ne pourrait uniquement découler d'une abstention. Aussi, les contrats de conservation et de transfert du placenta humain auxquels sont régulièrement parties les cliniques d'accouchement et les laboratoires pharmaceutiques<sup>137</sup> seraient, dans l'esprit de Mme RASSAT, inattaquables au regard du droit positif<sup>138</sup>. Il faut cependant mentionner que la juriste émet néanmoins des doutes sur l'interprétation à donner au silence de la mère: *On peut [...], écrit-elle, se demander, en pratique, si cette absence de manifestation de volonté de l'intéressé ne réside pas essentiellement dans le fait que celui-ci ignore le profit qui peut être tiré du placenta et la possibilité de traiter à son propos.*<sup>139</sup> Mme RASSAT n'est, au surplus, aucunement hostile à l'adoption éventuelle d'une réglementation obligeant les cliniques à informer leurs patientes de la situation, et à faire signer à celles-ci

---

abondante littérature. C'est pourquoi, considérant l'ampleur de notre sujet, nous avons jugé préférable de ne pas traiter plus à fond ce thème, dans le présent mémoire.

<sup>134</sup> Michèle-Laure RASSAT, «Le statut juridique du placenta humain», J.C.P. 1976.I.2777. De ce que le placenta est formé de cellules issues de l'oeuf, Mme RASSAT déduit qu'il appartient à l'enfant. Dans le même ordre, voir la position de S. GROMB et de J.H. SOUTOUL (*infra*, section 3.3.2).

<sup>135</sup> L'auteure tient pour acquis que le placenta humain pourrait être vendu. En le cédant gratuitement, le représentant légal pourrait être blâmé d'avoir manqué à son devoir de veiller aux intérêts et de faire fructifier le patrimoine de son pupille.

<sup>136</sup> M. LABBEE imagine mal l'enfant, à qui il faudrait nommer un tuteur *ad hoc*, se retourner contre sa mère dans le but de réclamer la valeur de «son» placenta, fautivement abandonné par celle-ci. X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, p. 272.

<sup>137</sup> Une étude commandée par le gouvernement français consécutivement au dépôt des projets de loi sur la bioéthique rapporte que le placenta est récupéré lors de plus de la moitié des accouchements pratiqués en France. Cette étude révèle en outre qu'un grand laboratoire français et ses filiales, qu'on se garde bien de nommer, collectent annuellement 4 400 tonnes de placenta - ce chiffre correspond à une marge de huit à neuf millions de naissances - dans 45 pays. Ce matériel est employé pour produire de l'albumine placentaire et de la glucocérébrosidase, substances entrant dans le traitement de la maladie de Gaucher, caractérisée par des troubles du métabolisme des lipides. Jean-François MATTEI, *La vie en questions: pour une éthique biomédicale*, rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1994, p. 78.

<sup>138</sup> Cette assertion est toujours vraie, depuis la promulgation des lois du 29 juillet 1994. Dans ces nouveaux textes législatifs, les modalités régissant le transfert et la transformation du placenta et des déchets opératoires sont, est-il nécessaire de le répéter, réduites à leur plus simple expression. Voir l'article L. 672-1 du code de la santé publique, introduit par la *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994*.

<sup>139</sup> M.-L. RASSAT, *loc. cit.*, note 134.

un document dans lequel serait stipulée leur intention d'abandonner ou non le placenta expulsé au cours de leur accouchement.

L'assimilation des déchets biomédicaux à des choses abandonnées donne également prise à la critique, en ce qu'elle porterait atteinte à la dignité humaine et à l'autonomie individuelle<sup>140</sup>. À l'occasion d'un colloque sur la protection de la personne face aux risques «biotechnologiques», la juriste Michèle HARICHAUX signalait de son côté l'urgence d'une réflexion sur le sujet, vu l'utilité croissante des tissus humains pour la science et l'industrie<sup>141</sup>. Le fait que les déchets d'hôpitaux aient été jusqu'à ce jour incinérés ou exploités en recherche sans que n'ait éclaté le problème de leur appropriation ne serait pas, à ses yeux, une raison de taire le débat que suscite leur statut. Quoique les efforts des chercheurs soient généralement louables, ces derniers ne sauraient réaliser leurs ambitions au grand dam du patient, tenu à l'écart du processus: [L]'*exploitation ne peut constituer le prolongement normal de la thérapeutique*<sup>142</sup>, affirme l'auteure en réaction à la proposition du Comité national d'éthique de joindre au consentement aux soins une présomption de don des matières organiques à être extraites<sup>143</sup>.

Enfin, d'aucuns font appel à la notion de mandat implicite ou de *bailment*<sup>144</sup>, pour faire concurrence au spectre de l'abandon<sup>145</sup>. Conformément à leur théorie, le patient qui consent à un prélèvement confierait implicitement aux autorités et au personnel de l'établissement où il est traité le mandat de détruire les échantillons prélevés. Son accord serait par conséquent requis, dès qu'il est question de disposer autrement de ces résidus corporels. Bien que cette théorie ne le satisfasse pas pleinement, Roy HARDIMAN prétend que ce serait la solution qui, en droit positif, protégerait le mieux la dignité humaine. Dans le contexte d'un *bailment*, le personnel hospitalier verrait peser sur lui l'obligation de manipuler les tissus malades dans le méticuleux respect des procédures ordinairement en vigueur<sup>146</sup>.

---

<sup>140</sup> Voir entre autres J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 125, 1021; M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 16, 338 et 339.

<sup>141</sup> Michèle HARICHAUX, «Le corps objet», dans R. DRAI et M. HARICHAUX (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 130, à la page 136.

<sup>142</sup> *Id.*, 138.

<sup>143</sup> Voir *supra*, note 123.

<sup>144</sup> Ce concept peut s'apparenter à la fiducie. La *common law* le définit comme suit: *The word "bailment" is generally defined as meaning a delivery of property for some particular purpose on an express or implied contract that after the purpose has been fulfilled the property will be returned to the bailor, or dealt with as he directs.* (8 C.J.S., *Bailment*, 2, p. 224)

<sup>145</sup> Voir N. MAZEN, *loc. cit.*, note 85, 200; R. HARDIMAN, *loc. cit.*, note 48, 244-248.

<sup>146</sup> Pour une application de ce concept à la relation existant entre les géniteurs et les centres où sont conservés gamètes et embryons humains, voir *infra*, note 303.

Puisqu'elle excéderait les limites du mandat assigné à l'hôpital, la destination commerciale de ce matériel devrait être expressément autorisée par le patient, dont les convictions morales ou religieuses prévaudraient<sup>147</sup>.

Bref, on peut conclure en disant que si, au nom d'un certain utilitarisme social, une partie de la doctrine n'hésite pas à considérer les déchets biomédicaux comme des *res derelictae* et à avaliser, du même souffle, les pratiques ayant présentement cours dans le domaine biomédical, cette façon de qualifier les résidus d'origine humaine se heurte aussi à une forte opposition.

### 2.1.2. La référence à la notion de *choses hors commerce*

L'indisponibilité du corps humain, qui préside à l'inclusion de ce dernier dans la catégorie des choses hors commerce, est sans conteste un principe familier aux droits français et québécois. Encore aujourd'hui, tant le *Code civil du Québec* que les lois françaises votées à ce chapitre en portent la marque<sup>148</sup>. L'étendue de ce principe aurait été de surcroît élargie, ces textes ne distinguant plus les parties ou produits du corps selon leur capacité de se régénérer, en vue de tous les soustraire à l'échange rémunéré<sup>149</sup>. Mais alors que la notion de choses hors commerce demeure la pierre angulaire à partir de laquelle est édifié le statut légal du corps humain et de ses fractions, les auteurs sont nombreux à discuter le regroupement des éléments corporels sous cette bannière. Ainsi, en n'interdisant que l'échange à titre onéreux des tissus humains, il semble que le législateur ait perpétué cette tendance, dénoncée par Édith DELEURY<sup>150</sup>, qui consiste chez les civilistes à confondre *extracommercialité* et *extrapatrimonialité*<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> R. HARDIMAN, *loc. cit.*, note 48, 246 et 247.

<sup>148</sup> Voir, plus particulièrement, les articles 19 à 25 C.c.Q. de même que les dispositions du titre 1<sup>er</sup> de la *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain* (précitée, note 111).

<sup>149</sup> Lire à cet effet le commentaire du Ministre qui accompagne l'article 25 du *Code civil du Québec. Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 25.

<sup>150</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 16, 451 et 460.

<sup>151</sup> L'«Avis sur les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation de cellules humaines et de leurs dérivés» fournit une bonne illustration de cette tendance: parce qu'elles n'ont pas de prix - soit aucune valeur patrimoniale -, les cellules humaines devaient être classées par les membres du C.C.N.E. parmi les choses hors commerce, ce terme étant ici entendu dans le sens étroit de l'échange marchand. COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, *loc. cit.*, note 123, 20 et 21.

Les législateurs français et québécois ne s'objectent guère plus au don d'organes ou de tissus corporels; ce qui répugne est la possibilité que l'individu tire économiquement avantage du transfert de son matériel biologique. Par contre, aussitôt que les déchets biomédicaux auront franchi l'enceinte

Bertrand LEMENNICIER, quant à lui, reproche carrément aux textes français leur manque de cohérence<sup>152</sup>. Il trouve absurde de faire deux poids deux mesures suivant qu'il s'agit de la vente ou du don d'une partie du corps. L'indisponibilité et l'inaliénabilité du corps humain, fondées sur l'idée que celui-ci est inséparable de la personne, seraient à son avis de faux postulats par lesquels le législateur chercherait à justifier les limites fixées à la libre maîtrise par l'individu de ses constituantes organiques. À moins de pouvoir un jour prouver que la transplantation d'un cerveau transfère au receveur la personnalité du donneur, M. LEMENNICIER croit notamment qu'une fois détachés du corps, les divers éléments qui le composent cessent d'être liés à la personne. Si le corps devait être indisponible et ce principe intégralement respecté, il n'y aurait plus de coiffeurs ni de manucures, fait-il par ailleurs remarquer. En somme, toutes les exceptions que souffre actuellement la règle de l'indisponibilité du corps humain en mineraient sensiblement la valeur. Cet état de choses, soutient pareillement le juriste Noël MAZEN, forcerait le droit à mettre de côté cette règle, afin d'emboîter le pas à la science<sup>153</sup>.

Messieurs LEMENNICIER et MAZEN ne sont pas les seuls à soulever les failles que la catégorie des choses hors commerce comporte en ce qui regarde les produits corporels. Tandis que leur argumentation vise à promouvoir la libéralisation des échanges ayant trait au corps humain, il est en effet d'autres auteurs pour qui la non-étanchéité de cette catégorie accuserait la difficulté rencontrée par celle-ci non seulement à rendre compte de la réalité propre à ces produits, mais aussi à en protéger la spécificité. Dans son étude sur les contrats passés dans le secteur de la biotechnologie, Jean-Christophe GALLOUX constate à ce sujet que les tissus humains sont déjà entrés dans le commerce juridique, de sorte que le principe de l'inaliénabilité de ces substances aurait été en grande partie vidé de son contenu et n'offrirait plus à la personne une protection adéquate<sup>154</sup>. Toutefois, l'auteur ne s'oppose pas au transfert de la propriété et à la mise en circulation des matières

---

des laboratoires, la *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994* donne, en France, le feu vert à l'utilisation commerciale et industrielle de ces reliquats humains (code de la santé publique, art. L. 672-1 et L. 672-4).

<sup>152</sup> B. LEMENNICIER, *loc. cit.*, note 81, 114-116. Les critiques que l'auteur formule dans cet article sont principalement dirigées contre le rapport du Conseil d'État (*De l'éthique au droit*) qui sous-tend l'*Avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme*.

<sup>153</sup> N. MAZEN, *loc. cit.*, note 85, 201, 202 et 207.

<sup>154</sup> J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 88, 596 et 597. Voir de plus J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 125, 1018-1020.

corporelles, pour autant que ces opérations s'effectuent dans l'anonymat et avec le concours de la volonté individuelle<sup>155</sup>.

M. GALLOUX opte en fait pour l'établissement d'un mécanisme d'affectation des constituants corporels à la personne<sup>156</sup>. Le caractère extra-commercial de ces éléments dépendrait dès lors de leur rattachement à celle-ci: *L'affectation des produits du corps*, énonce le juriste, *s'appuie sur leur destination naturelle au corps de la personne, à sa santé, au fonctionnement de son substrat physique*.<sup>157</sup> La désaffectation conduirait, de son côté, à l'intégration de ces substances au marché. Elle serait sujette au consentement de l'individu et conditionnelle à la validité de la convention anticipée<sup>158</sup>.

L'instauration d'un tel mécanisme aurait, prétend M. GALLOUX, l'avantage d'adapter le droit à la réalité et de remédier à l'incertitude régnant autour du statut du corps humain en raison de la non-pertinence de la notion classique d'*extracommercialité*<sup>159</sup>. Elle allierait la relativité avec l'*absolutisme*, procurant au principe de l'indisponibilité une flexibilité et l'autorité indispensable à son crédit: de même que les choses sacrées sont inaliénables tout le temps que dure leur destination au culte<sup>160</sup>, de même les composantes corporelles

---

<sup>155</sup> J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 88, 596; J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 125, 1029 et 1030.

<sup>156</sup> C'est également l'approche que favorise Xavier LABBEE (voir *supra*, pp. 21 et 22; *infra*, section 2.2.2).

<sup>157</sup> J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 125, 1029.

<sup>158</sup> *Id.*, 1029-1031.

<sup>159</sup> *Id.*, 1026 et 1029.

<sup>160</sup> La réforme du Code civil a, chez nous, sonné le glas de la catégorie des choses sacrées. La note sur laquelle s'est achevée l'affaire des trésors de la paroisse de l'Ange-Gardien ([1980] C.S. 175) vient cependant adoucir ce funeste tintement de cloche. Après une escapade dans les musées, ce riche patrimoine religieux devait, que l'on s'en rappelle, retourner à la Fabrique de l'Ange-Gardien. À l'époque de leur vente, ces pièces d'art religieux étaient toujours dédiées au culte; elles étaient, partant, incessibles et imprescriptibles, de statuer le juge BERNIER, dont l'opinion a été entérinée par la Cour d'appel.

L'article 24 de la *Loi sur les fabriques* (L.R.Q., c. F-1) autorise d'autre part les marguilliers à consentir une sûreté sur des biens de la Fabrique d'ordinaire inaliénables, ce qui dénote l'existence de choses sacrées. Les droits garantis par les chartes au plan de la liberté de culte et de conscience forment au surplus un imposant bastion susceptible de préserver des affres du commerce les ornements d'églises, les objets de vénération et les accessoires reliés à la vie liturgique.

Tout bien pesé, les choses sacrées continueraient d'avoir asile dans la catégorie des biens hors commerce. Leur éviction du Code n'aurait pas créé un grand remue-ménage, sauf que, à l'avenir, il incomberait aux tribunaux d'être aux aguets et de prendre le relais. Voir Jean GOULET, «Un requiem pour les choses sacrées, Un commentaire sur la disparition des choses sacrées au Code civil du Québec», dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 384, aux pages 391 et suiv.; Benoît PELLETIER, «L'affaire des trésors de l'Ange-Gardien», dans E. CAPARROS (dir.), *op. cit.*, p. 343, à la page 380; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 116, no 27, p. 12.

seraient entièrement retirées du commerce jusqu'à ce que l'individu - qui conserverait une grande latitude - décide de leur désaffectation personnelle<sup>161</sup>.

Tout en inscrivant à l'arrière-plan de sa démarche le précepte de l'inviolabilité du corps humain, Michèle HARICHAUX suggère, pour sa part, de classer les produits d'origine humaine en fonction de leur degré d'utilité pour la conservation de la personne<sup>162</sup>. Ce mode de classification, inspiré de l'approche traditionnellement privilégiée par le législateur, instituerait, au sein de la catégorie des choses hors commerce, une forme de hiérarchie reposant sur le pouvoir de régénération inhérent à chacun de ces produits. À l'intérieur de ce système, auquel les résidus anatomiques seraient incorporés, la règle de l'indisponibilité s'appliquerait avec plus ou moins de rigueur, tout dépendant de l'élément concerné. Ainsi, du fait qu'ils ne sont nullement utiles à la personne, les déchets biomédicaux - à la différence des organes vitaux, qui occuperaient le sommet de la hiérarchie et ne pourraient être aliénés - se situeraient à l'échelon inférieur et pourraient être transigés moyennant rémunération<sup>163</sup>.

Mais pendant que certains proposent de réaménager la catégorie des choses hors commerce et d'autres de renoncer à l'indisponibilité du corps humain, un nombre important d'auteurs<sup>164</sup> considèrent que ce principe n'est pas aussi contraignant et absolu qu'on pourrait le croire *a priori*. D'après eux, le corps ne serait pas, en soi, exclu de l'échange juridique; il ne le serait qu'en tant que substrat de la personne. Comme l'expose Édith DELEURY: [...] *c'est bien la condition de femme et d'homme libres qui se profile derrière l'indisponibilité du sujet dans son corps*.<sup>165</sup> L'atteinte au corps ne retiendrait l'attention du civiliste que dans la mesure où elle met en péril la dignité et la liberté du sujet<sup>166</sup>. Cette prémisses expliquerait la validité du contrat médical<sup>167</sup>. Parce qu'elles rabaissent l'organisme humain au rang d'objet et engagent la liberté de la femme de procréer et de disposer de son corps, les ententes de maternité subrogée seraient, en revanche, hautement

---

<sup>161</sup> J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 125, 1027-1029.

<sup>162</sup> M. HARICHAUX, *loc. cit.*, note 141, 132-136.

<sup>163</sup> *Id.*, 139 et 140.

<sup>164</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 16, 451 et 452; M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 16, 325-327; B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 20, 128-128; C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 9, 269; G. LOISEAU, *loc. cit.*, note 8, 968-974.

<sup>165</sup> É. DELEURY, *id.*, 4 51.

<sup>166</sup> Dans l'esprit de Grégoire LOISEAU, *l'indisponibilité tend avant tout à préserver certaines valeurs fondamentales, non définies par le droit, mais en considération desquelles s'organise la protection du sujet. Et c'est pourquoi la règle d'indisponibilité n'est logiquement effective qu'autant que l'expression de volonté contredit le respect de ces valeurs et les considérations qui se profilent derrière le régime de protection du sujet*. G. LOISEAU, *loc. cit.*, note 8, 968.

<sup>167</sup> *Id.*, 967 et 970; M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 16, 326; C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 9, 264 et 265.

condamnables. Selon Mme DELEURY, le discours des privatistes rejoindrait en cela celui des publicistes, chez qui le droit que détient la personne sur son corps est également pensé et analysé à la lumière des libertés individuelles<sup>168</sup>.

Au moment de se prononcer, le 26 mars 1991, sur la licéité d'une convention de dépôt de sperme intervenue entre un CECOS et un patient en traitement contre le sida, le Tribunal de grande instance de Toulouse devait, un peu de la même façon, essentiellement s'attarder à la finalité sous-jacente au contrat, plutôt qu'à son objet<sup>169</sup>. De l'opinion de la Cour, le simple fait qu'une convention porte sur une substance corporelle n'en entraînerait pas fatalement la nullité; encore faudrait-il apprécier sa finalité. Or, le but ultime poursuivi par les parties était de permettre à un homme menacé de stérilité de préserver ses chances de procréer en recourant éventuellement à l'insémination artificielle, entreprise qui semblait tout à fait légitime. C'est pourquoi le Tribunal devait refuser à la veuve demanderesse la restitution des paillettes contenant le sperme déposé par son mari et donner plein effet au contrat de dépôt, qui assujettissait à l'accord de ce dernier l'utilisation ultérieure de ces paillettes à des fins de procréation<sup>170</sup>.

Il va sans dire que cette décision des magistrats toulousains contraste avec celle que le Tribunal de grande instance de Créteil rendait, sept ans plus tôt, en des circonstances similaires. Dans le cas *Parpalaix*<sup>171</sup>, on se souviendra que la Cour avait fait droit à la demande de l'épouse de se voir remettre le sperme de son mari défunt, sous prétexte que le projet d'insémination *post mortem* envisagé était conforme à la volonté exprimée par le mari dans l'entente qu'il avait conclue avec le CECOS où les gamètes étaient gardés. Les forces génétiques d'un individu, avait alors déclaré la Cour, ne sauraient être mises qu'au service de sa liberté fondamentale de procréer. En d'autres termes, il appartiendrait à l'individu seul d'imprimer une finalité à son matériel génétique.

Cependant, en même temps qu'il se basait sur le contrat passé avec le CECOS, pour interpréter et connaître les vœux du défunt quant au projet caressé par sa veuve, le Tribunal, aussi paradoxal que cela puisse paraître, réaffirmait le caractère hors commerce

---

<sup>168</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 16, 458-460.

<sup>169</sup> Trib. gr. inst. Toulouse, précité, note 18.

<sup>170</sup> Il n'est pas interdit de penser que l'existence de cette clause du contrat - exigeant que le mari soit vivant et consentant pour qu'ait lieu l'insémination - a joué un rôle déterminant dans le jugement auquel le Tribunal en est arrivé dans la présente affaire. N'eût été cette clause, la convention qui devait régir l'usage des gamètes confiés au CECOS n'aurait manifestement pu résister au regard défavorable jeté par la Cour - et la doctrine française en général - sur l'insémination *post mortem*.

<sup>171</sup> Précité, note 17.

du sperme humain. Les gamètes humains n'étant pas de nature patrimoniale, le liquide séminal de M. Parpalaix ne pouvait se prêter à une convention de dépôt, a-t-il à ce propos estimé<sup>172</sup>. Étant donné le droit de chacun à l'intégrité physique, les cellules germinales de l'homme, à l'instar des différents éléments constitutifs de son corps, ne sauraient en fait, suivant les conclusions de la Cour, recevoir la qualification de biens et, par conséquent, prendre place à l'intérieur du circuit juridique. La liberté individuelle de procréer, qui trouve son expression dans les gamètes humains, empêcherait de plus que ces produits soient livrés à des échanges. Cette liberté, réitérant nombre d'auteurs, ne pourrait être aliénée par contrat<sup>173</sup>.

Il faut donc retenir de l'affaire *Parpalaix* que, si le Tribunal s'est penché sur l'entente qui liait le CECOS et Alain Parpalaix, c'est d'abord et avant tout pour le motif que celle-ci renfermait les instructions de cet homme concernant la manière dont il devait être disposé de sa semence, après son décès. C'est effectivement au nom de la liberté que posséderait toute personne d'user de ses forces génétiques, et non par application des règles relatives au dépôt, que devait être ordonnée la restitution des paillettes de sperme à la veuve Parpalaix.

Claire NEIRINCK entretient toujours cette conception voulant que les matières d'origine humaine échappent au commerce juridique. Contrairement à la majorité de ses pairs, elle demeure persuadée que la catégorie des choses hors commerce, devenue encombrante pour les promoteurs des biotechnologies, sied parfaitement à ces produits. L'auteure déplore toutefois l'*effacement du droit*, qui entérinerait les faits, céderait le pas à des normes éthiques ou déformerait la règle de l'indisponibilité du corps humain dans le dessein de ne pas gêner les initiatives émanant de la technoscience<sup>174</sup>. Elle réclame plus exactement une

---

<sup>172</sup> Afin de pouvoir prendre appui sur l'entente en cause et d'identifier le rapport qui s'était établi entre le défunt et le CECOS, le Tribunal a invoqué la notion de contrat *sui generis*. Ce type spécifique de contrat ne tomberait pas sous l'empire du Code civil. Est-ce un acte juridique? On peut à notre sens en douter. En effet, comment une chose peut-elle, en droit, être à la fois hors du commerce et faire l'objet d'une convention? N'y a-t-il pas là une incompatibilité flagrante? Un contrat ne doit-il pas viser une chose dans le commerce, pour être juridiquement valide? Cet imbroglio démontre la maladresse des juristes face aux problématiques soulevées par le matériel génétique humain.

<sup>173</sup> Qu'il suffise de citer cette phrase désormais célèbre de Gérard CORNU professant que [l]a *potentialité de ces forces [génétiques] pour la perpétuation de l'espèce les place au-dessus de la volonté de celui qui ne les investit pas dans sa propre descendance*. G. CORNU, *loc. cit.*, note 43, 464. Bernard EDELMAN se range du même avis, alléguant que la liberté de procréer est une *qualité humaine inaliénable* au bénéfice exclusif de la personne. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 20, 127; voir aussi C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 8, 26, où il est stipulé que les gamètes, *supports de l'identité civile, personnelle et généalogique [de l'individu], ne peuvent être dans l'échange*.

<sup>174</sup> C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 9, 265-269.

intervention des diverses instances juridiques, en vue de redonner au principe de l'indisponibilité toute sa signification et d'enrayer du même coup le processus de réification du corps déjà en branle. Dans l'optique de Mme NEIRINCK, il ne suffirait pas de retrancher les tissus humains de l'échange rémunéré et de proclamer que ceux-ci n'ont pas de prix; il faudrait en outre sérieusement évaluer le risque que s'organise un marché des composantes organiques structuré autour de l'offre et de la demande<sup>175</sup>.

Catherine LABRUSSE-RIOU somme également le droit de réintégrer sa fonction protectrice du corps en prenant un recul par rapport aux faits<sup>176</sup>. Il serait, soutient-elle, impérieux de juguler l'action normative de la science et de la médecine, légitimée par les promesses de mieux-être que charient celles-ci<sup>177</sup>. Le droit aurait justement pour mission de poser des balises là où le génie biomédical, dans sa course effrénée vers la maîtrise du vivant, s'avérerait incapable d'«autocensure». Il ne saurait naviguer *au gré des techniques, du marché, ou des lobbies*<sup>178</sup>. Sa responsabilité consisterait à garantir une certaine stabilité et à restaurer un modèle immuable et unifié de l'homme, indisponible dans sa dimension subjective comme dans sa dimension charnelle<sup>179</sup>. Loin d'être désuet, l'indisponibilité du corps humain serait l'un de ces principes fondateurs du droit avec lequel on ne saurait rompre sans encourir de graves conséquences sociales:

*Contrairement à ce que beaucoup pensent, protéger le vivant humain par l'indisponibilité, contre des désirs ou intérêts susceptibles de nier le propre de l'homme [...] ne procède pas nécessairement d'une conception animiste ou d'une sacralisation de la vie. Ce sont les bases mêmes de la démocratie et de l'État de droit qui sont en cause. Ce sont les possibilités de la liberté pour les générations futures que l'on protège.*<sup>180</sup>

Quoi qu'il en soit, il reste que l'inaliénabilité du corps humain et de ses démembrements est un précepte vis-à-vis duquel les auteurs se sentent de moins en moins à l'aise. On reproche tantôt à cette règle de ne pas protéger efficacement la personne contre les assauts de la science, tantôt d'entraver indûment le développement de la recherche et des

---

<sup>175</sup> *Id.*, 271-273.

<sup>176</sup> C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 8, 17-19.

<sup>177</sup> Au lendemain de l'adoption des lois sur la bioéthique, la possibilité que les souhaits nourris par Mesdames NEIRINCK et LABRUSSE-RIOU soient un jour exaucés laisse perplexe. Malgré que l'inviolabilité du corps humain soit au cœur de ces législations, il appert que la société française recherche dorénavant un *modus vivendi* conciliant le droit avec les préoccupations du milieu de la biotechnique.

<sup>178</sup> C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 8, 19.

<sup>179</sup> *Id.*, 20, 21, 23 et 25.

<sup>180</sup> *Id.*, 24.

biotechnologies. Les juristes tentent pour la plupart d'en redéfinir les contours, quand ce n'est de la rejeter. En réalité, le temps est révolu où la classification des substances corporelles parmi les choses hors commerce allait de soi; l'exclusion de ces produits du marché se situe désormais au centre d'une vive controverse, compte tenu des progrès fulgurants accomplis dans le secteur biomédical.

### 2.1.3. Le recours à la notion de *choses communes (res communes)*

Les matériaux corporels faisant partie intégrante de la nature, la catégorie des *res communes* - qui, en droit international public, débouche sur le concept de patrimoine commun de l'humanité - n'est pas non plus sans susciter l'attention, lorsqu'il s'agit d'insérer ces éléments dans l'ordre juridique. Du point de vue de Randy W. MARUSYK et de Margaret S. SWAIN, par exemple, les cellules et les tissus humains ne pourraient, à l'état naturel, être appropriés. Comme l'air, la lumière et l'eau, ils appartiendraient, pour ainsi dire, à l'ensemble de l'humanité, sauf s'ils ont été transformés par l'homme. Dans cette hypothèse, un droit de propriété ne pourrait naître qu'à l'égard du produit résultant de la transformation<sup>181</sup>.

Bien qu'elle ne précise pas la qualification à laquelle devraient répondre, notamment, les oeufs fécondés *in vitro*, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI est d'accord pour avancer que le matériel génétique humain *n'appartient à personne* et relève exclusivement de la puissance publique<sup>182</sup>. À partir du moment où l'individu n'entend plus se prévaloir de ses forces génétiques dans le but d'exercer sa faculté de procréer, il en perdrait le contrôle, aux yeux

---

<sup>181</sup> R. W. MARUSYK et M. S. SWAIN, *loc. cit.*, note 76, 380-383. *Human tissue that is permanently removed from a body is res communes omnium and is not, therefore, subject to any claims of ownership*, affirment les deux auteurs. *In a situation such as Moore*, ajoutent-ils, *nobody would own the spleen or the blood, but they could be used by anyone who possessed them; their status would be identical to that of air or light. Id.*, 380.

<sup>182</sup> Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «Congélation d'embryons, fécondation *in vitro*, mère de substitution», dans Hubert NYSSSEN (dir.), *Génétique, procréation et droit - Actes du colloque*, Paris, Actes Sud, 1985, p. 307, aux pages 322 et suiv. Il nous est cependant difficile de cerner la pensée de l'auteure. Le refus de Mme RUBELLIN-DEVICHI de reconnaître à l'embryon humain une valeur patrimoniale laisse clairement supposer que celui-ci ne pourrait être la propriété ni de l'État ni des géniteurs. La juriste n'est pas davantage prête à lui attribuer la qualité de «personne humaine potentielle». L'identification de l'embryon *sumuméraire* à une chose non susceptible d'appropriation incite à le rapprocher de la catégorie des *res communes*. Mais ce matériel n'est pas ici explicitement destiné à la communauté humaine; il semble plutôt soumis à la discrétion du corps médical, ce qui ne verrouille pas la porte aux intérêts privés. La conversion des tissus embryonnaires en produits brevetables souvent coûteux ne compromet-elle pas, en bout de ligne, l'usage thérapeutique de ces ressources biologiques au profit de tous?

de la juriste. Les embryons non implantés seraient aussitôt placés sous l'égide de l'État qui, par l'intermédiaire du personnel médical et des équipes de recherche, en aurait la disposition.

Bernard EDELMAN constate d'autre part l'ampleur qu'a prise, en droit international public, la notion de patrimoine commun de l'humanité et son influence grandissante sur les rapports de l'homme à la nature. Non qu'il estime la chose souhaitable, l'auteur entrevoit néanmoins l'éventualité que ce phénomène, en vertu duquel la nature se dématérialiserait afin d'épouser la forme d'un immense marché à gérer pour le compte de l'humanité, déteigne sur la relation corps-sujet et vienne conforter l'idée faisant du corps humain un réservoir de matières premières exploitables dans l'intérêt commun<sup>183</sup>. Alors que la non-appropriation des choses tenait autrefois au mystère et à la valeur mythique qui ceinturaient certains espaces et frappaient ceux-ci d'interdits, ce principe n'aurait plus aujourd'hui la même raison d'être, signale par ailleurs M. EDELMAN. Il remplirait dorénavant une vocation essentiellement économique. Il servirait expressément à neutraliser les affrontements dont plusieurs domaines convoités sont la cible<sup>184</sup>. Or, d'après la philosophie du juriste, le corps ne saurait être le théâtre d'enjeux économiques. Aussi, l'extension de la notion de *res communes* aux déchets biomédicaux n'est-elle visiblement pas une solution à la hauteur des aspirations de M. EDELMAN à ce que l'homme s'impose de nouveau comme la fin vers laquelle devrait tendre la science et, partant, cesse d'être réduit à un moyen employé par celle-ci. En fait, l'auteur juge impératif de différencier l'homme du reste de la nature, qui seul pourrait être affecté à son service<sup>185</sup>: *[D]e s'exploiter soi-même, réplique-t-il, on risque bien de se conduire en entrepreneur de pompes funèbres.*<sup>186</sup>

D'un autre côté, sans formellement ranger les produits du corps humain dans la catégorie des *res communes*, Gérard CORNU milite en faveur du partage du matériel héréditaire humain<sup>187</sup>. Ce faisant, il valorise la solidarité entre les hommes, détenant chacun une «part» dans cet héritage commun pris en charge collectivement en vue de la perpétuation de l'espèce. Tandis que le don personnalisé de gamètes lui apparaît inadmissible - le matériel génétique d'un individu ne figurant pas, selon les enseignements de l'éminent professeur, parmi les biens de son patrimoine -, l'opération est perçue d'un tout

---

<sup>183</sup> B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 20, 139-141.

<sup>184</sup> *Id.*, 138.

<sup>185</sup> *Id.*, 140 et 141; B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *op. cit.*, note 20, pp. 103-106.

<sup>186</sup> B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 75.

<sup>187</sup> G. CORNU, *loc. cit.*, note 43, 464-467.

autre oeil, dès qu'elle se réalise par l'entremise d'un organisme mandaté par l'État et tombe conséquemment sous le coup du droit public. Elle s'apparenterait, dans ce contexte, à un geste de *philanthropie* ou de *patriotisme*<sup>188</sup>. Les gamètes destinés à une procréation étrangère, peut-on déduire du raisonnement du juriste, ne seraient plus du ressort de l'individu et ne pourraient être cédés à la manière d'une composante de son patrimoine: ils ne sauraient donner lieu qu'à un geste de générosité envers le genre humain. L'analyse du professeur CORNU touche incontestablement de très près le paradigme des *res communes*, auquel obéissent les choses non susceptibles d'appropriation dédiées à un usage commun.

Les auteurs n'affichent pas tous, bien sûr, cette propension à dissocier les produits humains du domaine privé. Beaucoup éprouvent de fortes réticences à retrancher ces éléments de la sphère individuelle et à les affranchir de l'emprise du sujet. Ainsi que l'écrit Édith DELEURY, qui reprend dans ce passage la pensée de l'éthicien Gilbert HOTTOIS, *le développement de l'éthique collective peut aussi se faire dans le respect de l'éthique privée, ce qui juridiquement oblige à maintenir les éléments du corps dans l'orbite du sujet lorsqu'ils en sont détachés*<sup>189</sup>. Dans un même ordre d'idées, une importante proportion de ses collègues refusent de se dévouer corps et âme à des causes humanitaires - que ce soit l'avancement de la médecine ou la survie de l'espèce - et canalisent leurs énergies vers le raffermissement de la règle du consentement du patient en ce qui a trait au sort des tissus prélevés sur son corps<sup>190</sup>. Pressentant plus que jamais la nécessité d'ériger une haie autour de la personne, ces civilistes sont loin d'être conquis par le concept de choses communes.

Claire NEIRINCK se méfie, quant à elle, de la récupération des concepts traditionnels du droit par ceux qui brandissent un idéal de solidarité. En plus de continuer à véhiculer une interprétation tronquée qui confond «extracommercialité» et «extrapatrimonialité»<sup>191</sup>, le législateur français aurait, au dire de la juriste, fait dévier la règle de l'indisponibilité du corps humain de son véritable objectif<sup>192</sup>. La protection de l'*homme*, à laquelle cette règle devrait concourir, serait progressivement devenue synonyme de protection de l'*humanité*. Ce glissement de la personne vers cette entité globale et impersonnelle que constitue la collectivité humaine sonnerait l'alarme et appellerait la société à réviser ses choix<sup>193</sup>. Le

---

<sup>188</sup> *Id.*, 465.

<sup>189</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 16, 471.

<sup>190</sup> Voir *infra*, sections 2.2.1 et 3.2.2.

<sup>191</sup> Voir *supra*, pp. 40, 45 et 46.

<sup>192</sup> C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 9, 268 et 269.

<sup>193</sup> *Id.*, 269.

bien commun, oserions-nous renchérir, n'est-il pas au surplus maintes fois ramené à des intérêts privés. En effet, dans l'esprit de bien des auteurs<sup>194</sup>, une chose commune n'est pas vraiment une ressource dont l'usage serait universel, c'est-à-dire dont tous pourraient jouir des vertus. Dans le cas des déchets biomédicaux, elle se présente comme une chose à la disposition de qui, par son art, peut en retirer un bénéfice. Son usage est *a priori* réservé au chercheur qui, la transformant, peut espérer voir ses efforts récompensés par l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle. Une telle conception nous semble dénaturer la notion de chose commune et la détourner de sa finalité<sup>195</sup>. En ce qu'elle fait de ces inventions la chasse gardée des chercheurs et a une incidence sur le coût et l'accessibilité aux nouvelles thérapeutiques, la brevetabilité des travaux menés dans les laboratoires biomédicaux contribuerait, pour résumer notre impression, à biaiser ce concept.

Le double aspect - individuel et collectif - que revêt le matériel génétique représente de surcroît un facteur rendant les juristes peu enclins à désigner cet ensemble «patrimoine commun de l'humanité». S'il assure, au plan spatio-temporel, le lien entre l'individu et son espèce, le génotype d'une personne ne saurait, de l'opinion de Noël MAZEN, être qualifié de chose commune, puisqu'il est le fruit d'une combinaison génique particulière et unique à chaque être humain<sup>196</sup>. Cette considération devait pareillement amener Bartha Maria KNOPPERS à écarter la notion de patrimoine commun, dans son étude sur le génome humain, publiée sous les auspices de la Commission de réforme du droit du Canada<sup>197</sup>. L'auteure a, pour sa part, préféré à ce concept celui de contrat social, lequel permettrait d'articuler les volets individuel et collectif que comporte cette imposante mosaïque<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> Voir la thèse de Randy W. MARUSYK et de Margaret S. SWAIN (*supra*, p. 47), pour n'énumérer que ces deux auteurs.

<sup>195</sup> Le Traité de 1967 et l'Accord de 1979 régissant les activités des États sur la lune et les autres corps célestes nous aident à tracer les paramètres de ce que l'on nomme en droit «patrimoine commun de l'humanité». Ces conventions internationales veillent principalement à ce que les activités auxquelles les pays industrialisés pourraient s'adonner sur la lune, par exemple, profitent à l'ensemble des nations. Elles prévoient même la mise sur pied, le moment venu, d'une organisation chargée de la gestion, à l'échelle planétaire, des ressources lunaires. Cette organisation serait l'équivalent de l'Autorité internationale des fonds marins, qui gère actuellement l'exploitation de cette zone, baptisée en 1982 «patrimoine commun de l'humanité». Bref, qu'il s'agisse de l'espace extra-atmosphérique ou du fond des océans, on remarque qu'en dépit du fait que l'utilisation de ces espaces n'est en pratique qu'à la portée des États industrialisés, des outils sont mis en place afin que cet usage ne participe à l'enrichissement de ces pays au détriment des nations pauvres et que toute la communauté internationale puisse prendre part aux richesses que recèlent ces lieux. J.-Maurice ARBOUR, *Droit international public*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1992, pp. 360-362 et 388-390.

<sup>196</sup> N. MAZEN, *loc. cit.*, note 85, 199.

<sup>197</sup> COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 44, pp. 20-24.

<sup>198</sup> Pour un exposé de l'approche préconisée par Mme KNOPPERS, voir *infra*, section 3.4.2. Il convient de mentionner que la détention au bénéfice de l'humanité des lignées cellulaires développées grâce à la culture de cellules humaines et l'impossibilité de revendiquer un droit d'auteur sur celles-ci sont une

Jean-Christophe GALLOUX n'est pas davantage convaincu de l'opportunité de déclarer les substances vivantes «patrimoine commun de l'humanité». Il ne croit pas utile de procéder à cette initiative - qui donnerait libre accès aux tissus corporels - dans l'espoir de stimuler la recherche biomédicale. À son avis, l'attribution de brevets d'invention se serait déjà avérée, dans le secteur de la biotechnologie, un puissant catalyseur. L'essor prodigieux ayant jusqu'à maintenant caractérisé ce champ d'activité en serait la preuve éloquente<sup>199</sup>.

Il nous faut en dernière analyse reconnaître que le recours à la catégorie des *res communes*, pas plus que la référence à la notion de *res derelictae* ou de choses hors commerce, ne parvient à rallier les auteurs au chapitre de la qualification des déchets biomédicaux. Les liens intimes qui rattachent le corps à la personne, la victoire redoutable du matérialisme sur la dimension profondément humaine du corps et l'unicité du matériel génétique emmagasiné dans chacune des cellules de l'homme sont, de fait, autant d'obstacles à la classification de ces résidus parmi les *res communes*.

\*

Néanmoins, s'il est une réputation que les civilistes - en particulier - ont su se tailler, c'est bien celle de faire montre d'assiduité et de loyauté à l'égard de leurs catégories conceptuelles. Ayant longtemps fait office d'exégètes gavés de morale et de religion, ils s'enorgueillissent de nos jours de collaborer à l'édification et à la consolidation de la *science* du droit, qui, sur le modèle des sciences pures, se veut rationnelle et prévisible. Afin d'éviter de se perdre dans de grandes envolées philosophiques et de se libérer des dogmes de l'Église, les juristes contemporains se sont fabriqué des gabarits, dans lesquels sont coulées les données du monde ambiant. À l'imitation du «scientifique» qui énonce, puis applique, ses formules ou théorèmes, le juriste filtre la réalité à travers ses catégories. Le droit a, selon la figure employée par Christian ATIAS<sup>200</sup>, les apparences d'un *catalogue de solutions*

---

avenue explorée par plusieurs organismes américains, dont l'*Office of Technology Assessment* et le *National Research Council*. U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *op. cit.*, note 130, p. 17; NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Mapping and Sequencing the Human Genome*, Washington (D.C.), National Academy Press, 1988, p. 100 (cité dans COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *id.*, p. 23).

<sup>199</sup> J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 88, 595.

<sup>200</sup> C. ATIAS, *op. cit.*, note 4, no 51, p. 91.

qu'il consulte religieusement, confiant d'y apercevoir celle correspondant à chaque phénomène étudié. Il peut de la sorte réagir avec célérité aux faits qui se manifestent à lui et rattraper les événements, qui se succèdent à une vitesse folle. Il serait, après tout, ridicule d'essayer continuellement de réinventer la roue et de se laisser embourber par un amoncellement de dossiers en suspens.

L'envers de cette médaille n'est malheureusement pas aussi reluisant. Le droit donne l'impression d'être *prédéterminé*, à telle enseigne que les juristes ne prennent plus toujours la peine de cogiter, de raisonner<sup>201</sup>. Ces derniers « cliquent » machinalement sur une, ou une autre, des options du programme sans au préalable la soupeser. La sensation de sécurité que leur procure le fait de s'enfermer à double tour dans leurs concepts et de se couper de quelque influence extérieure n'est qu'un leurre. Effectivement, les juristes apprendront à leurs dépens que leur science n'est pas exacte, infaillible et exhaustive. La vision du droit est immanquablement obstruée par des éléments extrinsèques. Mais il y a pire: en se refermant sur lui-même, l'ordre juridique se voit grugé de l'intérieur par des contradictions. À patauger dans ses catégories et à s'enchaîner à ses préceptes habituels, le juriste s'expose, en clair, à des apories.

La stratégie des auteurs et des tribunaux vis-à-vis des déchets anatomiques humains ne fausse nullement nos pronostics. Hormis les dénonciations de certains au sujet du marasme dans lequel le droit serait plongé et l'inconfort ressenti face à certaines catégories « fétiches », la séquence se répète avec les résultats qui s'ensuivent. Chez les civilistes, la classe des **choses hors commerce**, sanctuaire où reposent paisiblement le corps humain et ses parties, remporte encore la palme. Cependant, lorsque, du haut de leur chaire, les législateurs français et québécois proclament, avec l'assurance que confère le poids de la tradition, l'adhésion des substances organiques à cette catégorie, ils sous-entendent malencontreusement la nature réelle de celles-ci. N'est-ce pas, pourtant, dans le souci de ne pas dissoudre l'alliance entre la personne et son substrat corporel que le corps et ses démembrements sont indisponibles? Rien, dans les nouveaux textes de loi français et québécois, ne permet de soupçonner une ferme intention de cliver le principe de l'indisponibilité de l'organisme humain et la catégorie des choses hors commerce. Les dispositions du *Code civil du Québec* et la codification, en France, des règles consacrées par la doctrine cautionnent le droit antérieur en la matière. C'est dire que les civilistes n'ont

---

<sup>201</sup> Voir *id.*, pp. 91-93.

vraisemblablement pas fini de se méprendre en rééditant l'axiome postulant que le corps, parce qu'il tire son essence de la personne, appartient aux choses hors commerce.

Cette antinomie n'est pas insurmontable, nous le concédons. Quoi de plus simple que de scinder une fois pour toutes les notions d'inaliénabilité et de *choses hors commerce* et de décréter que, dans ses composantes charnelles, la personne humaine siège en dehors de l'échange juridique? Le paradoxe qui naît de l'«extracommercialité» du corps et de ses fractions ne s'arrête toutefois pas là. Soutenir que l'organisme humain est indisponible et avaliser, de façon concomitante, les transferts - ne serait-ce que non rémunérés - d'organes et de produits corporels nous paraît au surplus de la haute voltige intellectuelle. Cette persévérance à colporter que les ressources anatomiques sont exclues du commerce, sous prétexte que leur vente est proscrite, a des airs captieux. Dans son acception classique, la notion de commerce juridique embrasse les échanges, tant gratuits qu'à titre onéreux. On ne saurait la comprimer au domaine de l'économie marchande sans trahir la pensée civiliste. En somme, une «chose» hors commerce n'est ni plus ni moins qu'un élément ne pouvant circuler sur une base contractuelle<sup>202</sup>.

L'absorption du concept juridique de «commercialité» par son pendant économique offre une démonstration exemplaire de cette tendance qu'ont les juristes à élaguer, ou à donner de l'élasticité à leurs catégories, en vue d'amadouer le droit à l'un des discours politico-sociaux briguant les suffrages. En réalité, la qualification juridique tend davantage vers une obligation de résultat que de moyen. Le juriste sert d'agent par l'intermédiaire duquel se concrétiseront les priorités de ses contemporains<sup>203</sup>. La démarche suivie pour atteindre ces objectifs est, au fond, secondaire. Ce qui compte avant tout est d'y arriver, quitte à faire impasse sur des rudiments et à engendrer le chaos. Ainsi, dans le dessein de ne pas aggraver la pénurie d'organes et de tissus humains qui sévit actuellement et d'épauler la science médicale, tout en n'avalissant pas le corps de l'homme, les codes civils français et québécois entonnent-ils «mélodieusement» les principes de l'indisponibilité des attributs physiques de la personne et de la gratuité des transferts relatifs à ce matériel<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Voir principalement J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 125, 1015 et 1016.

<sup>203</sup> Concernant la démythification de la fonction impartie au juriste, voir notamment O. CAYLA, *loc. cit.*, note 115, 8-10.

<sup>204</sup> Le législateur français n'a d'ailleurs pas dissimulé les visées politiques et sociales sous-jacentes aux lois du 29 juillet 1994. Son intervention dans le territoire de la bioéthique, l'avait-il expressément mentionné à l'article premier du Projet de loi no 66, consiste à tendre une main à la science et l'autre à la personne, incarnée dans sa chair.

Encore que nous ne puissions en pardonner toutes les implications, nous aimerions bien pouvoir imputer la confusion des expressions «commerce juridique» et «patrimonialité» à l'évolution du droit, à qui l'on reproche si souvent son statisme et sa lenteur à bouger. Or, la coexistence des règles de l'indisponibilité et de la non-patrimonialité du corps humain - tour à tour édictées, en France, le 29 juillet 1994<sup>205</sup> et évoquées chez nous, lors de la réforme du Code civil<sup>206</sup> - nous en empêche. À cela s'ajoutent les représentations des auteurs, du reste assez nombreux, qui luttent énergiquement pour que la théorie de l'«extracommercialité» du corps soit déployée dans toute sa plénitude, ou qui tentent, par quelque autre action, de sauver celle-ci du naufrage<sup>207</sup>.

Si l'érosion graduelle de ce fondement de notre droit pourrait éventuellement en modifier la configuration, voire le faire littéralement périlcliter, l'on n'assiste donc pas, en l'état, au déclin ultime du concept classique de commerce juridique. Aussi, nous n'avons pas à nous rétracter: le civiliste qui prône alternativement l'inviolabilité de l'organisme humain et le don des tissus que ce dernier renferme se dédit. De même, le recours des tribunaux à l'astuce du contrat *sui generis*, comme échappatoire à la règle de l'inaliénabilité des gamètes humains, a-t-il tout d'un sophisme. Pourquoi, au fait, reculer devant la perspective d'assimiler à un contrat de dépôt l'arrangement conclu entre un CECOS et un donneur de sperme et simultanément acquiescer à une convention dont les stipulations sont sensiblement au même effet, savoir la remise de ce matériel au déposant, à ses ayants cause ou à la personne par lui désignée? La notion de contrat *sui generis* se révèle à notre point de vue un brillant artifice camouflant, en vérité, de sérieux vices de raisonnement. Elle n'a, de ce côté, rien à envier à l'alibi de la gratuité qui, afin de dorer la pilule aux plus puritains, maquille le précepte en vertu duquel les matières organiques sont, jusqu'à preuve du contraire, tout simplement incessibles.

Au demeurant, quoi qu'il adviene de la théorie de l'«extracommercialité», le civiliste n'est guère au bout de ses peines. À l'instant où il accorde mainlevée sur le corps et

---

<sup>205</sup> L'article 16-1 du code civil français dispose que:

[...]

*Le corps humain est inviolable.*

*Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.*

<sup>206</sup> Le ministre de la Justice commente dans les termes que voici l'article 25 C.c.Q.: *Le principe de la gratuité de l'aliénation d'une partie du corps s'inscrit dans le principe plus général qui soustrait l'être humain du commerce. Commentaires du ministre de la Justice, précité, note 149, p. 25 (nous avons souligné).*

<sup>207</sup> Que l'on songe ici aux privatistes qui, dans la tempête faisant rage sur les choses hors commerce, cherchent apparemment à démontrer que cette catégorie peut survivre au progrès, pour peu que la personne soit indemne.

autorise le don d'organes ou de tissus corporels, il se trouve coincé dans les mailles de son propre filet. Car le don inévitablement chosifie. Il ne peut être envisagé que dans un contexte d'extranéité, de détachement du sujet par rapport à la chose qui en est l'objet. *Si ce rein ne m'appartient pas, de quel droit puis-je le donner?*<sup>208</sup>, soumet la Commission de réforme du droit du Canada, dans le but d'illustrer l'interface aliénation-propriété. Certes, dira-t-on fréquemment du geste d'une âme charitable qu'il constitue un «don de soi». Les fervents du don d'organes ou de matériel biologique humain s'empresseront par ailleurs d'établir une nuance entre cet acte et la donation. Nonobstant ces considérations et manoeuvres, ceux qui, déniaient au corps la qualité de bien, enfilent le dossard de la gratuité des cessions de produits d'origine humaine s'élancent sur une pente glissante. L'indisponibilité de la personne les contraint à lâcher prise et à encaisser le choc de la réification des démembrements corporels.

Cette prémisse du droit a beau ne pas systématiquement rayer des contrats le corps et ses parcelles, le juriste doit être lucide et vigilant. Il ne lui faut pas succomber aux charmes de la gratuité et s'imaginer que ce mot magique tient lieu de passeport validant la circulation des produits à consonance personnelle. Il suffit de peu pour que l'homme, abasourdi par les promesses dont l'enivrent les nouvelles techniques médicales, voie son corps assiégé par la science. L'assouplissement des politiques qui régissent l'expérimentation sur les humains et des conditions entourant le prélèvement de tissus cadavériques<sup>209</sup> ne fournit que quelques exemples de débordements, susceptibles de drainer insidieusement la règle de l'indisponibilité de la personne en son corps. D'autre part, Claire NEIRINCK ne dramatise absolument pas les dessous du principe de la gratuité. L'acquisition de matériaux corporels à vil prix peut, opinons-nous, encourager un usage abusif de ces ressources, et dissuader les investisseurs et les chercheurs de se spécialiser dans la conception de produits de synthèse, ordinairement fabriqués à coups de matières premières dispendieuses<sup>210</sup>.

Ces réflexions nous portent à conclure que la ténacité des privatistes à décerner à la gratuité les propriétés d'un visa, grâce auquel la personne pourrait voyager en toute sécurité, est de nature à causer des séquelles non moins graves que d'affirmer, sans focaliser sur le seul facteur économique, que les composantes du corps sont des choses dont il faut soigneusement user.

---

<sup>208</sup> COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 47, p. 66.

<sup>209</sup> Voir *supra*, pp. 29 et 30, notes 113 et 114, pour plus de détails.

<sup>210</sup> C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 9, 268.

La classe des *res derelictae*, l'avons-nous auparavant constaté, est une autre catégorie vers laquelle penchent les juristes. Sollicité par les intervenants de la bio-industrie et du milieu de la recherche biomédicale, le législateur a beau jeu d'y inclure les placentas et les déchets opératoires, à partir desquels ces partenaires promettent de réaliser des merveilles à profusion. Malgré que cette problématique n'ait pas réellement piqué la curiosité des auteurs et n'ait inspiré que peu d'écrits, l'incorporation de ces rebuts anatomiques aux choses abandonnées avait d'ailleurs reçu, dans le passé, l'absolution du droit. Du moins ces résidus étaient-ils, sous le regard passif des civilistes, distribués aux laboratoires pharmaceutiques et aux instituts de recherche sur le mode de l'abandon. Le 29 juillet 1994, le législateur français devait officialiser ce statut de *res nullius* implicitement assigné au placenta et aux déchets biomédicaux.

Décision à saveur politique ou solution dérivant de la présumée scientificité du droit? Nous croyons pouvoir deviner aisément la réponse. L'intégration des reliquats organiques au nombre des choses délaissées par leur propriétaire et pouvant être subséquentement appropriées par le premier venu détonne, dans une loi qui déclare solennellement la non-patrimonialité du corps et de son contenu. Une chose abandonnée est, en effet, un bien ayant déjà appartenu à une personne et qui a été sciemment jeté à la mer des *res nullius* par suite de la renonciation, par ce propriétaire, à son droit de propriété. Dans cette logique, dès que l'on qualifie de *res derelicta* une substance ou un organe humain, l'on insinue que cet élément consistait, avant son retrait du corps, en un bien compris dans le patrimoine du patient. Cette ritournelle sonne faux lorsqu'elle émane de la bouche de civilistes rompus à un discours moniste n'admettant aucune césure entre la personne et son corps.

En plus d'ignorer la nature même des tissus humains eu égard au droit positif, la classification des résidus corporels parmi les *res derelictae* néglige un aspect fondamental de l'abandon, soit l'intention du propriétaire de se départir de tout intérêt dans son bien. Pareille intention ne peut être à notre sens valablement formée qu'en connaissance de cause. Il serait effectivement contraire aux exigences élémentaires de la démocratie, dont notre civilisation occidentale se veut l'ambassadrice, que d'arracher un consentement à des individus privés de l'information requise pour exprimer une volonté éclairée. Dans cet esprit, comment attribuer une réelle volonté d'abandon au patient, qui, plus souvent qu'autrement, n'a pas le moindre soupçon des prodiges que la science pourrait accomplir à l'aide des tissus souillés détachés de son corps? Notre conscience, en tant que société démocrate, devrait nous pousser à réclamer du corps médical qu'il mette cartes sur table et ait le

courage de divulguer au patient tout ce que ce dernier aurait intérêt à apprendre concernant la destination de ses déchets anatomiques.

Qui déduit du consentement aux soins l'acquiescement du malade à l'appropriation de son matériel organique à des fins expérimentales et/ou industrielles saute à notre avis beaucoup trop rapidement aux conclusions. La personne à l'insu de laquelle ce matériel serait testé, manipulé, voire converti en médicament n'est évidemment pas blessée dans sa chair. C'est là l'excuse des ténors de la thèse de l'abandon ou, si l'on préfère, du don présumé. Après tout, pour renchérir avec un dicton populaire, *ce qu'on ne sait pas ne fait pas de mal*. Les juristes qui se gargarisent de telles paroles semblent cependant oublier que par delà la souffrance physique, la personne peut être aussi sévèrement touchée dans son intimité. Cette omission est presque impardonnable sous l'empire des Chartes des droits et libertés, où la protection de la vie privée et la défense de l'intégrité morale et psychologique de l'individu se situent en tête de liste. À la limite, s'autoriser de la confiance dont un patient investit son médecin en vue de l'accomplissement d'un acte thérapeutique, pour s'immiscer dans l'insondable partie de l'être blottie en chaque cellule et en faire des répliques appelées à gamir les tablettes des pharmacies, frise l'indécence et l'irrespect. Son état de santé - quand ce n'est sa vie - dépendant entièrement de son acceptation à subir l'excision d'un tissu ou à se soumettre à un prélèvement, le patient est, toute proportion gardée, sous le joug des équipes soignantes. Les règles de déontologie liant les professionnels de la santé représentent à peu près sa seule police d'assurance contre d'éventuels abus.

Les civilistes ne sauraient récolter ici tous les blâmes. La *common law* est, de fait, régulièrement pointée du doigt comme instigatrice de cette équation entre consentement médical et abandon des matières consécutivement soustraites du corps du patient. Le pragmatisme proverbial des peuples anglo-saxons prédispose ceux-ci à remodeler leurs institutions juridiques en fonction du cadre imposé par les impératifs de la vie sociale et économique. Ainsi, les juristes américains ne craignent pas d'escamoter l'élément intentionnel caractéristique à l'abandon, afin d'exaucer les désirs des artisans de la technoscience et de courir la chance que se concrétisent les espoirs qui scintillent dans l'univers de la médecine et des biotechniques. Tandis que l'art de la *common law* d'appréhender les multiples facettes de l'évolution de la société lui vaut généralement des éloges, ce pacte conclu avec la science, qui écorche la notion de *res derelictae* et s'attaque à l'une des solives de la démocratie, n'a décidément pas de quoi faire la fierté du droit américain. Que l'on se retrouve sous un régime civiliste ou sous l'égide de la *common law*,

la violation du droit de la personne à l'autodétermination ne saurait devenir la rançon du progrès. Il nous faut par contre prendre note que plusieurs, à commencer par les magistrats de la Cour d'appel de la Californie<sup>211</sup>, se gardent - également aux États-Unis - de mettre la main au désolant spectacle concocté par les signataires de la théorie de l'abandon.

Enfin, nous sommes quant à nous d'opinion que la portée de l'arrêt *Venner*<sup>212</sup>, ayant donné le coup d'envoi à toute cette mise en scène, a été passablement amplifiée. L'interprétation de cette décision des tribunaux du Maryland doit être marquée d'un bémol. Nous pouvons, sans misère ni marge d'erreur significative, présumer l'intention d'un individu de se débarrasser à jamais de ses matières fécales. Cela va de soi, d'après nos us et coutumes. Il fut une époque où il en était de même à propos du patient sur lequel avait été pratiquée l'ablation d'un tissu. Mais nous ne pouvons aujourd'hui feindre de méconnaître que les circonstances ont radicalement changé. Maintenant que les débris organiques ne prennent plus invariablement le chemin de l'incinérateur et ont joint les rangs des matériaux recyclables, l'intention du patient de les abandonner et de les rendre en conséquence disponibles à la recherche et à la bio-industrie n'est définitivement pas aussi limpide. Parce que les cellules humaines constituent autant de miroirs réfléchissant l'identité biologique de chacun, les déchets biomédicaux ne sauraient non plus appartenir au même registre que les excréments et autres détrit.

Avant d'ériger un pont entre l'affaire *Venner* et le sort des tissus recueillis dans les hôpitaux, il est en outre primordial de replacer les choses dans leur contexte respectif: dans le premier cas, le verdict de la Cour avait une incidence directe sur la répression du crime de possession et de trafic de drogue; dans le second, l'application de la règle de l'abandon transgresse les droits et libertés individuels et robotise le corps, et ce, en ne contribuant qu'à bonifier la cause des chercheurs et des représentants de l'industrie de la biotechnologie.

Malgré que les proportions atteintes par l'affaire *Venner* n'étaient pas au départ de très bon augure, nous pouvons, au bout du compte, nous consoler devant l'accueil plutôt tiède auquel la thèse de l'abandon a eu droit. Une coalition de juristes américains, non moins appréciable que celle formée chez les civilistes, monte la garde dans le but de préserver l'intégrité des institutions créées par le droit. Sous réserve de la levée de boucliers que cette prise de position a provoquée dans la doctrine, l'option à laquelle devait souscrire le législateur français pourrait du reste laisser croire à un renversement de la situation.

---

<sup>211</sup> Voir *Moore* (1988), précité, note 3 (succinctement commenté à *supra*, pp. 36 et 37).

<sup>212</sup> *Venner c. State*, précité, note 54.

Pendant qu'un comité du congrès américain conseille de mettre la pédale douce et de faire la part des choses au lieu de se jeter impétueusement dans les bras de la science<sup>213</sup>, le législateur français, à l'invitation du Comité consultatif national d'éthique, s'engage à fond de train sur la voie de l'utilitarisme. En effet, qui aurait dit que cette lancée utilitariste, qui sabre la notion d'abandon, serait l'oeuvre de positivistes jaloux de leurs concepts et ayant la prétention de nager au-dessus des préoccupations temporelles, alors que fusent dans la *common law*, habituellement empressée de s'ajuster à ces réalités, des appels à la sagesse et à la stabilité? La conduite des instances législatives françaises à la fois déroutée et assombrie le portrait que nous devons conserver du droit, à présent que la poussière déplacée par l'arrêt *Venner* est retombée.

Certains ont par ailleurs découvert, dans le droit positif, une tactique beaucoup moins outrancière et usurpatrice que le recours à la catégorie des *res derelictae* qui permette aux substances humaines résiduelles de franchir, *en catimini*, la rampe d'accès aux choses à la libre et entière disposition de la science. La personne, posent ceux-là, n'a pas d'emprise absolue sur ces substances, puisqu'elle n'en a tout simplement pas la propriété. La classe des **choses communes** devait, par cette porte, faire son entrée au palmarès des catégories qu'affectionnent les juristes en quête d'un statut convenant aux déchets hospitaliers.

Cette approche nous ramène à cette vision édifiante d'une communion des corps due à la qualité de descendants d'Adam et Ève que tous les hommes partageraient<sup>214</sup>. Du fait que nous sommes issus de la même chair, les éléments qui composent notre organisme seraient interchangeables. Chacun d'entre nous aurait le devoir de les mettre au profit de ses semblables, sitôt qu'ils cachent quelque pouvoir curatif. L'insertion des déchets anatomiques dans la catégorie des choses communes n'est pas davantage étrangère aux enseignements chrétiens professant que lorsque s'achève notre périple sur terre, nos corps retournent à la biomasse, d'où rejaillira la vie. Ces assises, vestiges d'une époque pour plusieurs révolue, tiennent bon aux percées et aux révélations de la science. À travers les lunettes du microscope, on distingue notamment l'hétérogénéité de chaque génotype, résultat d'un «mixage» de traits proprement individuels et de caractères spécifiques de l'humain. De plus, le nouveau visage de l'«opothérapie»<sup>215</sup> que nous dévoilent les

---

<sup>213</sup> Nous référons aux recommandations de l'*Office of Technology Assessment*, dont nous avons fait mention déjà (*supra*, p. 37).

<sup>214</sup> Voir J.-P. BAUD, *op. cit.*, note 91, p. 36, à qui nous avons emprunté ce cliché.

<sup>215</sup> Ce terme couvre toutes les techniques et pratiques qui, depuis la manducation des cadavres jusqu'à l'usage thérapeutique des molécules d'A.D.N., misent sur la transfusion, la transplantation ou l'ingestion de produits ou d'organes humains pour soigner et revitaliser le corps.

biotechnologies, qui, par la conversion du matériel génétique des uns, parviennent à guérir ou à suppléer aux carences organiques des autres, ne dément pas l'interdépendance et les affinités des membres de la communauté humaine. Au mysticisme succèdent donc le savoir et l'expérience scientifiques. L'état de fait que dresse la science ne peut qu'édulcorer l'idée d'une propriété individuelle exclusive des ressources dont le corps foisonne. L'idéal de partage et d'entraide dans lequel nous trempes la notion de «choses à usage commun» a, au demeurant, l'heur de nous attendrir.

Nous nous en voudrions pourtant de fermer les yeux sur l'envers de ce précieux décor. Tant et aussi longtemps que les maîtres de l'ingénierie génétique se verront gratifiés par l'émission de brevets couronnant leurs inventions, l'incorporation des reliquats corporels aux *res communes* ne pourra, hélas, s'effectuer qu'au prix d'une déformation conceptuelle, nous l'avons amplement démontré plus haut. Le coût excessif des traitements novateurs ébranle les principes d'équité et d'universalité sous-jacents à la mise en commun des ressources corporelles. Les batailles menées par des malades<sup>216</sup>, en période de rationalisation et de coupures dans les programmes de santé, en sont une preuve sensible. Dès lors que les spécialistes de la biotechnique sont, de par leur expertise, les seuls à piger dans le bac des résidus organiques et à bénéficier des retombées financières reliées à la transformation de ces matériaux et que, de surcroît, la jouissance des bienfaits tirés de ceux-ci devient un privilège que seuls les mieux nantis peuvent s'offrir, l'allusion au concept de choses communes est indubitablement trompeuse. Il est triste de s'apercevoir que, dans la frénésie suscitée par les biotechnologies et sous le coup de pressions politiques, puissent être saccagés les fondements de ce noble et vertueux concept.

L'essence naturelle du corps humain et de ses éléments peut, il est vrai, prédestiner ces derniers à faire partie des *res communes*. Soit qu'elles puissent être appropriées à titre de *res nullius*, soit qu'elles résistent à toute appropriation en bloc, les richesses qu'étale la nature sont, en fait, au service et existent pour le plus grand bien ou bonheur de tous. Pourvoyeur de matières premières aux vertus curatives exceptionnelles, le corps, que le droit a toujours répugné à rattacher à un patrimoine, devrait en principe remplir cette

---

<sup>216</sup> Nous avons entre autres en tête les doléances de ce groupe d'individus affligés par la sclérose en plaques, qui suppliaient récemment le gouvernement du Québec de porter à la liste des médicaments défrayés par la Régie de l'assurance-maladie un traitement révolutionnaire du nom de «Bétaséron». Privés du support de l'État, ces malades affirmaient être dans l'impossibilité financière de faire l'expérience dudit traitement, prétendument capable d'atténuer et de différer l'apparition des symptômes de cette terrible affection - chez ceux qui souffrent de la forme «poussée-rémission» de la maladie.

fonction d'utilité publique. L'on observe cependant, entre lui et la personne, une osmose sans pareille dans la création. En ce qui concerne les déchets opératoires, on ne peut peut-être plus parler de raccordements physiques et d'interaction avec la personne; mais c'est, si l'on peut ainsi s'exprimer, un morceau de celle-ci qui part avec le fragment de tissu que le chirurgien retranche de son corps. La haute teneur personnelle des fibres dont cet échantillon est tissé fait du tiers qui l'intercepte le détenteur de pièces d'identité riches en renseignements intimes.

Nul besoin d'expliquer pourquoi nous ne sommes pas très passionné face à la perspective de faire de la classe des choses communes l'hôte des rebuts anatomiques humains. L'altruisme et la parenté biologique rassemblant tous les citoyens du monde, surtout s'ils sont promus au détriment du commun des mortels et de couches de la population moins fortunées, ne sauraient éclipser le contenu subjectif du matériel chromosomique.

S'agissant de la qualification des déchets biomédicaux, le droit positif renvoie, à la fin, l'image d'une roue qui tourne à vide. Le temps où le corps et ses parties se lovaient intuitivement dans la catégorie des personnes est derrière nous. Les tabous religieux d'antan s'étant tranquillement évanouis et le corps étant, par suite des développements de la médecine, de plus en plus compartimenté et disloqué, l'hypothèse de la chosification de l'organisme humain se fait jour. À en juger par les remarques qui précèdent, il appert que le droit traditionnel y est mal préparé. Une fois admise la réification des démembrements corporels, il nous faut manifestement chercher ailleurs que dans l'organigramme du droit le genre de chose en présence duquel on se trouve. Vu la consistance tout à fait typique et inusitée des organes et tissus humains, les juristes doivent s'ingénier à aménager dans l'enceinte des choses - ou dans l'interstice entre cette classe et celle des personnes - une subdivision où ce matériel pourrait confortablement se nicher.

## **2.2. L'émergence de nouvelles catégories juridiques**

À côté des juristes qui adulent les catégories bâties par le droit positif et leur font serment d'honneur et d'allégeance, de leurs collègues qui butinent à l'intérieur du répertoire juridique et tâchent en vain d'y caser le matériel organique humain, il y a ceux qui entreprennent de mettre en chantier une catégorie où loger ce matériel. Dans la mentalité de ces auteurs, il faut sortir le droit de l'abîme. Le juriste ne saurait, bien entendu, semer à

tout vent des concepts, pour le plaisir d'innover. En contrepartie, quand aucun des paradigmes compris dans le droit positif n'est congruent à la réalité, il se doit effectivement de tailler un prototype à la mesure de celle-ci. Il ne doit toutefois pas ambitionner d'en prendre le pourtour exact. Comme l'a mis en évidence KANT, la substance des données du monde matériel est impalpable et impénétrable. Au mieux, peut-on sentir et décrire la matière. Nos attentes à l'endroit du juriste résident, par conséquent, dans la confection de régimes avoisinant le plus possible la nature des choses et s'harmonisant avec notre projet de société.

Dans cette prochaine section de chapitre, nous nous concentrerons sur les nouvelles catégories dessinées par les auteurs dans l'espoir de tirer le droit de la torpeur qui l'accable, le moment venu de classer les produits corporels. Nos propos seront meublés d'une brève présentation de ces réalisations, suivie d'une appréciation de ces dernières en considération des critères énoncés au paragraphe précédent. Nous essaierons alors de déterminer dans quelle mesure les solutions ébauchées pourraient ménager des portes de sortie empêchant le droit de s'atrophier.

### **2.2.1. La création de la catégorie des choses d'origine humaine et à finalité humaine**

Marie-Angèle HERMITTE ne reste pas impassible devant l'échec du droit à refléter la spécificité des produits de source corporelle. Depuis qu'a été édicté, en 1952, le statut du sang, le législateur, regrette-t-elle, se serait peu soucié de la particularité de ces produits, si bien que la société française se serait plus ou moins consciemment démarquée de l'animisme juridique - qui postule que les substances corporelles sont en permanence habitées par l'homme - pour se laisser gagner par le courant matérialiste<sup>217</sup>. En introduisant la règle du don présumé en matière de prélèvement d'organes ou de tissus sur des cadavres, la loi Caillavet de 1976<sup>218</sup> aurait confirmé cette orientation<sup>219</sup>. Mme HERMITTE estime que le droit devrait, sans plus tarder, contrer ce processus de déshumanisation du

---

<sup>217</sup> Ce commentaire date de la période antérieure au dépôt des projets de loi sur la bioéthique. Néanmoins, nous ne sommes pas persuadé que ces textes aient remédié, à la satisfaction de Mme HERMITTE, au sort des tissus humains collectés en milieu hospitalier.

<sup>218</sup> L'article 1 de cette loi autorise le prélèvement, à des fins thérapeutiques ou scientifiques, des tissus et organes d'un cadavre, dans tous les cas où la personne n'a pas, de son vivant, manifesté son opposition à ce type d'utilisation. *Loi no 76-1181 du 22 décembre 1976*, J.O. 23 décembre 1976, p. 7365. Après une longue valse-hésitation, ce principe a été reproduit dans la *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994* (code de la santé publique, art. L. 671-7).

<sup>219</sup> M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 16, 334-336 et 340-341.

corps commandé par les besoins d'un marché impuissant face à la demande croissante en matériaux humains que les progrès de la médecine et des biotechnologies génèrent.

Le moyen mis de l'avant par l'auteure pour solutionner ce problème se résume en la création d'une catégorie juridique propre aux substances d'origine humaine, à travers laquelle seraient consacrés les échanges étroits qui gouvernent les rapports corps-sujet et confèreraient à l'organisme humain une nature oscillant entre la personne et la chose. Le dénominateur commun aux éléments de cette classe serait l'exigence du consentement de la personne relativement à tout acte s'y rapportant<sup>220</sup>. Cette condition permettrait à la volonté individuelle d'interférer avec les mécanismes du marché. La diversité de ces éléments se traduirait, d'autre part, par une sous-classification de ceux-ci eu égard à la *charge phantasmatique* qu'ils véhiculent<sup>221</sup>.

Mme HERMITTE propose en réalité d'instituer un *ordre juridique de l'inconscient*<sup>222</sup>. Cet ensemble constituerait la transcription juridique des enseignements de la psychanalyse qui seraient indispensables à l'établissement, par le droit, d'un régime adapté au matériel biologique humain. Il consisterait en une oeuvre conjointe à laquelle serait conviée cette discipline, dont la contribution serait notamment d'évaluer la *charge phantasmatique* afférente aux divers produits du corps.

Le regroupement des composantes corporelles au sein d'une catégorie juridique distincte, de même que le critère de classification adopté par Marie-Angèle HERMITTE, relève certes de l'inédit. Mais quoique le tout soit présenté sous une enveloppe différente, l'approche élaborée ici ressemble étrangement à celle anciennement retenue par le législateur français - et dans le *Code civil du Bas Canada*. Elle a, en effet, pour résultat de retirer totalement de l'échange les éléments corporels, ou de les livrer - moyennant des modalités variables - à la circulation, compte tenu, cette fois, de l'image qu'ils éveillent dans l'inconscient collectif. On pourrait de plus s'attendre à ce que l'ordonnement de ces produits dans le cadre de la catégorie des *choses d'origine humaine et à finalité humaine* corresponde globalement à l'ordre suivant lequel ils défilaient en droit français et en droit québécois, avant les lois du 29 juillet 1994 et la réforme du Code civil. La valeur symbolique dont sont empreintes les parties du corps n'est-elle pas, en définitive, généralement

---

<sup>220</sup> *Id.*, 334, 335 et 339.

<sup>221</sup> *Id.*, 346.

<sup>222</sup> *Id.*, 341-345.

proportionnelle à l'importance de celles-ci pour la préservation de l'intégrité physique de la personne, soit à leur degré de rattachement à cette dernière<sup>223</sup>?

Malgré que Jean-François MATTEI n'ait pas poussé sa réflexion jusqu'à imaginer, à l'instar de Mme HERMITTE, l'ouverture d'une catégorie juridique intermédiaire regroupant les tissus humains, il est bon de signaler, en terminant, que l'auteur n'a pas manqué d'évoquer la nature hybride de ces constituants, dans son rapport au premier ministre français<sup>224</sup>. C'est sur cette intonation qu'il y abordait l'épineuse question du statut de l'organisme humain: *Le corps est-il une personne, une chose, ou une catégorie sui generis?*<sup>225</sup> M. MATTEI a, à ce sujet, fait état des faiblesses de notre système juridique, qui repose sur la dichotomie entre les personnes et les choses. En ce qu'il se retrouverait aux confins de ces deux grandes divisions, le corps pourrait être à son sens difficilement intégré à ce système binaire que le droit romain nous a légué. Il participerait tout aussi bien de la personne que de la chose, de prétendre le rapporteur. En même temps que les liens indissolubles unissant le corps à la personne continueraient d'alimenter la pensée juridique dominante voulant qu'il en soit le substrat, cette allégation, fait sur ce point remarquer M. MATTEI, pourrait être contredite par le caractère sacré dont le corps de l'homme aurait été, à travers les âges, auréolé<sup>226</sup>. L'auteur fonde son propos sur ces paroles de Mircea ELIADE affirmant que *le sacré est le réel par excellence* et sur la définition du terme latin *sacer* - qui, en français, signifie *sacré* -, lequel désignerait entre autres *ce qui doit être vénéré*. Pour Jean-François MATTEI, le corps humain serait le *lieu de la rencontre de l'âme et du monde terrestre*<sup>227</sup>. Il devrait ainsi occuper, en droit, une position toute spéciale. Étant donné les structures juridiques existantes, la détermination de son statut et de celui de ses multiples fractions procéderait cependant d'une démarche très habile et fort complexe.

---

<sup>223</sup> Cette observation rejoint celle de Claire NEIRINCK mentionnant que la catégorie des *choses d'origine humaine et à finalité humaine* n'est qu'une copie de la réalité et nous ramène de ce fait à la case départ. C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 9, 272 et 273.

<sup>224</sup> J.-F. MATTEI, *op. cit.*, note 137, pp. 28 et suiv.

<sup>225</sup> *Id.*, p. 28.

<sup>226</sup> M. MATTEI cite l'exemple du corps momifié de Saint-Spyridon - évêque de Chypre au IV<sup>e</sup> siècle. Cette *chose sacrée*, source d'une grande ferveur populaire, représentait un élément non négligeable de l'actif de la famille qui, à Corfou, en était la détentrice. Elle faisait, semble-t-il, partie de la dot des jeunes filles. *Id.*, p. 30.

<sup>227</sup> *Ibid.*

## 2.2.2. La création d'une catégorie propre aux *produits corporels à caractère personnel*

Si, de par son affectation à la personne, le corps ne saurait être, dans sa globalité, aliéné, il ne fait aucun doute, dans l'esprit de Xavier LABBEE, que plusieurs de ses produits ou constituants sont des *choses dans le commerce*. Comme Jean-Christophe GALLOUX<sup>228</sup>, M. LABBEE reconnaît que l'individu a *le pouvoir de faire tomber dans le commerce juridique certains éléments de son corps, non indispensables à la conservation de sa personne*<sup>229</sup>. Les innovations de la science auraient par ailleurs modifié les règles du jeu, opérant une scission de plus en plus nette entre la personne et le corps, de sorte qu'il serait trompeur d'essayer aujourd'hui de faire croire à l'inaliénabilité des substances corporelles. Le principe de la gratuité, au moyen duquel le législateur cherche à se donner bonne conscience, ne changerait rien à la nature de ces substances, qui n'en demeureraient pas moins des objets d'échange<sup>230</sup>. De toute façon, laisse sous-entendre l'auteur, la circulation des composantes corporelles devrait être à la rigueur encouragée en raison des bienfaits sociaux susceptibles d'en découler. Aussi, le respect de la dimension personnelle dont seraient revêtus maints produits d'origine humaine devrait, selon M. LABBEE, être assuré par la mise sur pied d'un régime réglant l'échange de ces produits, plutôt que par l'exclusion de ceux-ci du commerce juridique<sup>231</sup>.

Tandis que le placenta, les cheveux et tous ces autres résidus organiques non identifiables à la personne pourraient être incorporés au marché sans qu'il ne soit expédient de leur assigner un traitement particulier<sup>232</sup>, il en irait autrement de la semence humaine ou des produits de la conception entreposés dans les laboratoires médicaux. Xavier LABBEE

<sup>228</sup> Voir *supra*, pp. 42 et 43.

<sup>229</sup> X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, p. 351.

<sup>230</sup> Gérard MEMETEAU souscrit à cet avis. *La question, expose-t-il, est celle de l'objet de l'acte, et non de sa rémunération [...]. [D]onner un embryon est transmettre à autrui la propriété d'un être humain aussi bien qu'en le vendant.* Gérard MEMETEAU, «Cet obscur objet du désir», (1990) 21 *R.D.U.S.* 269, 278.

<sup>231</sup> Sur l'application de la notion de choses hors commerce au corps humain et à ses éléments, voir notamment X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, pp. 337-339.

<sup>232</sup> Cette attitude laxiste à l'égard du statut du placenta humain est partagée par Michèle-Laure RASSAT. Cet organe, naturellement destiné à quitter l'organisme maternel à l'accouchement, ne serait, de l'opinion de l'auteure, aucunement visé par la règle de l'indisponibilité du corps humain; il pourrait en conséquence librement circuler dans le commerce. À la différence de Xavier LABBEE - qui se préoccupe de la coloration personnelle plus ou moins importante dont se teintent les matières corporelles en vue de les classer en sous-catégories -, Mme RASSAT fait strictement allusion à la conservation de la personne, dans son appréciation du régime applicable au placenta. M.-L. RASSAT, *loc. cit.*, note 134.

compare un peu ces éléments *porteurs de la personnalité* de l'individu au sang, qui possède un statut spécifique restreignant son trafic<sup>233</sup>. C'est ce qui l'incite à promouvoir l'instauration d'un régime de protection modelé sur celui de la propriété intellectuelle. Aux termes de ce régime, le droit de propriété que l'individu aurait sur son matériel génétique serait assorti d'un droit moral<sup>234</sup>. La personne qui confie ses gamètes à un CECOS pourrait, en vertu de cette dernière prérogative, exercer un droit de regard sur ces substances et en contrôler l'usage. Ce pouvoir moral, tenant à l'aspect personnel des gamètes, serait, de préciser l'auteur, *plus marqué encore que le droit de l'artiste sur son oeuvre*<sup>235</sup>. Il serait néanmoins loisible au donneur d'y renoncer et, par là même, d'abandonner sa semence dans un dessein altruiste.

Reste à savoir maintenant où se situeraient les tissus prélevés chez un patient, à l'intérieur de cette hiérarchie que Xavier LABBEE souhaite établir entre les produits humains. Ces reliquats anatomiques jouiraient-ils du même statut et logeraient-ils dans la même catégorie que le liquide séminal déposé auprès d'un CECOS ou d'une clinique de fertilité? Bien que M. LABBEE ne se soit pas formellement prononcé sur la classification des déchets opératoires, on pourrait à la limite répondre par l'affirmative à cette interrogation. Considérant que chacune d'elles contient toute l'information voulue pour tracer le profil génétique du patient, les cellules dont sont constitués les tissus extirpés lors d'une intervention chirurgicale ne reflètent-elles pas également la personnalité de ce dernier? Quoi qu'il en soit, il serait pour le moins étonnant qu'un poumon ou la rate malade d'un patient, par exemple, soit relégué au rang du placenta et des phanères, traités ici comme de vulgaires objets de commerce dépourvus d'humanité. Ces tissus ne sont évidemment pas d'une grande utilité au plan de la conservation de la personne; au contraire, ils nuisent à la santé. Mais il appert que ce facteur a, en l'espèce, peu de poids, le matériel servant à la procréation n'étant guère plus utile à la sauvegarde de l'intégrité corporelle de l'individu<sup>236</sup>. Au même titre que son pouvoir de révéler l'identité de la personne vaut au sang une position voisine de celle réservée au matériel génétique - dans le sous-ordre de classement dressé par Xavier LABBEE <sup>237</sup>, cette caractéristique devrait donc logiquement procurer aux tissus détachés du corps d'un patient une place privilégiée au sein de cette taxinomie.

---

<sup>233</sup> X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, pp. 340-343.

<sup>234</sup> *Id.*, pp. 345-350.

<sup>235</sup> *Id.*, p. 346.

<sup>236</sup> Voir *id.*, p. 340, où l'auteur fait aussi cette constatation.

<sup>237</sup> *Id.*, pp. 340, 341 et 350.

Puisque les constructions élevées par le droit sont friables et temporaires, *il importe que la science juridique soit accueillante à l'innovation*<sup>238</sup>, livre Christian ATIAS. Vu le peu d'emballlement des juristes vis-à-vis de la performance de leurs catégories et la singularité des matières résiduelles humaines, l'on peut se surprendre que les auteurs n'offrent pas un menu plus étoffé de solutions de rechange. À part Jean-Christophe GALLOUX - qui accompagne sa pétition contre l'«extracommercialité» d'une motion favorable à un mécanisme d'affectation des démembrements corporels à la personne <sup>239</sup>, Marie-Angèle HERMITTE et Xavier LABBEE sont pratiquement les seuls à tendre de nouvelles perches au droit.

En dépit de ses affinités avec les paramètres qui prévalaient sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* et du droit français, la catégorie des *choses d'origine humaine et à finalité humaine* opère un chambardement des structures juridiques. Elle brise l'équilibre du système, en jetant par terre la cloison entre les personnes et les choses. Au lieu de se retrancher derrière le paravent de l'indisponibilité du corps, exposé à être emporté à la moindre intempérie touchant une composante organique<sup>240</sup>, Mme HERMITTE se fait l'instigatrice d'une démarche franche et transparente: parallèlement aux parties du corps exclues du commerce, d'autres y transitent, pose-t-elle en guise de préambule à sa thèse. Ce qui, toutefois, frappe le plus dans l'approche de l'auteure est indubitablement la recrudescence des symboles dont l'aura ceinture le corps. Le tracé qu'épouse la classe des *choses d'origine humaine et à finalité humaine* dévie la trajectoire du droit, qui fuit les eaux marécageuses du psychisme et de l'inconscient. Or, il est à craindre que les civilistes, affairés à débarrasser leur discipline de ces «impuretés», ne répondent aux signaux que Mme HERMITTE lance<sup>241</sup>.

Nous convenons de la témérité d'aucunes actions transportant le corps et ses démembrements dans l'engrenage du marché. D'un autre côté, nous n'avons pas la

---

<sup>238</sup> C. ATIAS, *op. cit.*, note 4, no 83, p. 163.

<sup>239</sup> Voir *supra*, pp. 42 et 43.

<sup>240</sup> En l'absence d'atteinte à l'intégrité du schéma corporel, cette règle, évaluée Mme HERMITTE, serait bien relative. M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 16, 323 et 324.

<sup>241</sup> Abstraction faite, *grosso modo*, de l'expulsion des substances corporelles de l'économie marchande et de la reconduction de la règle du consentement au don d'un tissu en vue d'une greffe, cette appréhension n'a pas été démentie par les lois du 29 juillet 1994. Voir *supra*, pp. 29 et 30.

certitude qu'il ne serait pas néfaste pour le droit d'être trop absorbé par une dialectique freudienne. Entre le discours matérialiste et le langage allégorique du psychisme, les juristes devraient, pensons-nous, s'efforcer à repérer le juste milieu et en faire le site du statut de l'organisme humain et de ses innombrables parcelles.

Nonobstant leur touche respective d'originalité, les perspectives qu'ouvrent Mme HERMITTE et son collègue LABBEE comportent des points de jonction. En plus de s'inscrire en faux contre l'indisponibilité des produits corporels, elles se resserrent toutes deux autour de la personne. Que ce soit en considération de l'imagerie mentale projetée par le corps ou de la griffe personnelle autographiée dans le matériel génétique humain, est reconnu au sujet un droit prépondérant de prévoir où ses tissus termineront leur course.

À se fier à la teneur des politiques naguère réitérées, en France, quant à la disposition des déchets biomédicaux et des composantes cadavériques, on pourrait croire que cette résurgence de la personne n'est qu'un soubresaut d'une autre époque. Nous ne pouvons pour autant nous abstenir de spéculer, en ce qui a trait à l'avenir: peut-être, les messages envoyés par Mme HERMITTE et M. LABBEE, dont les théories réconcilient les impératifs du progrès médical et les droits de la personnalité, viendront-ils qu'à sortir des coulisses du droit et à vibrer au point d'assourdir les appels du législateur à la communion des corps?

Nous ne jugeons pas la chose impossible. L'on a, en effet, rapidement fait le compte des auteurs qui répudient les avancées de la médecine et revendiquent un retour en force de l'implacable règle de l'indisponibilité du corps. Par ailleurs, l'on a pu constater que la fièvre matérialiste qui commence à s'abattre sur la France n'a pas raison de la personne<sup>242</sup>. Les thèses dualistes de la relation corps-sujet sont, de fait, entrecoupées de notes personnalistes. Leurs propagandistes n'ont pas plus tôt fait de clamer la consistance réelle des constituants corporels qu'ils se précipitent vers la personne, implorant le droit de garder sur elle un oeil protecteur et bienveillant. Cette conjoncture nous donne bon espoir que des stratégies dans la lignée de celles pensées par Marie-Angèle HERMITTE et Xavier LABBEE puissent faire boule de neige, et mettre au diapason les accords joués par la science médicale et les airs personnalistes fredonnés dans la doctrine.

---

<sup>242</sup> Que le corps soit une chose appropriée par le sujet, affectée à ce dernier, ou encore une «personne par destination», il s'insère dans le périmètre décrit par la personne, dont il est l'indispensable complément. Voir *supra*, pp. 21 et suiv.

### **2.3. Au-delà des choses et des personnes: l'introduction d'une catégorie juridique témoignant de la spécificité de l'embryon surnuméraire**

Parmi les embryons obtenus à l'occasion d'une fécondation *in vitro*, environ trois seulement seront, dans un premier temps, implantés dans l'utérus de la femme. Les oeufs restants - communément appelés «embryons surnuméraires» - sont, comme on le sait, congelés en prévision d'une grossesse ultérieure - ou d'un nouvel essai, quand les tentatives de mettre au monde un enfant par le biais de ce procédé auront initialement échoué. Il est vrai que les méthodes de cryoconservation expérimentées ces dernières années ont simplifié le recours à la FIVETE, rendant celle-ci moins éprouvante pour la femme<sup>243</sup>. Cependant, le sort des embryons congelés qui dorment actuellement dans les cliniques de fertilité tourmente au plus haut point les juristes. La propriété et le pouvoir de disposer de ces zygotes humains ont d'ailleurs donné lieu à des procès, tant en France qu'aux États-Unis<sup>244</sup>. Ces thèmes renvoient inévitablement les juristes à la délicate question du statut de l'embryon. Malgré que cette problématique excède largement le cadre de notre propos, il nous paraît intéressant, pour les fins de notre étude, d'effectuer un survol de la façon dont les tribunaux et les auteurs ont composé avec les grandes divisions du droit, dans leur approche visant à qualifier les embryons surnuméraires.

#### **2.3.1. La consécration juridique de l'embryon en tant qu'être humain**

Parce qu'ils sont germes de vie, les oeufs fécondés *in vitro* se distingueraient des autres résidus humains. Ainsi, d'aucuns n'hésitent pas à les doter de la personnalité juridique. Pour Guy RAYMOND, le fait que leur existence soit, au regard du droit, conditionnelle à ce qu'ils naissent vivants et viables n'altérerait nullement leur qualité de sujets<sup>245</sup>. Le juriste soutient que toute législation concernant les embryons surnuméraires

---

<sup>243</sup> D'après un récent relevé, quelque 68 000 embryons seraient stockés en France. Quoique ce chiffre soit troublant, la cryoconservation est effectivement devenue, dans la pratique médicale, une étape indissociable de la FIVETE. Il suffit de mentionner que un ovocyte sur deux avorte dans les jours qui suivent sa fécondation, pour illustrer l'apport de ce procédé au développement de cette technique de reproduction. La cryoconservation permet d'augmenter la quantité d'ovules fécondés, tout en réduisant le nombre d'oeufs subséquentement implantés et, partant, le risque de grossesses multiples. Elle évite en outre à la femme les désagréments et inconvénients reliés à des stimulations hormonales et à des ponctions d'ovules répétées. J.-F. MATTEI, *op. cit.*, note 137, pp. 92 et 93.

<sup>244</sup> Voir *infra*, pp. 81 et suiv.

<sup>245</sup> Guy RAYMOND, «Le statut juridique de l'embryon humain», *Gaz. Pal.* 1993.I.524. M. RAYMOND est de ceux qui prêchent que la maxime *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* - énonçant que l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt - attribue à

doit s'inscrire dans la continuité des principes fondamentaux qui se dégagent du droit positif, au rang desquels figure la primauté de l'être humain. Il invoque notamment la loi Veil de 1975, dont l'article premier garantit le respect de la vie humaine dès son commencement<sup>246</sup>. Les projets de loi français sur la bioéthique - définitivement approuvés le 29 juillet 1994 - seraient, sous ce rapport, décevants, en ce qu'ils ne clarifieraient pas le statut des embryons *in vitro* et tendraient parfois à rabaisser ces derniers à des objets de droit<sup>247</sup>. C'est également l'impression qui ressort des commentaires de Catherine CHABERT-PELTAT: *Bien que la volonté de protection de la personne humaine soit à l'origine de ces projets de loi, les imprécisions, exceptions et silences qui les ponctuent viennent très largement entamer les principes proclamés*<sup>248</sup>, note l'avocate. M. RAYMOND clôt pour sa part sa réflexion en affirmant que [d]ans ce domaine, il ne peut y avoir de demi-mesures: du respect de la dignité humaine, depuis les tout débuts de la vie jusqu'à la fin, dépendrait l'avenir de l'homme<sup>249</sup>.

La vision qu'adopte M. RAYMOND n'est pas étrangère à celle exprimée, au Québec, par la professeure Mireille D.-CASTELLI. Dans l'optique de la juriste, il faudrait puiser dans les racines du droit les bases sur lesquelles édifier le statut de l'embryon. Cette fidélité aux valeurs ayant façonné notre culture juridique, inspirée par le souci de préserver la logique interne du droit, obligerait à munir l'embryon de la protection que les chartes et autres instruments supra-législatifs accordent à tout être humain<sup>250</sup>. Mme CASTELLI s'offusque de l'attitude de ceux de ses pairs qui ne voient dans le zygote qu'une *excroissance du corps maternel*: *On ne saurait pourtant, écrit-elle, assimiler l'embryon à un organe ou à une prolifération anarchique de cellules, telle une tumeur ou un cancer.*<sup>251</sup> Les oeufs produits

---

l'embryon et au fœtus une personnalité immédiate qui se cristalliserait à la naissance. Le civiliste trouve, au Québec, un allié auprès du professeur Paul-André CREPEAU (voir *infra*, pp. 77 et suiv.).

<sup>246</sup> Il est opportun de préciser que ce principe posé par la loi Veil - qui a dépénalisé l'avortement en France - a été édicté à l'article 2 de la *Loi no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain* (code civil, art. 16). Si cette disposition annonce un vent de changement, on doit en contrepartie avouer que les espoirs de voir déférer à l'embryon surnuméraire une protection accrue s'étiolent rapidement, à la lecture des articles de la Loi no 94-654 qui régissent la procréation médicalement assistée (code de la santé publique, art. L. 152-1 et suiv.).

<sup>247</sup> M. RAYMOND pointe entre autres du doigt la faculté impartie aux couples d'autoriser que les zygotes issus de leurs gamètes soient utilisés en recherche. Cette faculté est consentie aux géniteurs à l'article L. 152-8 du code de la santé publique.

<sup>248</sup> Catherine CHABERT-PELTAT, «Vers un statut du corps humain? Analyse des projets de loi relatifs au corps humain et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain», *Gaz. Pal.*1993.I.404.

<sup>249</sup> G. RAYMOND, *loc. cit.*, note 245.

<sup>250</sup> Mireille D.-CASTELLI, «Les manipulations génétiques et le droit», (1988) 19 *R.G.D.* 5, 20-26.

<sup>251</sup> *Id.*, 24.

dans le contexte de la FIVETE posséderaient une existence autonome qui les différencierait radicalement des déchets opératoires, pour poursuivre dans cet esprit.

Mais encore que les embryons sumuméraires soient, suivant la conception de M. RAYMOND et de Mme CASTELLI, indéniablement des êtres humains qui, à ce titre, échappent à la catégorie des choses, un certain flottement subsiste quant à leur qualification juridique. Le passage ci-après, dans lequel la nature de l'embryon est définie, corrobore en effet que sa qualité d'être humain ne fait pas nécessairement de l'oeuf fécondé une «personne juridique»: *On ne peut peut-être dire, selon le droit, qu'il s'agit d'une «personne» au sens juridique mais il s'agit très certainement d'un être nouveau [...] et d'un être humain puisque c'est à cette espèce qu'il appartient.*<sup>252</sup> Mme CASTELLI décrit la notion de personnalité juridique comme une création du droit n'ayant d'incidences qu'en matière patrimoniale<sup>253</sup>. Ce serait, à ses yeux, commettre une dangereuse erreur que d'interpréter les droits de l'homme à la lumière de ce concept, malléable au gré des époques et des idéologies. Il conviendrait plutôt de se reporter aux données de la biologie - qui établissent qu'une nouvelle entité est formée au moment de la fusion des gamètes -, lesquelles nous feraient découvrir l'essence véritable du zygote<sup>254</sup>. Envisagé sous cet angle, l'embryon ne pourrait donc, *a priori*, être saisi par le droit. Son statut serait d'abord dicté à partir de normes extra-juridiques. À la catégorie des personnes se superposerait en quelque sorte celle - beaucoup plus vaste - englobant, du point de vue de la biologie, les êtres humains<sup>255</sup>.

On décèle, dans le discours de M. RAYMOND, le même dédoublement de langage. Alors que l'auteur se propose au départ de démontrer que l'embryon est pourvu de la personnalité juridique, on le sent bifurquer vers le concept d'être humain, au fur et à mesure qu'il expose son raisonnement. M. RAYMOND fait part des complications qu'engendre

---

<sup>252</sup> *Id.*, 25.

<sup>253</sup> On peut faire ici un rapprochement avec la thèse de la fiction élaborée par le juriste allemand IHERING au sujet de la personnalité morale: *La personnalité ne serait, en vertu de cette théorie, qu'une faveur législative qui étend fictivement, et arbitrairement, la personnalité de l'être humain à certains groupements qu'il [le législateur] veut bien appeler à la vie du droit. Le législateur, maître de cette extension, est ainsi libre d'accorder ou de refuser le bénéfice de la personnalité morale.* X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, p. 64.

<sup>254</sup> M. D.-CASTELLI, *loc. cit.*, note 250, 23-25.

<sup>255</sup> Une fois consacrée sa dimension foncièrement humaine, l'embryon pourrait se prévaloir des dispositions du *Code civil du Québec* se rapportant aux personnes. Mme CASTELLI s'appuie sur l'article 1 du Code, qui confère à tout *être humain* la personnalité juridique (*Id.*, 27). Par le jeu de cet article, ces deux notions finiraient par se chevaucher. Cependant, on ne saurait pour cela oublier qu'avant de constituer une personne, l'embryon serait un être humain, attribut préalable à son insertion dans l'ordre juridique.

l'application de la notion de personnalité juridique à l'oeuf conçu *in vitro*<sup>256</sup>. Si l'on devait faire remonter celle-ci au jour de la fécondation, signale-t-il, l'embryon pourrait hériter de ses géniteurs, qui pourraient bien en définitive ne pas cumuler le rôle de «parents juridiques». Dans l'hypothèse où, par ailleurs, serait retenue la date de l'implantation, l'embryon conservé en laboratoire serait privé de protection. Aussi, à défaut de pouvoir attribuer au zygote le statut de personne, l'auteur insistait-il auprès du législateur pour que soit à tout le moins proclamé - dans les projets de loi qui allaient être votés - que celui-ci représente un être humain<sup>257</sup>.

Un être humain n'étant, selon la nuance apportée par M. RAYMOND et Mme CASTELLI, ni une personne ni une chose, la détermination de sa nature juridique pose un sérieux problème. De fait, cette entité se situe en marge du droit. Sa reconnaissance juridique implique à notre avis un remodelage du système de classification à travers lequel les civilistes ont jusqu'à présent perçu et organisé la matière.

Bref, quoi que l'on puisse en dire et quelle qu'en soit l'issue eu égard aux catégories habituelles, la démarche de Mme CASTELLI et de M. RAYMOND consiste manifestement à contourner les embûches rencontrées en droit positif, dans le noble but de prémunir l'embryon contre les manipulations à visée non thérapeutique que la technoscience pourrait être tentée de lui faire subir. Au fond, elle met en relief l'incapacité du droit à traduire la singularité de l'embryon congelé ainsi que l'urgent besoin de faire pression sur les structures juridiques actuelles, afin de remédier à la vulnérabilité de ce dernier.

### **2.3.2. L'embryon sumuméraire, «personne humaine potentielle» ou «forces génétiques» de l'homme**

Derrière les expressions «personne humaine potentielle» et «forces génétiques», respectivement empruntées au Comité national d'éthique français<sup>258</sup> et au professeur

---

<sup>256</sup> G. RAYMOND, *loc. cit.*, note 245.

<sup>257</sup> *Ibid.*

<sup>258</sup> L'«Avis [du C.C.N.E.] sur les prélèvements de tissus d'embryons ou de foetus humains morts à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques» énonce que [l]'*embryon ou le foetus doit être reconnu* comme une personne humaine potentielle [...] *dont le respect s'impose à tous*. COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, *Rapport 1984*, Paris, La Documentation française, 1984, p. 23. Cette formule a été subséquentement reprise par le législateur français et se retrouve en filigrane dans les lois promulguées le 29 juillet 1994. Il s'ensuit que seuls les actes thérapeutiques pratiqués dans l'intérêt du zygote et les utilisations scientifiques de ce dernier

CORNU<sup>259</sup> pour désigner les embryons sumuméraires, se cache d'autre part une ferme volonté d'élever ces produits de la fécondation au-dessus des déchets biomédicaux. Sans pour autant l'associer à l'ordre des personnes, ces désignations viennent clairement signifier que l'oeuf humain est digne de considération et invitent le droit à prendre acte de cet élément. L'être qui sommeille en chaque ovocyte fécondé, de même que la potentialité de ce matériel en ce qui regarde la perpétuation de l'espèce, fondent le choix de ces expressions protectrices de l'embryon. Toutefois, le halo d'imprécision et l'ambiguïté entourant celles-ci laissent, une fois de plus, transparaître le profond malaise que les juristes éprouvent à circonscrire l'essence de l'embryon humain. Les «forces génétiques» nous semblent, par exemple, appartenir tantôt au monde des personnes<sup>260</sup>, tantôt à une catégorie *sui generis* s'apparentant aux choses communes<sup>261</sup>. On peut en somme prétendre, avec Jean-Christophe GALLOUX, que ces forces mystérieuses réfèrent à un concept du droit pour l'heure assez flou<sup>262</sup>.

La notion de «personne humaine potentielle» n'est pas non plus à l'abri d'une telle remarque. Tandis que, dans cette locution, l'emploi du mot *personne* rapproche l'embryon de cette catégorie, l'adjonction du qualificatif *potentielle* introduit un tempérament qui l'en éloigne aussitôt, plongeant ce dernier dans une zone obscure du droit. Le compromis que l'on entend de cette façon réaliser a certes l'avantage de calmer les esprits effrayés face à une éventuelle réification de l'embryon, tout en ne fermant pas complètement la porte à une perspective utilitariste<sup>263</sup>. D'un autre côté, cette ambivalence attire les critiques de ceux qui

---

justifiées par des motifs exceptionnels seraient légitimes. La création et l'utilisation d'embryons dans l'intention d'en faire une exploitation commerciale ou industrielle seraient en revanche inacceptables. Lire les articles L. 152-4 à L. 152-10 du code de la santé publique.

<sup>259</sup> G. CORNU, *Droit civil*, t. II, Paris, Éd. Montchrestien, 1984, no 306, pp. 423 et 424. L'appellation «forces génétiques» reçoit de plus la faveur de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, note 182, 323).

<sup>260</sup> J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 84, p. 88; G. RAYMOND, *loc. cit.*, note 245; voir également G. CORNU, *loc. cit.*, note 43, 464, où l'auteur soumet cette analyse: [...] *les forces génétiques, source de la vie, ne sont pas dans le patrimoine de celui qui les crée; [...] s'il en est évidemment le maître pour la procréation de sa propre descendance, comme émanation de sa personne et prolongement de sa personnalité, il ne dispose pas comme un bien de propriété de ce qui, détaché de lui, devient un matériel génétique destiné à une procréation qui lui est étrangère.*

<sup>261</sup> Voir la position de Mme RUBELLIN-DEVICHI, *supra*, pp. 47 et 48.

<sup>262</sup> J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 84, p. 88. Il est même permis de conjecturer l'appartenance du matériel stocké dans les banques d'embryons et de gamètes aux *res communes*. Voir *supra*, pp. 47-49.

<sup>263</sup> Malgré que ce genre d'initiative soit rigoureusement contrôlé, il reste que l'expérimentation sur l'embryon n'est pas catégoriquement prohibée par les lois du 29 juillet (code de la santé publique, art. L. 152-8 et suiv.). Il suffirait vraisemblablement d'alléguer l'utilité sociale et le caractère exceptionnel d'une recherche, pour que les barrières soient levées. [L]'étude de l'embryon est indispensable à la lutte contre la stérilité et à la compréhension des premières phases du développement embryonnaire,

revendiquent l'accession du zygote humain à la condition juridique de personne, comme celles des partisans d'une approche plus libérale, réfractaires à ce mouvement<sup>264</sup>. D'après Pierre DAUCHY, elle amputerait de sa substance la notion même de «personne humaine potentielle»<sup>265</sup>. Il ne serait pas exclu, appréhende l'auteur, que la gradation dans l'acquisition de la personnalité juridique que suggère cette formule autorise à *sacrifier une potentialité lorsqu'il s'agit de sauver un être humain accompli*<sup>266</sup>.

Xavier LABBEE croit que le juriste ne peut être que déçu de ne rien trouver, dans le rapport préparé par le Conseil d'État<sup>267</sup>, qui atteste que l'embryon est un sujet de droit investi des privilèges joutés à ce statut<sup>268</sup>. À son point de vue, le concept de «personne humaine potentielle» - au coeur de cette étude - permettrait au mieux d'éviter que le zygote soit à la merci des ambitions des médecins et chercheurs: *[I]l n'existe pas, à tout prendre, de grande différence entre la législation à intervenir, et celle qui protège actuellement les animaux (notamment contre l'expérimentation...)*<sup>269</sup>, anticipait l'auteur. Le sort que la loi devait effectivement réserver à l'embryon rappelle en outre à M. LABBEE celui de l'esclave, être vivant néanmoins identifié à une marchandise<sup>270</sup>.

Claire NEIRINCK accueille avec guère plus d'enthousiasme la qualification de «personne humaine potentielle» accolée à l'embryon. C'est en ces termes qu'elle commente cette description du zygote humain: *La définition ambiguë proposée par le comité consultatif*

---

affirme d'ailleurs Jean-François MATTEI, dans son rapport au gouvernement français (J.-F. MATTEI, *op. cit.*, note 137, p. 160). À la veille de l'adoption des projets de loi sur la bioéthique, cette réflexion ne pouvait qu'encourager le législateur à persévérer dans ses efforts en vue d'ajuster sa conception de l'homme aux situations auxquelles la science nous a peu à peu habitués. Concernant ce pragmatisme dont fait preuve le législateur français, voir *infra*, section 3.3.2.

<sup>264</sup> Les tenants d'une vision matérialiste de l'embryon humain sont relativement peu nombreux, en France. Il faut tout de même souligner que l'on voit poindre, dans la doctrine, un courant de plus en plus ouvert à l'idée que l'oeuf humain est une chose. Que l'on pense à Xavier LABBEE et à Noël MAZEN, qui ne contestent plus la consistance réelle de ce matériau biologique. X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, pp. 278, 349 et 350; N. MAZEN, *loc. cit.*, note 85, 197 et 198.

<sup>265</sup> Pierre DAUCHY, «L'embryo-technologie ou de la nature juridique de la personne humaine», dans R. DRAI et M. HARICHAUX (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 85, aux pages 88 et 89.

<sup>266</sup> *Id.*, 88.

<sup>267</sup> M. LABBEE fait allusion au document intitulé *De l'éthique au droit* (précité, note 111), lequel devait présider à l'*Avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme*, puis aux projets de loi sur la bioéthique.

<sup>268</sup> M. LABBEE ne paraît pas, en ce qui le concerne, remettre en cause la réalité de l'embryon *in vitro*. Ainsi que nous l'avons exposé plus haut, il se veut le promoteur d'un statut des produits de la conception calqué sur le régime découlant du droit de la propriété littéraire et artistique. Voir *supra*, section 2.2.2.

<sup>269</sup> X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, pp. 277 et 278.

<sup>270</sup> *Id.*, p. 278.

*national d'éthique est tout à la fois très lénifiante pour le profane et très insuffisante pour le juriste.*<sup>271</sup> Elle ne doterait l'oeuf fécondé que d'une personnalité virtuelle ne produisant aucun effet juridique immédiat.

À l'exemple de sa collègue Catherine LABRUSSE-RIOU, Mme NEIRINCK se porte à la défense d'un statut de l'embryon sumuméraire assurant la primauté de la personne qui s'y dessine sur la virtualité de celle-ci<sup>272</sup>. La potentialité qui caractérise la personnalité de l'embryon ne saurait en fait, estime l'auteure, occulter la qualité de sujet de droit inhérente à ce dernier. La prise en considération de cette préoccupation serait au surplus conciliable avec la législation en vigueur sur l'interruption de grossesse. On pourrait, fait sur ce point valoir Mme NEIRINCK, comprendre que le zygote séjournant dans une éprouvette soit, de par son accès facile aux chercheurs, bien plus vulnérable que l'embryon *in vivo* et requière en conséquence que la loi redouble d'attention à son endroit. Le respect de l'embryon *in vitro* en tant qu'être humain en devenir ne brimerait nullement les droits et libertés de la femme; voilà qui serait fort différent pour l'oeuf niché dans un utérus maternel, argue de surcroît l'auteure, afin d'expliquer la distinction de régime qui pourrait ici s'opérer.

Dans l'optique de Claire NEIRINCK, il serait donc possible de soustraire cette *chose particulière appelée à devenir une personne* qu'est l'embryon *in vitro* à l'entreprise de réification aujourd'hui amorcée au nom d'une philosophie utilitariste du corps humain, sans ébranler l'édifice juridique. De façon analogue, Mme LABRUSSE-RIOU n'est pas convaincue qu'il faille abolir la dichotomie entre les personnes et les choses, dans le but de bâtir un corpus de règles qui réponde à la spécificité de l'ovule fécondé en laboratoire<sup>273</sup>. Le droit pourrait régir cette réalité nouvelle à laquelle la science le confronte, en s'accommodant de principes empruntés à l'un et à l'autre de ces grands ensembles conceptuels.

Enfin, de l'opinion de certains, l'autorisation de détruire les embryons excédentaires au bout d'une période de conservation de cinq ans battrait en brèche la personnalité potentielle dévolue à ces entités humaines<sup>274</sup>. Pour reprendre les paroles de Gérard MEMETEAU, [o]n

---

<sup>271</sup> Claire NEIRINCK, note sous Trib. gr. inst. Rennes, 30 juin 1993, J.C.P. 1994.II.22250.

<sup>272</sup> *Ibid.*

<sup>273</sup> Catherine LABRUSSE-RIOU, «Réflexions terminales», dans R. DRAI et M. HARICHAUX (dir.), *op.cit.*, note 10, p. 269, à la page 275.

<sup>274</sup> Daniel VIGNEAU, «À propos des embryons sumuméraires: observations sur l'Avant-projet de loi relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'homme», dans *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse, 1989, p. 163, à la page 173; G. MEMETEAU, *loc. cit.*, note 230, 281-284.

*parle de destruction d'une chose, et non d'une personne; le choix du mot est significatif*<sup>275</sup>. Le droit de vie ou de mort que les géniteurs étaient censés pouvoir, en tout temps, exercer sur les embryons provenant de leurs gamètes éveillerait également des soupçons quant au désir du législateur français de véritablement conférer à ces produits de la conception une nature personnelle<sup>276</sup>.

Le magistrat Christian BYK nous semble cautionner une tout autre philosophie. Même si le zygote *in vitro* devait être juridiquement une personne à part entière, il ne saurait se trouver recroquevillé dans une coquille impossible à la médecine et à la science de percer. À moins qu'il ne soit implanté avant que ne sonne son «horloge biologique», l'embryon comprimé dans une éprouvette serait fatalement condamné au dépérissement<sup>277</sup>, maintient M. BYK. C'est pourquoi la recherche sur ce spécimen humain devrait être permise, pour peu que l'on use de discernement. Elle n'aiderait pas uniquement à perfectionner les techniques médicales de procréation et à mieux apprivoiser le phénomène de l'infertilité; l'investigation scientifique de ce matériel pourrait concurremment déboucher sur une mine d'informations intéressant, entre autres, la génétique et la cancérologie<sup>278</sup>. La création d'embryons dans une perspective strictement expérimentale serait, à l'opposé, intolérable. L'emploi de tissus embryonnaires humains ne saurait davantage s'imposer comme la voie de la facilité, quand la recherche sur l'animal s'annonce plus ardue<sup>279</sup>. En résumé, M. BYK essaie de prouver que le concept de «personne juridique» n'est pas statique, qu'il peut se marier au progrès. Cet exercice ne fournit-il pas, à la fin, une excellente bouée de sauvetage au législateur français, submergé de critiques depuis la divulgation de sa politique à l'endroit des zygotes en état de congélation?

---

<sup>275</sup> G. MEMETEAU, *id.*, 282.

<sup>276</sup> L'article L. 152-3 du code de la santé publique enferme dans un délai de cinq ans le recours à la FIV. À la demande des participants à un tel programme - lesquels sont consultés chaque année sur la poursuite de leur projet parental -, le Projet de loi 67 accordait, en l'article L. 671-2 bis, le loisir de mettre fin à la conservation des embryons avant l'expiration de ce délai. Cette disposition a cependant été rejetée par le Sénat, qui a décrété un moratoire de trois ans pour que la situation des embryons surnuméraires non implantés puisse être plus longuement examinée. Par contre, en dépit des protestations de plusieurs députés, l'article 9 de la Loi 94-654 ordonne la destruction des oeufs humains qui, en date du 29 juillet, étaient congelés depuis au moins cinq ans et n'étaient plus affectés à la procréation, dans la mesure où leur transfert à un couple tiers ne peut être envisagé. Est-ce à dire que, suivant la date de sa conception, le zygote pourrait passer de déchet à personne? Cette discrimination entre les embryons *in vitro* a, à notre avis, de quoi étonner.

<sup>277</sup> Christian BYK, «La recherche sur l'embryon humain: le point de vue juridique», (1995) 6 *Jal. Intern. Bioéth.* 221, 222 et 223.

<sup>278</sup> *Id.*, 223.

<sup>279</sup> *Id.*, 222 et 223.

Au Québec, le professeur Paul-André CREPEAU soutient que l'expression «personne humaine potentielle» est peut-être mal choisie, eu égard au sens que doit recevoir l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*<sup>280</sup>. Selon lui, cette dénomination sous-entend que l'enfant conçu est un être *en puissance*, alors que ladite maxime suppose que celui-ci est titulaire de droits, certes conditionnels, mais *actuels*. En fait, bien que la personnalité juridique du foetus - ou de l'embryon - ne se concrétisera officiellement que dans l'hypothèse où il naît vivant et viable, ce dernier bénéficierait entre-temps de l'aile protectrice du droit<sup>281</sup>. Ainsi pourrait-il, par exemple, recueillir une succession qui se serait ouverte dans l'intervalle compris entre l'époque de sa conception et celle de sa naissance. Que la personnalité juridique de l'enfant non encore né soit assortie d'une condition suspensive ou résolutoire<sup>282</sup>, le législateur manifesterait, par là, sa volonté d'appeler cette entité humaine à la vie civile. Comme si cela ne suffisait pas à démontrer que l'embryon et le foetus possèdent des droits, ces «créatures» se verraient couronnées, en leur qualité d'êtres humains, du titre de personne juridique. Heureuse conjoncture, nous dira le professeur CREPEAU, que cette symétrie entre l'existence civile et l'existence biologique de l'homme. Car, ce n'est pas parce que la première est ici tributaire de la seconde qu'il en est invariablement de même.

Pour le professeur, la maxime *Infans conceptus*, qui introduit une *fiction de naissance anticipée* visant à intégrer l'enfant conçu à la vie juridique, constitue en soi une règle cardinale de notre droit que le juriste ne saurait esquiver sous prétexte qu'elle ne concorde pas avec la réalité<sup>283</sup>. Sur la foi de ce devoir d'obéissance du civiliste aux préceptes fondamentaux de sa discipline, M. CREPEAU devait sévèrement réproucher l'attitude de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Daigle c. Tremblay*<sup>284</sup>. En 1989, cet arrêt, est-il nécessaire de le remémorer, signait la victoire de la liberté de la femme d'interrompre sa grossesse - après vingt semaines de gestation - sur le droit de son foetus d'accéder à la vie. Du jugement qu'elle avait auparavant livré sous la plume du juge LAMONT dans *Léveillé*<sup>285</sup> - où, s'agissant des droits et de la personnalité du foetus, le mode conditionnel était au

---

<sup>280</sup> Paul-André CREPEAU, «L'affaire *Daigle* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste», dans Ernest CAPARROS (dir.), *op. cit.*, note 160, p. 217, à la page 268.

<sup>281</sup> Voir, plus généralement, *id.*, 264-271.

<sup>282</sup> Si la condition voulant que l'enfant vienne au monde vivant et viable devait être suspensive, la personnalité juridique ne serait vraiment acquise qu'à la naissance. À supposer maintenant que cette condition soit tenue pour résolutoire, elle aurait pour effet d'anéantir - dans le cas où elle ne se réaliserait pas - la personnalité dont l'embryon ou le foetus aurait jusqu'alors joui.

<sup>283</sup> P.-A. CREPEAU, *loc. cit.*, note 280, 257 et 258.

<sup>284</sup> [1989] 2 R.C.S. 530.

<sup>285</sup> *Montréal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456.

rendez-vous -, la Cour devait, en effet, inférer que ce dernier n'était pas un sujet de droit. Son argumentation consistait, sommairement, à affirmer que le juge LAMONT aurait eu l'intention de signifier le caractère personnel de l'être en gestation, qu'il n'aurait pas écrit que celui-ci était *réputé* avoir des droits. Lorsque, d'autre part, le magistrat fait allusion aux droits que la jeune victime *aurait possédés si [elle] avait réellement existé lors de l'accident*<sup>286</sup>, il avouerait implicitement que le fœtus n'a aucune existence juridique<sup>287</sup>.

Le professeur CREPEAU rétorque qu'en se figurant que l'enfant conçu est une personne, le juge LAMONT se serait tout simplement acquitté de son devoir de rendre compte du droit, lequel nage parfois en pleine fiction<sup>288</sup>. Il ne faudrait pas se méprendre sur la portée des propos de la Cour, dont la mission n'était pas de démasquer la règle de droit afin de faire éclater au grand jour la vérité: au regard de la prémisse *Infans conceptus*, l'être humain en phase prénatale est titulaire de droits subjectifs, point, à la ligne.

Au demeurant, M. CREPEAU réagit de façon très catégorique à la possibilité de réformer le système de classification binaire nous venant du droit romain, de manière à instaurer une catégorie transitoire au sein de laquelle seraient réunis les embryons et les fœtus humains. Cette grille, à partir de laquelle a été séculairement découpée la réalité, ne serait entachée d'aucune imperfection et ne contiendrait pas de zones grises. Voyons avec quelle indignation l'auteur récuse la position de la Cour supérieure du Québec qui, dans *Langlois c. Meunier*<sup>289</sup>, avait sciemment boudé les catégories juridiques habituelles et décrété l'appartenance du fœtus à une catégorie marginale ou parallèle:

*[...] cette opinion, qui ne s'appuie sur aucune opinion médicale ou juridique, va à l'encontre des données acquises du droit civil selon lesquelles tout ce qui existe doit être une personne ou une chose. Il n'y a pas, en droit civil, de «limbes» juridiques où l'on puisse être ni l'une ni l'autre. On ne voit vraiment pas les raisons de l'autorité qu'ait pu acquérir cette décision [...].*<sup>290</sup>

---

<sup>286</sup> Par l'entremise de son tuteur, la jeune victime Léveillé réclamait des dommages-intérêts à la compagnie de transport défenderesse, pour des blessures corporelles occasionnées par suite d'un accident de la circulation survenu durant la grossesse de sa mère.

<sup>287</sup> Voir P.-A. CREPEAU, *loc. cit.*, note 280, 252-255, où l'auteur fait un condensé des arguments de la Cour.

<sup>288</sup> *Id.*, 255 et suiv.

<sup>289</sup> [1973] C.S. 301. Voir *infra*, note 343, où est consignée la réflexion du juge VALLERAND.

<sup>290</sup> P.-A. CREPEAU, *loc. cit.*, note 280, 251.

Malgré tout le respect que nous vouons au professeur CREPEAU, nous avons du mal à concevoir que l'embryon ou le fœtus puisse être une personne - pareille qualification ne souffrant pas *a priori* de demi-mesure -, sans réfuter l'hypothèse de la condition suspensive dont la personnalité juridique dépendrait. Le propre d'une telle condition est justement de différer l'exécution d'une obligation ou la concrétisation d'un état de droit. Examinons un instant, en guise d'illustration, la situation de la personne qui achète à tempérament: cet acheteur éventuel peut sûrement prétendre à des droits et poser certains actes conservatoires en prévision de la survenance de l'événement escompté et stipulé dans la condition. Pourtant, nul ne s'aviserait à le qualifier de propriétaire, tant et aussi longtemps que cet événement ne se sera pas produit. Pourquoi devrait-on rajuster notre tir en présence d'un embryon ou d'un fœtus et le parer avant l'heure du statut de personne? À l'instar de l'acheteur «potentiel» qui ne peut qu'aspirer à la propriété d'un bien, l'une et l'autre de ces entités seraient *en passe* de devenir des personnes. À notre humble point de vue, elles ne seraient pas encore parvenues à ce statut. D'ailleurs, le professeur CREPEAU ratifie, à plus d'une reprise, l'assertion énonçant que *la personnalité juridique commence à la naissance*<sup>291</sup>. Admettre que la condition de naître vivant et viable suspend cette qualité, c'est convenir de l'existence d'un état juridique intermédiaire, par où transiteraient l'embryon et le fœtus. C'est, conséquemment, prendre conscience des défaillances du droit positif à capter et à enregistrer toutes les subtilités du monde ambiant.

M. CREPEAU sait, tout autant que nous, faire la différence entre les effets de la condition suspensive et ceux de la condition résolutoire. Suivant son analyse, l'être humain en gestation participerait de la personne, du fait que le législateur lui reconnaît entre autres les qualités d'héritier (C.c.Q., art. 617), de donataire (C.c.Q., art. 1814) et de bénéficiaire d'une assurance-vie (C.c.Q., art. 2447). [Q]ui dit droit dit personne<sup>292</sup>, de disposer le juriste. [E]n droit civil, poursuit-il, *les droits n'existent pas en vol libre dans l'atmosphère; ils s'accrochent à un titulaire ou à un sujet de droit: une personne, comme l'huître à son rocher.*<sup>293</sup>

Nous ne pouvons prendre parti pour cette thèse. Le discours du professeur, qui retarde jusqu'à la naissance l'octroi de la personnalité juridique, puis proclame haut et fort la substance personnelle du fœtus, nous semble quelque peu ambigu. Ou bien ce dernier jouit immédiatement d'une personnalité sujette à résolution, ou bien il ne possède qu'une existence juridique virtuelle et ne sera promu au rang de personne que lorsqu'il verra le jour.

---

<sup>291</sup> *Id.*, 242, 244, 255 et suiv.

<sup>292</sup> *Id.*, 243.

<sup>293</sup> *Id.*, 244.

Ces deux propositions s'excluent réciproquement. Celui qui appuie la seconde doit suivre intégralement le cours de son raisonnement, quitte à bousculer les structures mises en place par nos ancêtres romains. Si, par contre, l'on maintient qu'il y a une corrélation parfaite entre la détention de droits et la qualité de personne juridique, la naissance nous apparaît comme une condition résolutoire consolidant la personnalité - dans l'éventualité où l'enfant est vivant et viable -, ou annulant rétroactivement celle-ci - advenant le non-accomplissement de cette double exigence.

Qu'à cela ne tienne, l'attribution, par le législateur québécois, de la personnalité juridique à tout être humain (C.c.B.C., art. 18; C.c.Q., art. 1) couperait court à cette discussion, à caractère désormais académique. Sous l'éclairage de la biologie, l'essence humaine du fœtus serait plus qu'évidente, d'apprécier le professeur CREPEAU, qui met au défi qui entreprendrait de contester cette donnée<sup>294</sup>.

Nous doutons, pour notre part, que le législateur soit lui-même aussi persuadé de ce fait. Comment expliquer qu'il ait senti le besoin de devancer fictivement la naissance de l'enfant conçu - aux chapitres des successions, des libéralités et des assurances -, sinon que par l'absence d'une volonté claire et arrêtée d'élire au titre de personne juridique ce soi-disant être humain? En apparence réelle et objective, la personnalité de l'embryon et du fœtus regagne rapidement l'univers de la fiction. On ne saurait se laisser bercer par l'illusion que ces entités ont été jointes à la liste des personnes. De même que le relate M. CREPEAU, la maxime *Infans conceptus* avait été élaborée, à Rome, en vue de suppléer au défaut du fœtus d'avoir une existence biologique et civile indépendante de celle de sa mère<sup>295</sup>. La réitération de cette règle, supplétive de la réalité, incite à croire que le mystère enveloppant l'apparition de la vie humaine subsiste. Ayant renoncé à édicter la maxime romaine en des termes généraux pour, finalement, en cibler le champ d'application<sup>296</sup>, le législateur québécois pourrait bien, de surcroît, avoir donné raison à la thèse qui restreint l'étendue de ce précepte à des aspects patrimoniaux. Nous nous rallions volontiers à l'opinion du professeur CREPEAU, qui fait remarquer que cette fiction juridique s'impose au civiliste avec non moins de rigueur et de fermeté que si elle était scientifiquement avérée. Il

---

<sup>294</sup> *Id.*, 241-243, 277.

<sup>295</sup> *Id.*, 255-257.

<sup>296</sup> Comme Germain BRIERE le mentionne, la possibilité de codifier l'axiome *Infans conceptus* - sous le titre *De la personne humaine* - avait été effleurée dans le Projet de Code civil, lors de la réforme du droit des personnes. Germain BRIERE, *Traité de droit civil: les successions*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990, no 67, pp. 86 et 87 (cité dans P.-A. CREPEAU, *id.*, 221).

reste néanmoins que le *Code civil du Québec* concède tout au plus à l'embryon et au fœtus des «bribes» de personnalité, réduites à des dimensions patrimoniales<sup>297</sup>.

### **2.3.3. L'oeuf humain, matière vivante innommée se situant à mi-chemin entre la personne et la chose**

Si, à travers les représentations de l'embryon jusqu'à maintenant abordées, on peut découvrir une esquisse de personnalité et une propension à rattacher ce fruit de la fécondation à la catégorie des personnes, l'oeuf humain est, dans la doctrine et la jurisprudence, parfois écarté de cette catégorie. Mais ce refus des auteurs et des tribunaux d'assimiler le zygote à la personne ne va pas toujours de pair avec une intention de traiter ce dernier comme une chose. Le jugement prononcé par le Tribunal de grande instance de Rennes<sup>298</sup>, le 30 juin 1993, au sujet de la restitution de deux embryons «cryoconservés» - à des fins de procréation *post mortem* - corrobore cette affirmation.

À l'issue d'un raisonnement analogique basé sur une étude des textes législatifs s'adressant à l'embryon et au fœtus, la Cour devait effectivement, dans une première étape, en arriver au constat que les deux oeufs congelés n'étaient pas, en droit, des personnes soumises à l'autorité parentale de la demanderesse. L'adage *Infans conceptus* n'aurait pas pour résultat d'anticiper la personnalité juridique, devait-elle alors déclarer. L'enfant ne pourrait bénéficier de ce principe qu'à la condition de naître vivant et viable. Aucun lien de filiation ne pourrait être par ailleurs établi antérieurement à la naissance. La venue de cet événement permettrait donc de faire rétroagir la personnalité - et la filiation - de l'enfant au jour de la fécondation, et non de conforter le statut de personne et l'état prétendument acquis par celui-ci au stade embryonnaire. Cette conclusion de la Cour, on l'aura sans doute noté, est diamétralement opposée à celle à laquelle le professeur Guy RAYMOND devait aboutir, au terme d'un cheminement pourtant identique<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> Aux yeux de la professeure Monique OUELLETTE, la responsabilité assignée aux parents, tuteurs légaux de leur enfant non encore né, d'intervenir dès que l'intérêt *patrimonial* de ce dernier l'exige (C.c.Q., art. 192, al. 2) fait foi de la détermination du législateur à ne pas investir l'enfant simplement conçu de tous les droits consentis aux personnes. Monique OUELLETTE, «Livre premier. Des personnes», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil - Personnes, successions, biens*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 11, à la page 17.

<sup>298</sup> Trib. gr. inst. Rennes, 30 juin 1993, J.C.P. 1994.II.22250, note Neirinck.

<sup>299</sup> Voir *supra*, pp. 69 et 70.

Le droit civil français étant confiné aux seules catégories des choses et des personnes, le fait de nier à l'embryon le titre de sujet aurait normalement dû, dans un deuxième temps, amener le Tribunal à qualifier cette matière organique de chose. Or, il n'en est rien. On a en quelque sorte le sentiment que les magistrats rennais ont, dans les circonstances, choisi de décrire les embryons «par distraction». S'ils nous font sans hésitation savoir que l'oeuf fécondé n'est ni une personne ni un être humain<sup>300</sup>, les magistrats sont, en effet, visiblement embarrassés et avars d'explications au moment d'en cerner la nature juridique. Ainsi que Claire NEIRINCK l'interprète, leur silence indique toutefois qu'ils ne sont pas résolus à admettre que le zygote est une chose de la même espèce qu'un animal ou une automobile<sup>301</sup>.

Encore qu'elle se soit gardée de désigner l'embryon sous le vocable «chose», la Cour s'est, d'un autre côté, fiée à la lettre de l'entente signée par les géniteurs et le CECOS - qui subordonnait l'implantation des ovocytes fécondés à l'accord renouvelé du couple -, pour disposer du litige entre les parties. Aussi serions-nous tenté de penser que l'embryon constituait, dans l'esprit du Tribunal, une chose, quoique toute spéciale. La référence à la convention qui gouvernait le processus de la FIV ne laisse-t-elle pas, de fait, entrevoir que les embryons visés étaient des choses, sauf à sombrer dans l'incohérence?

Cependant, nonobstant ce penchant de la Cour en faveur d'une qualification réelle de l'oeuf humain, on ne saurait ignorer l'observation de Claire NEIRINCK signalant que les mots *géniteurs* et *parents* se côtoient, dans le libellé du jugement, lorsqu'il est question de la demanderesse et de son époux défunt. L'alternance de ces expressions vient à notre idée brouiller les pistes. Elle projette, tout compte fait, une image indéfinie du zygote propice à l'ouverture d'une catégorie juridique intermédiaire.

Aux États-Unis, c'est avec beaucoup moins de réserve et sans détour qu'est consacrée la singularité de l'embryon *in vitro*. Contrairement aux civilistes, qui, prisonniers d'un cadre juridique plutôt rigide, se heurtent dans cette tâche à un mur, les juristes américains sont à même de mettre à profit la faculté d'adaptation typique à la *common law*. Ainsi, pendant

---

<sup>300</sup> La Cour limite la pertinence de la notion d'*être humain* aux cas où la vie de l'embryon serait menacée par une volonté de le détruire. Il ne serait opportun de s'interroger sur l'essence humaine de l'embryon *que si le CECOS envisageait de supprimer purement et simplement l'organisme conçu par les époux O... plutôt que de le conserver tel quel indéfiniment, ou de le réimplanter dans le sein d'une autre femme*, d'exprimer le Tribunal.

<sup>301</sup> C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 271.

que la loi de la Louisiane, d'une part, hisse l'embryon sumuméraire au rang de personne<sup>302</sup> et que, d'autre part, les tribunaux de la Virginie rabaissent celui-ci au niveau des objets de propriété<sup>303</sup>, les contours d'une catégorie mitoyenne se profilent. L'arrêt de la Cour suprême du Tennessee en rapport avec l'affaire *Davis c. Davis*<sup>304</sup> marque, à cet égard, un pas important dans l'évolution de la *common law* américaine. Cette espèce, dans laquelle était disputée l'autorité d'ex-époux divorcés sur les embryons *in vitro* produits grâce à leurs gamètes, devait être l'occasion pour la Cour de trancher la question relative à l'essence du matériel génétique «cryoconservé». Du fait qu'ils sont sources de vie et méritent, en cela, une attention particulière, les embryons Davis devaient être alors classés dans une tierce catégorie s'intercalant entre les choses et les personnes<sup>305</sup>.

Dans son approche du statut du jeune embryon, la Cour s'est principalement guidée sur les données de la biologie<sup>306</sup>. Selon les magistrats, il y aurait lieu de distinguer le «préembryon» de l'embryon proprement dit. Bien que l'oeuf formé de quatre cellules ne saurait être comparé à quelque autre produit d'origine humaine et inspirerait un certain respect, ce ne serait qu'à la phase de la différenciation cellulaire - soit à partir du quatorzième jour depuis la fécondation - qu'un nouvel individu apparaîtrait sur la scène juridique<sup>307</sup>. Ce découpage de la vie en temps biologiques, au cours desquels le zygote

---

<sup>302</sup> Hormis le droit de succéder, qui est reporté à la naissance, l'embryon *in vitro* a, en vertu de cette législation, droit à la vie et à la dignité, ce qui entraîne l'interdiction de le supprimer et de mener sur lui des recherches; il peut même ester en justice (*Louisiana Act No 964* (14 juillet 1986), art. 121 et suiv.).

<sup>303</sup> Dans l'affaire *York c. Jones* (717 F. Supp. 421 (E. D. Va 1989)), il s'agissait de statuer sur le droit de l'établissement où étaient gardés les embryons de s'objecter à la demande des géniteurs de transférer ce matériel vers une autre clinique de fertilité. La Cour devait donner gain de cause au couple York, ramenant la relation entre les parties à la notion de *bailment* - ou dépôt en fiducie. Il est toutefois regrettable qu'elle ait omis de livrer une opinion sur le problème dont elle était saisie et se soit contentée de lire froidement la convention liant les parties, pour déduire du vocabulaire employé que les York étaient propriétaires des embryons détenus par l'institution défenderesse. Puisque le Tribunal a avalisé les prétentions du couple et s'est attardé au contrat afin de rendre sa sentence, on peut, bien sûr, présumer que la conception matérialiste de l'embryon qui s'en dégageait n'était pas en désaccord avec ses vues. Néanmoins, l'analyse sous-jacente à la présente décision demeure superficielle et ne saurait constituer, à nos yeux, une solide assise jurisprudentielle.

<sup>304</sup> 842 S. W. 2d 588 (Tenn. 1992).

<sup>305</sup> À l'inverse de leurs homologues rennais et des tribunaux inférieurs ayant entendu la cause, les magistrats, forts des directives émises par l'*American Fertility Society*, ont osé défier l'ordre juridique existant: [...] *preembryos are not, strictly speaking, either "persons" or "property", but occupy an interim category that entitles them to special respect because of their potential for human life*, devaient-ils postuler. *Id.*, 596 et 597.

<sup>306</sup> *Id.*, 592-594.

<sup>307</sup> Outre qu'il sert à l'*American Fertility Society* de ligne de démarcation entre le «préembryon» et l'embryon, ce cap des quatorze jours, en deçà duquel le zygote serait un amas de cellules indifférenciées potentiellement disponible aux chercheurs, émerge notamment des recommandations des Comités Wamock (1985) - en Angleterre - et Waller (1984) - en Australie. Voir Thomas C.

prendrait progressivement figure humaine, se refléterait au surplus dans la loi du Tennessee<sup>308</sup>. Seul le foetus qui naît vivant et viable, mentionne la Cour, se verrait reconnaître les attributs de la personne par la législation de cet État et le droit national américain. La protection de la vie anténatale serait, du reste, fonction du stade de développement atteint par l'embryon ou le foetus.

En réalité, malgré qu'il sorte des sentiers battus, cet arrêt émanant de la plus haute juridiction du Tennessee ne surprend pas vraiment. Il fait écho aux nombreuses - et souvent virulentes - critiques dont avait été la cible le jugement en première instance rendu dans la même cause<sup>309</sup>. Après avoir démontré que les embryons du couple étaient des enfants - donc des personnes -, le premier juge devait, rappelons-le, décider qu'il était dans le meilleur intérêt de ces derniers d'être implantés et de naître, conformément aux souhaits de Mme Davis. En accordant un statut personnel à des embryons composés d'au plus huit cellules, le Tribunal aurait, de l'avis de George J. ANNAS et de John A. ROBERTSON, erré en droit. D'après ces auteurs, on aurait tort de faire coïncider les débuts de la personnalité juridique avec la création, dès la fécondation de l'ovule, du génotype individuel: *The fact that embryos possess the information that may be translated into a child at some future date does not make the embryo a child, any more than a fertilized chicken egg is a chicken*<sup>310</sup>, lance à ce propos M. ANNAS. M. ROBERTSON réplique sur le même ton: [...] *genetic uniqueness and potential to develop into a new born infant does not mean that a human entity - the preimplantation embryo - is already a "child" or "human being" with rights and interests of its own.*<sup>311</sup> Ce point de vue va également dans le sens des commentaires du juriste anglais Andrew GRUBB, pour qui [...] *the defect in the judgment lies in the reasoning process which equates biological life with legal personhood and, as a consequence, treats*

---

SHEVORY, «Through a Glass Darkly: Law, Politics, and Frozen Human Embryos», dans Helen BEQUAERT HOLMES (dir.), *Issues in Reproductive Technology I: An Anthology*, New York, Garland, 1992, p. 231, aux pages 232 et 233. Encore en 1994, le *National Institutes of Health* rendait hommage à ce critère. Peu après le dépôt du rapport de cet organisme américain, le gouvernement Clinton annonçait ses couleurs et décrétait la légitimité de l'expérimentation sur l'embryon surnuméraire à l'intérieur de la période de quatorze jours suivant la fécondation. Pour un compte rendu de l'étude du *National Institutes of Health*, voir «What research? Which Embryos?», (1995) 25 *Hast. Cent. Rep.* 36.

<sup>308</sup> *Davis c. Davis*, précité, note 304, 594 et 595.

<sup>309</sup> *Davis c. Davis*, 15 FLR 2097 (Tenn. Cir. Ct 1989).

<sup>310</sup> George J. ANNAS, «A French Homunculus in a Tennessee Court», (1989) 19 *Hast. Cent. Rep.* 20, 22.

<sup>311</sup> John A. ROBERTSON, «Resolving Disputes over Frozen Embryos», (1989) 19 *Hast. Cent. Rep.* 7, 11.

*embryos and children alike*<sup>312</sup>. Il serait inconséquent, soutient M. GRUBB, de faire du zygote un sujet de droit, tandis que la *common law* refuse ce statut au fœtus<sup>313</sup>.

S'il devait être admis que les oeufs conçus *in vitro* incarnent des enfants, avance de plus le professeur ANNAS, il faudrait envisager leur cryoconservation comme un crime punissable au même titre que les expériences de congélation conduites sur des humains, dans les camps de concentration nazis - durant la Seconde Guerre mondiale. Ce serait là compromettre l'utilisation de la technique de la FIVETE, telle qu'elle se pratique aujourd'hui. L'auteur se plaît à souligner l'attitude contradictoire de la cour de district américaine, qui, d'un côté, ne désapprouve pas la congélation d'embryons et, de l'autre, concède à ceux-ci la qualité de personne<sup>314</sup>. Cette absurdité annihilerait la personnalité consentie à l'embryon<sup>315</sup>.

Pour M. ANNAS, il conviendrait de rechercher une solution qui, tout en sauvegardant la valeur symbolique du zygote, ne soit pas rétrograde<sup>316</sup>. L'atteinte de cet objectif forcerait le juriste à se tourner vers des horizons nouveaux. La nature de l'embryon humain ne pourrait être, en fait, identifiée à l'aide des catégories que le droit positif renferme<sup>317</sup>. Elle commanderait l'ajout d'une troisième catégorie, sur laquelle pourrait être apposée l'étiquette que voici: *neither people nor products, but nonetheless entities of unique symbolic value that deserve society's respect and protection*<sup>318</sup>.

---

<sup>312</sup> Andrew GRUBB, «The Legal Status of the Frozen Human Embryo», dans Andrew GRUBB (dir.), *Challenges in Medical Care*, Toronto, John Wiley & Sons, 1992, p. 69, à la page 73.

<sup>313</sup> *Id.*, 74-76.

<sup>314</sup> G. J. ANNAS, *loc. cit.*, note 310, 21.

<sup>315</sup> Wade L. ROBISON note par ailleurs que la mobilité et la subtilité qui caractérisent le discours du juge - lequel passerait allègrement d'une appellation de l'embryon à une autre - rendraient nébuleuse la qualification donnée à ce dernier. Les dénominations *children in vitro*, *DNA-coded human*, combinées à l'idée que les oeufs congelés *are "very soon" to be persons* - tour à tour évoquées dans le jugement - transformeraient le zygote en une «pseudo personne». Elles traduiraient au fond l'ultime désir de la Cour d'épargner l'embryon du danger d'être réifié. Wade L. ROBISON, «Frozen Embryos and Frozen Concepts», dans James M. HUMBER et Robert F. ALMEDER (dir.), *Biomedical Ethics Reviews*, Totowa (New Jersey), The Humana Press, 1991, p. 59, aux pages 62, 63, 65, 68 et 69.

<sup>316</sup> L'assimilation de l'embryon à un être humain miniature nous transporterait au Moyen Âge, à l'époque de l'*homoncule*, ce petit homme aux pouvoirs sumaturels sorti tout droit des secrets de l'alchimie. G. J. ANNAS, *loc. cit.*, note 310, 22.

<sup>317</sup> *By setting up a false dichotomy, the trial judge doomed himself from the outset to write an unsound opinion*, d'estimer M. ANNAS. *Id.*, 20 et 21.

<sup>318</sup> *Id.*, 20.

Wade L. ROBISON déplore pareillement le manque d'audace et d'originalité de la démarche ayant présidé à la décision du tribunal de première instance dans le cas *Davis*: *The court seemed frozen by the concepts of the law - children or property - but it surely takes no great leap of legal imagination to conceive of frozen embryos in a different way*<sup>319</sup>, considère l'auteur. Suivant M. ROBISON, les oeufs surnuméraires feraient partie de la même catégorie que les patients en état de mort cérébrale<sup>320</sup>. Incapables de communiquer avec leur environnement et de ressentir quelque sensation, ils ne sauraient être titulaires de droits et d'obligations, c'est-à-dire des personnes. Ils seraient dénués de valeur intrinsèque. Leur intérêt serait réductible à celui de leur entourage et le respect leur étant dévolu exclusivement lié à leur histoire et à la signification que leur prêtent ces proches. M. ROBISON juge primordial de discerner la conception morale de l'embryon de son appréhension par le droit, laquelle devrait être orientée vers une perspective ontologique. Explicitant sa position, il énonce ce qui suit:

*We should accord them respect in part because of their history. They are the result of a complicated and painful process involving two persons who presumably put a great deal of hope and concern into their existence. And so, we accord them respect in part because of their connections to persons in our moral world. But they are not persons: They bear none of the characteristics anyone has ever suggested persons must bear. And if they are alive they are alive as something other than the persons they might become if they were implanted, took, and were carried to term [...].*<sup>321</sup>

Et l'auteur de préciser au sujet, plus spécialement, des individus confinés à une vie végétative:

*They are, thus, alive, but alive as something other than persons they were. They are even [...] not human beings, but some other kinds of beings.*<sup>322</sup>

À l'intérieur de ce système de représentation, les embryons congelés - de même que les patients dans un état végétatif irréversible -, appartiendraient donc à un type bien particulier d'êtres vivants qui ne relèverait de l'espèce humaine, non plus que du règne animal. Dépourvue d'âme et de sensibilité, cette matière vivante innommée, dans laquelle

---

<sup>319</sup> W. L. ROBISON, *loc. cit.*, note 315, 82.

<sup>320</sup> *Id.*, 82-84.

<sup>321</sup> *Id.*, 83.

<sup>322</sup> *Ibid.*

résideraient toutefois les espoirs de nombreux couples de devenir parents, prendrait place dans une catégorie inédite se juxtaposant à l'ordre des personnes et à celui des choses. Ainsi, les conflits susceptibles de survenir au chapitre de la disposition de ce matériel biologique pourraient être résolus en tenant compte des facteurs suivants, soit: les coûts afférents à sa conservation, l'appréciation des intérêts en litige et l'avantage que la société trouverait à ce que ces mésententes se règlent convenablement<sup>323</sup>.

Cela étant dit, il ne faudrait pas penser que ces diverses perceptions, axées sur la mixité du jeune embryon, font l'unanimité au sein de la communauté juridique. Messieurs ROBERTSON et GRUBB n'ont, quant à eux, aucun scrupule à proclamer que les oeufs issus d'une FIV sont la propriété des géniteurs<sup>324</sup>. Le symbolisme qui se greffe au zygote humain ne suffirait pas à justifier l'introduction d'une troisième catégorie et, partant, d'une hiérarchisation entre l'embryon et les choses, allègue M. GRUBB<sup>325</sup>. Le juriste s'en remet essentiellement à l'ordre public, dont la fonction régulatrice contribuerait efficacement à prévenir les abus auxquels la manipulation de ce matériel génétique pourrait donner lieu<sup>326</sup>. Parce qu'elle offrirait une grande flexibilité et favoriserait l'adoption de solutions adaptées aux circonstances de chaque espèce, une analyse du statut de l'embryon sous l'angle du droit des biens serait, de surcroît, en parfaite harmonie avec l'approche pragmatique propre à la *common law*<sup>327</sup>.

Invité à commenter les conclusions du rapport du *National Institutes of Health* en matière de recherche sur l'embryon, M. ROBERTSON soulève de son côté l'opportunité d'évaluer les coûts, à l'échelle de la collectivité, du respect que le zygote se voit décerner en tant que symbole humain et potentiel de vie. L'aversion qu'a, en général, la société contre la fécondation d'ovocytes humains expressément pour la recherche n'est, au regard de l'auteur, peut-être pas aussi bien fondée que d'aucuns le croient<sup>328</sup>. Après tout, l'oeuf

---

<sup>323</sup> *Id.*, 85.

<sup>324</sup> *While positive law has not yet explicitly recognized the gamete providers' joint property or decisional authority in external embryos, it is a reasonably safe assumption that the courts would so hold when confronted with disputes raising that issue. Traditions concerning property in one's body parts and products, particularly those parts that have reproductive significance, strongly support the dispositional authority or ownership of the gamete providers*, fait pour sa part observer M. ROBERTSON. John A. ROBERTSON, «In the Beginning: the Legal Status of Early Embryos», (1990) 76 *Virginia Law Review* 437, 456 et 457.

<sup>325</sup> A. GRUBB, *loc. cit.*, note 312, 79.

<sup>326</sup> *Id.*, 79 et 80.

<sup>327</sup> *Id.*, 74 et 76.

<sup>328</sup> John A. ROBERTSON, «Symbolic Issues in Embryo Research», (1995) 25 *Hast. Cent. Rep.* 37. Son confrère Daniel CALLAHAN, président du *Hastings Center*, s'interroge, en ce qui le concerne, sur la

produit à cette fin ne serait pas exposé à un préjudice physique plus grand que l'embryon abandonné à la science par le couple qui l'avait initialement conçu dans le dessein de procréer. Le degré de maturation de l'un égale celui de l'autre, soumet M. ROBERTSON. D'où qu'il provienne, le zygote devrait, de la sorte, pouvoir circuler sans encombre vers les laboratoires scientifiques. Tout serait dans la façon dont il est utilisé et dans le sérieux de la recherche à laquelle on le destine. M. ROBERTSON s'étonne d'ailleurs que l'on mette intuitivement des bâtons dans les roues à l'expérimentation sur l'embryon, alors que nul ne s'affole du fait que des êtres humains adultes servent de cobayes à la médecine.

La politique jusqu'à récemment en vigueur, au Québec, à l'égard des avortons pesant moins de 500 grammes ne semble, d'autre part, ménager aucun traitement de faveur à l'embryon *in vitro*. Considérant qu'un fœtus d'un poids inférieur à 500 grammes est, par interprétation de la loi et des règlements<sup>329</sup>, un déchet anatomique humain, comment, en fait, imaginer qu'il puisse en être autrement d'un zygote d'à peine huit cellules? La logique ne porte-t-elle pas ici à exclure toute intention du législateur de discriminer les produits de la conception et les déchets opératoires? Sous réserve des changements décrétés en octobre 1994<sup>330</sup>, on a en somme l'impression que la réglementation québécoise fait abstraction du contenu humain dont ces produits sont chargés et du rôle qu'ils jouent dans la procréation.

En France, l'ombre d'une catégorie juridique intermédiaire provoque un important sentiment de méfiance mêlé de scepticisme. On remarque en effet, chez les auteurs français, une forte résistance à tout mouvement tendant à isoler le zygote du régime des personnes dans le but de le rapprocher des choses<sup>331</sup>. Le statut mixte dont l'embryon de

---

justification du délai de quatorze jours, au-delà duquel le zygote humain devrait être soustrait à l'investigation des chercheurs. Cette «ligne Maginot» dressée par le *National Institutes of Health* pourrait être à la rigueur interprétée comme un désaveu de la position arrêtée dans *Roe c. Wade* (410 U.S. 113 (1973)), qui, aux États-Unis, fait autorité vis-à-vis de l'avortement. Elle laisserait par ailleurs perplexe: *Why [...] is it not acceptable to carry out medically enlightening and socially useful research on an embryo after fourteen days, but perfectly acceptable to kill a fetus for any reason a woman privately deems permissible up to twenty-four weeks?*, de susciter M. CALLAHAN. Daniel CALLAHAN, «The Puzzle of Profound Respect», (1995) 25 *Hast. Cent. Rep.* 39, 40.

<sup>329</sup> *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 69; *Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q., 1981, c. P-35, r.1, art. 2 (a); art. 9 et suiv.

<sup>330</sup> Le 12 octobre 1994, par le décret no 1508, l'article 2 (a) du *Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique* était modifié, de façon à permettre aux parents biologiques de récupérer le cadavre de leur avorton né vivant, et ce, sans égard au poids du fœtus. Cette modification enjoint désormais le personnel hospitalier de remplir, en l'occurrence, les formalités que le règlement prescrit dans le contexte d'un accouchement. *Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, (1994) 126 G.O. II, 6124.

<sup>331</sup> Voir entre autres la réaction de Guy RAYMOND, Pierre DAUCHY, Claire NEIRINCK et Catherine LABRUSSE-RIOU (*supra*, pp. 69 et suiv.), pour ne citer que ces auteurs.

dix semaines ou moins devait définitivement hériter, au lendemain de la loi du 31 décembre 1979 sur l'avortement, fait par exemple redouter le pire à Bernard EDELMAN<sup>332</sup>. Le juriste craint qu'il ne prive ce dernier des garanties conférées par les droits de l'homme. Dans cette optique, la vie humaine risquerait, à son sens, d'être ravalée au rang de pur matériau en proie à une gestion technocratique et à l'usage incontrôlé de la technoscience.

Raphaël DRAI condamne lui aussi toute segmentation de la vie anténatale jalonnant d'étapes l'accession du zygote à une condition pleinement humaine: *L'embryon n'est pas à l'homme ce que la chrysalide est à l'insecte*<sup>333</sup>, oppose-t-il aux ROBERTSON, ANNAS et autres. M. DRAI substitue à ce tableau une vision globale de l'homme selon laquelle celui-ci se manifesterait non seulement dans la forme achevée qu'on lui connaît, mais à l'aube de la vie, dans les formes les plus primitives de son existence. L'entité qui naît de la fusion des gamètes mâle et femelle serait, doit-on comprendre de cette théorie, fondamentalement une personne humaine, à l'instar de l'être *biologiquement abouti* dont elle serait la cause. Elle se verrait insuffler une âme et une dynamique à travers laquelle la personnalité, déjà jaillissante, s'affinerait. Pour résumer la thèse du professeur DRAI, *la conception juridique de la personne et des droits qui lui sont attribués ne devrait pas rester instantanéiste, ponctuelle et [...] post-factive, mais devenir intégrale [...]*<sup>334</sup>.

Enfin, la qualification juridique de l'embryon *in vitro* paraît à d'autres une entreprise à ce point délicate qu'il vaudrait mieux s'attaquer à la source du problème en empêchant dorénavant la création d'oeufs surnuméraires. Pour ceux-là, l'absence de consensus au moment de fixer les débuts de l'existence humaine compliquerait le recours à une tierce catégorie, tout autant que l'extension du concept de personne au zygote<sup>335</sup>. La limitation du nombre d'ovules prélevés - de manière à pouvoir tous les implanter une fois fécondés - éliminerait les poursuites aléatoires logées en raison de dommages causés à l'embryon<sup>336</sup> ainsi que le préjudice moral que la destruction de ce matériel biologique pourrait engendrer<sup>337</sup>. Cependant, nonobstant l'attrait qu'elle peut exercer, cette mesure, faut-il le reconnaître, ne règle absolument pas le sort des centaines de milliers d'embryons

---

<sup>332</sup> B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 20, 114-116.

<sup>333</sup> Raphaël DRAI, «L'embryon, personne potentielle? Implications juridiques de quelques énoncés théologiques», dans R. DRAI et M. HARICHAUX (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 92, à la page 101.

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> George P. SMITH, «Australia's Frozen "Orphan" Embryos: a Medical, Legal and Ethical Dilemma», (1985-86) 24 *Journal of Family Law* 27, 32 et 33.

<sup>336</sup> *Id.*, 34 et 35.

<sup>337</sup> D. VIGNEAU, *loc. cit.*, note 274, 173.

présentement entreposés dans les cliniques de fertilité. Si elle permet de concilier la technique de la FIVETE avec les convictions morales ou religieuses des uns, son application entraînerait du reste un recul inacceptable, dans un monde qui évolue au rythme de la science et du progrès. En effet, les conséquences à long terme de la stimulation des ovaires par traitement hormonal étant encore mal connues<sup>338</sup>, l'administration répétée de ce procédé, cumulée à l'expérience douloureuse de la laparoscopie<sup>339</sup>, porterait un dur coup à la condition féminine, en l'état actuel de la science médicale.

Dans un esprit toutefois différent, la Commission de réforme du droit du Canada s'abstient également d'intervenir sur le fond de la question se rapportant à la nature du matériel génétique humain. Soucieuse de ne pas cristalliser la riche discussion entamée autour de ce thème, elle s'emploie à développer un faisceau de principes directeurs centré sur le respect de la dignité humaine<sup>340</sup>, plutôt qu'à définir en amont le statut des embryons surnuméraires, ce qui aurait pour effet d'enserrer dans un carcan le régime auquel ces entités seraient assujetties<sup>341</sup>. Cette approche inductive facilite en outre la prise en compte de la réalité et des pratiques qui sous-tendent la FIVETE. Sans perdre de vue que les embryons n'ont rien de simples assemblages de cellules et ne sauraient, pour ce motif, être abandonnés au droit des biens, la Commission estime finalement qu'il serait *prématuré de suggérer au législateur de créer une nouvelle catégorie juridique pour ces sources de vie potentielles*<sup>342</sup>. Ce qui, à ses yeux, importerait par-dessus tout ne serait pas tant d'apposer un nom sur ces produits de la fécondation; la priorité serait, dans l'immédiat, de parer au danger de réification qui guette ces derniers<sup>343</sup>.

---

<sup>338</sup> Marie-Ange d'ADLER, «Fécondations *in vitro*: un risque flou», *L'Événement du jeudi*, semaine du 7 au 13 juillet 1994, p. 53.

<sup>339</sup> La laparoscopie est - avec l'échographie - l'une des méthodes utilisées afin d'aspirer les ovocytes qui seront fécondés en laboratoire. Elle nécessite une perforation de la paroi abdominale en vue d'insérer dans l'abdomen - préalablement gonflé par l'injection d'un mélange gazeux - un endoscope et, au besoin, des tubes à l'aide desquels s'effectuera le prélèvement des ovules. Pour plus de détails sur ce procédé, voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La procréation médicalement assistée*, Document de travail no 65, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992, p. 15.

<sup>340</sup> La primauté de la volonté des géniteurs quant à ce qu'il doit advenir du zygote «cryoconservé», l'interdiction de commercialiser ce matériau humain et de le convertir en un bien de consommation comptent parmi ces grands principes. *Id.*, pp. 139-141 et 151-153.

<sup>341</sup> *Id.*, p. 151.

<sup>342</sup> *Ibid.*

<sup>343</sup> Dans son rapport intitulé *Les crimes contre le fœtus*, publié en 1989, la Commission s'était montrée un peu plus volubile au sujet de la qualification juridique de *l'enfant non encore né*. Rappelons qu'elle avait, dans ce document, endossé les propos tenus par le juge VALLERAND dans *Langlois c. Meunier*, aux termes desquels [c]et enfant à naître n'est certes pas une personne [...]. *Il n'est pas non plus une chose, non plus qu'un membre ou un organe de sa mère. Il se situe, à vrai dire, dans aucune catégorie de biens ou de personne qu'identifie la loi* (précité, note 289, 305). La Commission devait enchaîner, en réitérant que [d]ans les systèmes de droit civil, *le fœtus se trouvant*

\*

On peut, en guise de synthèse à cette étude, affirmer qu'en dépit des variations observées dans le vocabulaire employé, les descriptions de l'embryon présentées convergent à peu près toutes vers ce seul et même objectif qu'est la protection de la spécificité de ce matériel vivant. Quoique le but recherché soit non équivoque, les désignations - parfois maladroites - proposées par les juristes témoignent pourtant du désarroi qui, à l'étape de la formulation d'un statut du zygote humain, s'empare de ceux-ci, trop souvent enclins, par habitude ou automatisme, à se conformer au langage du droit positif et à s'y cantonner. Tandis que certains s'accommodent plutôt bien de cet environnement, la référence quasi systématique à la «supradivision» entre les personnes et les choses peut, de fait, conduire à une impasse. Perçue à travers ce prisme, la nature de l'embryon *in vitro* ne risque-t-elle pas d'échapper au juriste? Et si, malgré ses apparences humaines et son niveau élémentaire de développement, cette entité était autre qu'une personne ou une chose? De même que nous l'avons constaté dans le cas des déchets d'hôpitaux, les situations nouvellement créées par la science mettent pour le moins à l'épreuve le droit positif.

Non seulement la structure d'ensemble du droit s'en trouve-t-elle fortement secouée; les catégories juridiques sont, de surcroît, affectées par un profond bouleversement interne. La personnalité juridique, définie comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations<sup>344</sup>, doit-elle se fondre dans l'analyse classique du droit naturel la rattachant à l'existence factuelle de toute créature humaine? L'absence d'activité cérébrale et sensorielle, chez le zygote en phase préimplantatoire, peut effectivement désarmer le civiliste résigné à classer ce matériel organique parmi les personnes, ces entités raisonnables, mues par une volonté libre et autonome, à qui l'on peut imputer des actions. Les sciences de la vie lèvent aujourd'hui le voile sur nombre de mythes ou croyances que la

---

*dans l'utérus n'a en principe droit à aucune protection d'ordre juridique.* COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Les crimes contre le foetus*, Document de travail no 58, Ottawa, La Commission, 1989, p. 25. À la lecture de cette dernière phrase, qui inscrit ni plus ni moins le foetus dans une zone «extra-juridique», on peut, à bon droit, se demander si les recommandations des commissaires concernant l'embryon surnuméraire résultent d'un revirement d'opinion ou, tout simplement, d'une volonté de ne pas traiter sur un pied d'égalité le foetus - ou l'embryon - *in utero* et le zygote *in vitro*. La question demeure, pour nous, entière.

<sup>344</sup> Hubert REID (dir.), *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 423; G. CORNU (dir.), *op. cit.*, note 116, p. 578.

métaphysique rendait autrefois plausibles. Elles mettent à nu maintes facettes de la réalité, creusant ainsi le fossé entre les êtres «personnels» et ceux qui ne le sont pas. De prime abord, la biologie, il faut en convenir, n'est d'aucun secours, quand il s'agit pour le droit d'élaborer ses concepts, pas plus que ce dernier ne saurait lui venir en aide. Qui plus est, en ce qu'elle renvoie à une abstraction d'ordre purement conceptuel, la personnalité juridique plane au-dessus de l'univers matériel. Lorsqu'elle a pour socle un être humain, il nous apparaît néanmoins difficile d'ignorer l'existence biologique de cette créature, sauf, pour le juriste, à miner sa crédibilité, à se réfugier dans l'obscurantisme, voire à frôler le ridicule. Les droits subjectifs nous ramènent forcément à un médium corporel par l'intermédiaire duquel ils se concrétisent. Reconnaître le droit à la vie à une entité biologiquement inexistante tiendrait selon nous d'un non-sens. Les sciences de la vie peuvent, sous ce rapport, s'avérer très instructives. Elles poussent inévitablement le civiliste à se questionner sur la pertinence du critère ayant jusqu'ici marqué la frontière qui sépare les personnes des choses. En édictant l'article 1 du Code civil<sup>345</sup>, le législateur québécois n'a-t-il pas lui-même laissé aux spécialistes des diverses disciplines que le sujet occupe le soin de faire la lumière sur le commencement et la fin de la vie humaine?

À supposer que l'on remplace notre conception contemporaine de la personnalité juridique pour revenir à celle préconisée par le droit naturel, il est loin d'être certain que l'embryon *in vitro* possède toutes les propriétés caractéristiques de l'être humain. Les découvertes de la biologie nous apprennent que les cellules issues de l'oeuf fécondé forment en premier lieu le placenta. La science nous instruit d'autre part qu'avant la troisième semaine de la gestation, le zygote n'affiche aucune propriété immunologique qui ferait de lui un corps étranger, un individu distinct de la femme qui le porte en son ventre<sup>346</sup>. C'est pourquoi il nous semble hâtif de qualifier l'embryon «cryoconservé» d'être humain en prétextant son origine humaine. Cette dernière qualification ne saurait couvrir tout ce qui, de près ou de loin, pourrait s'apparenter à l'homme. Nous sommes conscient que l'oeuf humain, à la différence d'une mèche de cheveu, renferme un programme génétique complet dont le déroulement normal engendrera un être humain. De ce germe de vie ne surgira pas un singe ou une bestiole, pour copier l'humour de Lucien SEVE<sup>347</sup>. Le respect qu'impose le zygote, auquel chacun de nous peut en quelque sorte s'identifier, n'oblige toutefois pas le juriste à bousculer le cours naturel des choses au point de considérer prématurément ce noyau organique comme un sujet de droit. George J. ANNAS n'a pas tort de poser que

---

<sup>345</sup> Souvenons-nous que cette disposition revêt tout être humain de la personnalité juridique.

<sup>346</sup> L. SEVE, *op. cit.*, note 101, pp. 35 et 36.

<sup>347</sup> *Id.*, p. 36.

l'embryon *in vitro* n'est pas davantage un enfant qu'un oeuf une poule<sup>348</sup>, encore que l'un et l'autre recèlent la combinaison génétique et le potentiel voulus afin de se développer respectivement en un humain et en une volaille.

Avec égards, nous ne pouvons nous joindre aux auteurs qui s'agrippent à la notion d'être humain, un peu comme si celle-ci représentait l'unique planche de salut susceptible de tirer le zygote du gouffre vers lequel on le prétend aspiré. Bien qu'il procède d'une louable intention, ce comportement sous-estime la capacité du droit à combler cet immense vide s'installant entre sujets de droit et choses.

Le droit n'a-t-il pas à plusieurs reprises, dans le passé, apporté la preuve qu'il sait innover? L'ingéniosité et l'imagination ne manquent décidément pas au juriste, à en juger par les présomptions et fictions qu'il a su intégrer à sa discipline. La personne morale, inventée de toutes pièces dans le but de répondre aux exigences de la vie économique moderne, en est une démonstration patente. Faute d'avoir sous les yeux un spécimen dont on est absolument sûr qu'il incarne une personne humaine, le législateur pourrait bien marcher sur les traces de ses prédécesseurs romains et simuler que l'oeuf emprisonné dans une éprouvette est déjà parvenu à maturité. Mais il ne peut suivre cette direction, sans en supporter toutes les implications.

L'élévation de l'embryon surnuméraire au statut de personne humaine revient à traiter indistinctement un agrégat de quatre à huit cellules et un être humain accompli. Cela consiste notamment à investir chacun d'un droit égal à la vie. À quoi bon, en effet, octroyer à l'embryon le titre de personne, si ce droit se pulvérise dès qu'il se frotte à la liberté d'une femme de procréer ou au désir de ses géniteurs de l'éliminer? Cette initiative ne laisse guère le choix de rouvrir le dossier relatif à l'avortement, à demi-clos au Canada, depuis le mémorable jugement de la Cour suprême dans la saga *Daigle c. Tremblay*<sup>349</sup>. Maintenir indéfiniment un jeune zygote dans un habitacle de verre, par peur de se rendre coupable d'homicide, pendant qu'il est loisible à une femme d'abrèger l'existence d'un foetus de vingt semaines défie toute logique. L'obligation dont est relevé le droit d'être le messager de la vérité ne le dispense pas de faire montre de rigueur intellectuelle.

Le réexamen de la position du droit sur l'avortement ferait sans doute le bonheur des groupes de pression qui associent l'arrêt *Daigle* à un accident de parcours et qui, à la veille

---

<sup>348</sup> Voir *supra*, p. 84.

<sup>349</sup> Précité, note 284.

de la réforme du Code civil, attendaient fébrilement une intervention du législateur en vue de remettre le juriste sur le «droit chemin». Nous croyons, quant à nous, que l'adhésion du législateur à une idéologie chrétienne irait à l'encontre de la liberté de conscience et de religion, enchâssée dans les chartes canadienne et québécoise des droits de la personne<sup>350</sup>. Dans ce contexte, il n'est, de toute évidence, pas très indiqué pour le droit de se mêler de religion et de servir de porte-voix à une doctrine plutôt qu'à une autre. Le mutisme du *Code civil du Québec* à propos des *choses sacrées* constitue d'ailleurs un signe des temps qui atteste la tendance de nos institutions juridiques vers la laïcisation<sup>351</sup>. À notre avis, le droit de chaque individu de professer sa foi, de vivre en harmonie avec ses valeurs et ses convictions ne se conçoit que dans le respect de la pensée de l'autre. Le droit a alors pour mission de faire oeuvre de médiation et de conciliation de ces diverses opinions. Son engagement à honorer la liberté de conscience et de religion des citoyens consiste essentiellement à aménager, à l'intérieur des grands paramètres qu'il aura établis, des aires où cette liberté pourra s'exprimer, et non à fournir à des groupes une tribune à partir de laquelle serait propagé un idéal religieux. En matière de fécondation *in vitro*, cet engagement pourrait signifier l'interdiction de décréter des politiques sur les embryons sumuméraires de nature à choquer certains couples et à les dissuader de recourir à cette technique<sup>352</sup>. Avant de prescrire irrévocablement la destruction d'un zygote ou de vouer celui-ci à un usage scientifique, le législateur devrait donc, dans cette perspective, prévoir des mécanismes donnant aux géniteurs l'occasion d'exposer leurs vues, conformément à ce que leur dicte leur conscience.

Outre ces considérations, l'inclusion de l'embryon *in vitro* dans la catégorie des personnes se transformerait rapidement en un casse-tête, au stade de l'application des aspects patrimoniaux que cette classification implique. Ainsi que le soulève Guy RAYMOND, tant qu'il n'a pas regagné le corps de celle l'ayant produit, rien ne dit que l'ovocyte fécondé aura comme parents juridiques ses géniteurs. Peut-être gonflera-t-il les rangs des sumuméraires. En admettant qu'il soit un jour implanté dans un utérus, ses chances de surmonter toutes les contingences auxquelles il risque de faire face sont des plus minces. Elles ne sauraient dépasser celles de son cousin conçu *in utero*, dans une très large

---

<sup>350</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 2; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 3.

<sup>351</sup> Voir J. GOULET, *loc. cit.*, note 160, 391-396.

<sup>352</sup> Voir en ce sens l'opinion de Mireille D.-CASTELLI (*infra*, pp. 120 et 121).

proportion évacué à l'insu de la femme<sup>353</sup>. Il n'en faut pas davantage pour conclure à l'extrême précarité de la condition du zygote *in vitro*. Or, advenant le décès d'un parent biologique, serait-il raisonnable d'inscrire cette «créature» au nombre des successibles? De deux choses l'une: soit que l'embryon non implanté puisse immédiatement succéder, ce qui retarderait - parfois inutilement - le règlement de la succession; soit que cette faculté ne soit déférée au zygote qu'à compter de son implantation, auquel cas aucun droit patrimonial ne pourrait lui être antérieurement attribué.

Parce que ce matériel peut dormir bien au-delà de neuf mois sur les tablettes des cliniques de fertilité sans même qu'on ne sache s'il fera son nid dans un utérus - et, dans cette éventualité, qui l'accueillera -, le premier de ces scénarios nous semble contrevenir aux impératifs d'efficacité et de célérité, nouveaux mots d'ordre du législateur québécois<sup>354</sup>. Ceux qui voient en l'oeuf humain une personne juridique pourront rétorquer que ce dernier a droit aux mêmes égards que l'absent, dont on doit attendre le retour durant sept ans préalablement à l'obtention d'un jugement le déclarant mort et inhabile à conserver sa part d'héritage. Cependant, ce point ne serait pas aussitôt réglé que surgirait le problème de la désignation du tuteur responsable de l'administration des biens dévolus à l'embryon congelé. Au second alinéa de l'article 192 du Code civil, le législateur délègue la gestion des biens qui échoient au *conceptus* - par voie de succession, donation ou contrat d'assurance-vie - à ses père et mère, ses tuteurs légaux. La maternité étant, au regard de notre droit, gestationnelle, la transposition de ce principe à la situation particulière du zygote en état de congélation est, de fait, problématique, de même que l'identification de ce dernier à sa «famille juridique».

Au lieu de se torturer l'esprit avec ces questions, le législateur pourrait vraisemblablement préférer la deuxième des solutions plus haut énoncées. D'un autre côté, en privant l'embryon *in vitro* d'un patrimoine, il fermerait les yeux sur un pan substantiel de la personnalité juridique. Qu'est-ce qu'une personne n'ayant, nommément, ni patrimoine, ni domicile? Voilà une réalité entrant en contradiction avec la théorie subjective de Charles AUBRY et Charles RAU qui, encore aujourd'hui, nous enseigne qu'à tout sujet de droit

---

<sup>353</sup> Pour un chrétien, l'embryon est providentiellement prédestiné à survivre aux aléas de la nature. Les statistiques rapportent tout de même qu'entre 50 et 80% des zygotes humains sont rejetés par la femme dans les premiers jours après la fécondation. L. SEVE, *op. cit.*, note 101, pp. 36 et 37.

<sup>354</sup> Pensons, par exemple, au délai maximal au cours duquel l'absent est présumé vivant, qui a été écourté de trente à sept ans (C.c.Q., art. 85); au remplacement, en droit immobilier, de la prescription trentenaire de l'ancien article 2242 C.c.B.C. par une prescription décennale (C.c.Q., art. 2917), etc.

correspond un patrimoine<sup>355</sup>. Qu'un individu soit criblé de dettes, démuné ou fortuné, lui sont nécessairement attachés, d'après cette théorie, un actif et un passif. Il serait malaisé d'adresser cette remarque à un zygote juridiquement inapte à jouir de droits patrimoniaux. L'importance de l'approche subjective a beau avoir été quelque peu diluée de par la place maintenant réservée dans notre Code civil aux patrimoines dits d'affectation<sup>356</sup> - dont le port d'attache n'est pas la personne -, il reste que chaque sujet de droit digne de ce nom détient un patrimoine personnel<sup>357</sup>. Les biens provenant d'une succession, ceux qui composent une fiducie ou appartiennent à une fondation, pour nous restreindre à cette énumération, forment autant de patrimoines séparés ou d'«enclaves» se juxtaposant aux patrimoines individuels.

Ce qui, au demeurant, tient fondamentalement à cœur aux juristes qui s'accrochent, contre vents et marées, à la notion de personne juridique est la protection du visage humain gravé en chaque ovocyte fécondé. Quoique les connaissances acquises dans le domaine de la biologie doivent le conseiller dans la détermination des normes ou régimes ayant trait au vivant, le droit ne saurait avoir honte d'exhiber, puis d'assumer, sa qualité de gardien des symboles enfouis dans notre culture. Il existe en fait une zone secrète non négligeable, peuplée d'images et de symboles collectifs, qui ne peut être captée par les sens et l'oeil aiguisé du biologiste. Aussi, nous avons beaucoup de mal à suivre la philosophie relationnelle entre autres louangée par Wade L. ROBISON, en vertu de laquelle le sort des embryons surnuméraires et des patients cérébralement morts est ni plus ni moins subordonné aux humeurs de leur entourage. Du fait que le cerveau, centre névralgique de la personnalité, n'est pas - ou n'est plus - en état de fonctionner chez ces entités, cette approche, l'avons-nous précédemment mentionné, nie à celles-ci toute estime propre. Ces zygotes figés et comprimés dans des éprouvettes, ces corps inertes n'auraient de valeur que dans la mesure où ils présentent un intérêt pour leurs auteurs ou leurs proches.

Nous avons pour notre part le net pressentiment que la discrétion ainsi accordée aux individus de jeter au panier les oeufs produits en trop, sitôt assouvi leur désir parental, ou de débrancher un malade, à la minute où il commence à peser sur leurs épaules, menacerait gravement notre destin collectif. Il suffirait que la mise au rancart d'embryons excédentaires

---

<sup>355</sup> D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 116, no 173, p. 104.

<sup>356</sup> *Id.*, nos 174 et 175, pp. 104 et 105.

<sup>357</sup> Le libellé du premier alinéa de l'article 2 du Code brille par sa clarté: *Toute personne est titulaire d'un patrimoine, peut-on y lire.* Sur la cohabitation des visions subjective et objective du patrimoine, voir au surplus les commentaires du ministre afférents à l'article 2 C.c.Q. (*Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 149, p. 5).

et d'être devenus encombrants se convertisse en un geste banal pour que, tantôt, la sélection des individus - au stade prénatal et dans l'allocation des ressources médicales -, de façon à exclure ceux qui montrent quelque imperfection et les moins performants, cesse de nous accabler. En dehors de repères éthiques et moraux, la subjectivité et les priorités temporelles peuvent, en définitive, irrémédiablement ravager l'image et l'intégrité de l'homme.

Loin de nous l'idée de nous raviser quant à la participation des géniteurs aux décisions mettant en cause leurs embryons *in vitro*. Comme nous l'affirmons plus avant, la liberté de conscience de ces couples, pour peu qu'elle n'enfreigne pas l'ordre public, ne saurait être contrariée par des politiques législatives intransigeantes qui programmeraient la disposition de ce matériel héréditaire. À notre point de vue, cela n'empêche nullement le droit de chapeauter et de réguler les manifestations de cette liberté. Il vaudrait la peine d'oublier un instant nos allégeances religieuses ou philosophiques et de nous concerter, afin d'identifier les principaux axes autour desquels pourrait se dessiner le statut juridique des zygotes congelés.

Malgré que les itinéraires empruntés pour y accéder ne soient pas toujours les mêmes, il est des lieux communs fréquentés par à peu près tous. La fabrication de zygotes humains dans le dessein avoué d'en faire un usage expérimental, commercial ou industriel, la création de chimères par le métissage de matériel génétique humain et animal, l'utilisation d'embryons surnuméraires pour effectuer des tests futiles, sans bénéfice réel anticipé pour l'humanité, rassemblent d'ores et déjà plus d'adversaires que de sympathisants. Pourvu qu'elle s'accompagne d'un espoir sérieux d'élargir le savoir médical, l'investigation des ovocytes non implantés, selon des protocoles respectueux du patrimoine humain y contenu, pourrait, en revanche, recueillir l'assentiment d'une majorité des membres de notre société. Entre autres directives, les scientifiques pourraient n'être autorisés à recourir aux «banques» d'embryons humains qu'après avoir épuisé les possibilités de recherche sur l'animal, compte tenu de l'angle précis qu'ils entendent explorer. Les zygotes délaissés par leurs géniteurs pourraient être de préférence offerts en adoption. En plus de pallier la pénurie d'«enfants» adoptables - dont plusieurs se sont plaints ces récentes décennies - et d'être à la portée de la plupart des couples pour qui l'adoption internationale constitue une alternative trop dispendieuse, cette modalité permettrait aux adoptants de savourer les joies et les peines de la grossesse.

Bref, le stockage de centaines de milliers d'embryons humains - vis-à-vis desquels on se sent souvent désemparé et dont la durée utile de conservation n'est pas éternelle - étant un phénomène incontournable, pourquoi ne pas faire des heureux auprès des couples infertiles qui songent à l'adoption et s'interdire de scruter ce matériel dans l'intention d'enrichir notre culture scientifique? Aussi bien encourager l'implantation et la croissance normale de ces oeufs que de les laisser dépérir, investiguer ce matériel que de mener des expériences sur des enfants ou des candidats adultes. L'essentiel est que tout se déroule en conformité avec les règles de l'art, signale avec justesse John A. ROBERTSON.

Devant le fait accompli, nous nous devons de pencher vers le moindre d'entre deux maux. L'avenir, par contre, est en nos mains. Nous avons la lourde tâche de le façonner. Encore que le droit puisse mettre sur la table des pactes acceptables au sujet des embryons sumuméraires, il serait peut-être temps que les artisans des milieux de la science et de la médecine ne soient plus uniquement transportés par l'ambition de nous éblouir avec leurs prouesses toujours plus vertigineuses. Jusqu'à ce jour, les procréations médicalement assistées ont progressé à pas de géant, semant sur leur passage d'épineux problèmes et refilant au droit la responsabilité de réparer les «pots cassés». La fécondation *in vitro* n'est pas, en soi, à bannir. Le récit de Louise Brown<sup>368</sup>, qui fête il n'y a pas longtemps son quinzième anniversaire de naissance, continue, d'une certaine manière, de nous épater. La multiplication et l'accumulation des embryons *in vitro*, que l'on entasse dans les laboratoires hospitaliers, inquiètent cependant. L'ennui ne se réduit pas à loger ces ovocytes, bientôt en surnombre - dans le plein sens du mot. La nature énigmatique de ces produits à connotation humaine représente une source supplémentaire de tracas. L'établissement de nouvelles filiations adoptives et la recherche sur l'embryon humain demeurent des dossiers brûlants. Ils ne sauraient se généraliser sans risques et périls.

Il nous faut, par conséquent, ralentir la cadence et diminuer le flot de zygotes qui affluent vers les cliniques de fertilité. Les spécialistes de la procréatique doivent se mobiliser dans le but de perfectionner leurs techniques. Ils devraient notamment s'acharmer à accroître le taux de réussite de la FIVETE, à la fois à l'étape de la fécondation des ovules et de leur implantation *in utero*. Nous comprenons qu'il puisse être difficile de prévoir avec exactitude la quantité d'ovocytes requise à l'achèvement d'un programme de FIVETE. Mais si l'on parvenait à faire chuter de quelques dizaines le pourcentage d'embryons qui avortent

---

<sup>368</sup> Louise Brown, née en Grande-Bretagne, est le premier bébé-éprouvette à avoir vu le jour.

- lequel vacille actuellement entre 50 et 80% -, notre société se porterait déjà beaucoup mieux, sans compter les individus qui tentent cette pénible aventure.

Il y aurait également une somme considérable de travail à abattre, du côté de l'étude et de la prévention des causes de l'infertilité chez l'homme et la femme. Les procréations artificielles ne sauraient se répandre comme une traînée de poudre et se révéler la panacée à la stérilité masculine ou féminine. Le capital humain qui y est engagé commande un emploi judicieux et parcimonieux de ces techniques.

Ces jalons étant dressés et ces pistes de développement esquissées, reste à nommer, en droit, les embryons conçus des oeuvres de la FIV. L'approche que recommande à cet effet la Commission de réforme du droit du Canada nous plaît particulièrement<sup>369</sup>. Les échanges houleux suscités ces dernières années par la qualification juridique des embryons *in vitro* ont, en vérité, abouti à un cul-de-sac. D'autre part, le temps presse. L'énonciation, à rebours, des principes réunissant une majorité des interlocuteurs pourrait être, dans les circonstances, plus sage que la persistance à vouloir monter en épingle un statut des zygotes congelés, susceptible d'être périmé avant même d'avoir reçu sa sanction.

D'après nous, les lentilles que le droit positif propose au civiliste pour visionner les réalités de notre monde auraient besoin d'ajustements. Elles peuvent à la limite fausser la nature de ces éléments, et astreindre qui s'obstine à leur être fidèle à des contorsions intellectuelles. En témoigne le tollé de protestations qui devait faire suite à la codification, par le législateur français, de la notion de «personne humaine potentielle». À vouloir garantir à l'embryon le *summum* de la protection, le législateur s'est manifestement fourvoyé, en dépeignant ce dernier comme une personne. À moins de se figurer que la personnalité juridique a les apparences d'une échelle graduée, la virtualité qu'il accole à l'existence du zygote dénote une intention de se distancier de la catégorie des personnes, au sein de laquelle il ne paraît pas tout à fait confortable. Même dans cette hypothèse, l'embryon se trouve à descendre presque tous les échelons qu'il avait gravis en ayant été promu au grade de personne.

Nous ne pouvons blâmer les auteurs qui comparent le concept de «personne humaine potentielle» à une coquille vide. Puisque les embryons «cryoconservés» ne sont pas réellement des personnes, le législateur français n'aurait jamais dû se hasarder dans cette

---

<sup>369</sup> Voir *supra*, p. 90.

catégorie. Il aurait eu avantage à changer son fusil d'épaule et à se fixer pour objectif la confection d'un régime juridique sur mesure préservant le caractère humain de ce matériel. Ce faisant, il aurait probablement réussi à amasser plus d'alliés, tant dans le camp des «réformistes» - impatients de voir rajeunies les structures du droit - que dans celui des auteurs qui perpétuent la flamme spiritualiste et vouent un culte à la personne, immanente à tout ce qui dégage un parfum d'humanité. Ceux-là, il est vrai, affectionnent d'ordinaire la catégorie des personnes. Néanmoins, l'on peut parier qu'une bonne part d'entre eux, instinctivement dirigés vers cette classe, seraient prêts à des concessions, à la condition que soient sauvegardées les valeurs capitales servant d'armature à leurs opinions. L'attitude dérogatoire de Guy RAYMOND par rapport à la théorie de la personnalité juridique, le contenu ténébreux de la dénomination «forces génétiques» forgée par Gérard CORNU, le laxisme et l'abstention de certains relativement à la classification des embryons congelés pourraient être indicateurs d'une ouverture à la discussion. Ne vaut-il pas mieux, à la fin, que le zygote puisse intégralement se prévaloir d'un statut protecteur que de n'être qu'une personne *potentielle*?

Le dénouement des litiges portés devant les tribunaux, à qui ressortit l'audacieuse tâche de débroussailler la nature juridique des embryons sumuméraires, met en exergue la maladresse des civilistes à jongler avec les catégories instituées par le droit positif. Le comportement des magistrats évoque le mouvement du pendule. Ce va-et-vient d'une catégorie et d'une terminologie à une autre se double de retenue. Chacun prend garde de ne rien brusquer, de n'activer aucun mécanisme pouvant entraîner l'affaissement de l'édifice juridique, bâti sur l'altérité chose-personne.

Les civilistes pourraient envier les juristes de *common law*, qui évoluent dans un environnement autrement plus souple que le leur. De fait, la créativité de leurs homologues anglo-saxons n'est pas gênée par la rigidité d'un système, dont ils ont le loisir de dénoncer avec tout autant d'aisance les défaillances à appréhender la réalité. Déclarer qu'un zygote *in vitro* n'est de l'essence ni de la personne ni de la chose n'a pas un effet aussi déstabilisant et des répercussions aussi dramatiques que chez les civilistes, de forte tendance positiviste. Tandis qu'il risque d'être perçu, aux oreilles de ces derniers, telle une insulte à la science juridique - laquelle offrirait des paradigmes fiables et à toute épreuve -, pareil constat a la résonance d'un commentaire constructif, dans l'enceinte d'un système en constante adaptation.

Si l'on doit doter l'embryon non implanté d'une appellation et l'affilier à une catégorie, l'insertion d'un troisième bloc entre les personnes et les choses mérite notre attention. Les croquis tracés dans la *common law* peuvent être, à ce chapitre, des sources d'inspiration. Nous vient ici en tête la suggestion de George J. ANNAS de grouper les produits de la fécondation humaine sous un vocable ressemblant au libellé ci-après: «entités à valeur symbolique unique dignes d'être protégées et traitées avec déférence». Dans un autre ordre d'idées, la possibilité d'annexer à la catégorie des choses une subdivision dédiée au zygote humain n'est pas à dédaigner. Une chose n'est-elle rien de plus qu'une réalité tangible. La vénération due aux choses sacrées nous convaincra de la considération que les objets peuvent recevoir dans notre droit - la palpitante histoire des trésors de la paroisse de l'Ange-Gardien, fraîche dans nos mémoires, est là pour le confirmer. Partant, on ne doit pas frémir face à une éventuelle intégration de l'embryon aux choses. Qui sait, une catégorie de «choses à consonance humaine» faisant l'objet d'un traitement révérencieux relèvera-t-elle, dans un avenir prochain, la défunte catégorie des choses sacrées - disparue du *Code civil du Québec* - dont quelques-uns s'avouent nostalgiques?

## **CHAPITRE 3**

### **LA PROPRIÉTÉ DES DÉCHETS BIOMÉDICAUX ENVISAGÉE DANS UNE PERSPECTIVE SOCIO-ÉCONOMIQUE**

À l'heure où l'on assiste, dans nos sociétés, à une inflation sans précédent des droits subjectifs, les biotechnologies font appel au sens commun, à la solidarité humaine. Depuis l'avènement de ces méthodes - capables de transformer les tissus humains en un arsenal de médicaments prometteurs dans la lutte contre la maladie - l'amélioration des conditions de vie de l'espèce est, en effet, de plus en plus tributaire de la mise à la disposition de la science des ressources corporelles. Sous l'influence de ces changements, le champ biomédical est rapidement devenu un terrain de prédilection où droits individuels et intérêt collectif s'affrontent. Les enjeux qui y sont désormais rattachés placent le droit et la société face à des choix cruciaux: le droit de chaque individu à l'autodétermination - soit à la libre maîtrise de son corps - est-il un acquis auquel on doit dans cette conjoncture renoncer, au nom du mieux-être collectif? Les droits de la personne doivent-ils, à l'inverse, avoir préséance sur l'intérêt des chercheurs à pouvoir facilement s'approvisionner en matériaux corporels et, par ricochet, sur celui de la collectivité qui récolte en grande partie les fruits de leurs travaux? La solution aux problèmes posés par les biotechnologies peut, par ailleurs, résider dans la réalisation d'un juste équilibre entre ces intérêts discordants. Mais quelle que soit l'option privilégiée, l'expansion de ces techniques - laquelle dépend intimement de la propriété des déchets biomédicaux - débouche inéluctablement sur un volet social et, de ce fait, relance chez les auteurs le débat opposant les droits subjectifs à l'intérêt général.

### 3.1. Les fondements philosophiques de la pensée juridique

L'emprise de l'individu sur son corps, eu égard à la fonction sociale assignée à ce dernier, est une préoccupation qui apparaît, dans le discours philosophique, bien avant l'ère de la biotechnique et les premiers succès remportés en matière de greffes d'organes. Dès la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, les travaux du philosophe anglais JOHN LOCKE devaient donner naissance à l'école libertaire. Pour les partisans de cette école, chaque individu est maître de son corps. Il ne peut se voir imposer aucun devoir de concourir au bien-être de ses pairs. Ainsi, la décision de se départir d'un tissu corporel en faveur de la collectivité doit-elle émaner d'un libre choix individuel. Toute immixtion de l'État dans ce genre de décision serait attentatoire au droit de chacun à l'autonomie, au respect de son intimité et de sa liberté<sup>360</sup>. Comme le mentionne un document d'étude de la Commission de réforme du droit du Canada, la philosophie libertaire introduit une forme de darwinisme social. Dans la mentalité des libertaires, le matériel génétique serait, explique-t-on en s'appuyant sur les propos de George J. AGICH, *soumis aux contraintes du marché libre dans lequel les forces et les faiblesses génétiquement déterminées peuvent évoluer*<sup>361</sup>.

Parallèlement à l'approche libertaire, le courant égalitariste, qui s'inscrit dans la tradition rousseauiste, devait se développer. Pendant que les disciples de LOCKE font reposer la justice sur la défense des intérêts individuels et sont insensibles aux inégalités résultant de la distribution naturelle des gènes ou du libre échange des produits corporels, les adeptes de cette école sont particulièrement consternés par cet état de choses. En raison de leur appartenance commune à l'espèce humaine, tous les hommes seraient, à leur point de vue, égaux. Ils auraient, en cette qualité, le même droit de goûter au bien-être et à la liberté. Les égalitaristes prônent l'action sociale, dans le but de corriger les inégalités dans la répartition de l'actif du patrimoine génétique humain. Selon leur conception de la justice, le rôle de l'État serait d'assurer un partage plus équitable de ces ressources. Le corps n'est donc plus affecté à l'accomplissement du sujet, dont il serait l'apanage, mais se présente ici comme une matière à l'usage de la communauté pouvant être mise à contribution afin d'aplanir les écarts qui, du côté héréditaire, existent entre les individus<sup>362</sup>.

---

<sup>360</sup> Richard ARNESON expose en ces termes le principe de *self-ownership* sous-jacent à la doctrine libertaire: *Owning himself, each person is free to do with his body whatever he chooses so long as he does not cause or threaten any harm to non-consenting others. No one is obligated to place herself at the service of others in the slightest degree.* Richard J. ARNESON, «Lockean Self-Ownership: Towards a Demolition», (1991) 39 *Political Studies* 36, 40 (cité dans C. S. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 35, 39).

<sup>361</sup> COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 44, p. 73.

<sup>362</sup> Concernant cette approche, voir notamment *id.*, pp. 73 et 74; U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *op. cit.*, note 130, p. 136.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, c'était à la morale utilitariste de vraiment prendre son envol. Le corps commence alors à être emporté dans une logique misant sur la maximisation des avantages que la société peut en retirer et la minimisation de ses atteintes. Dans cette perspective, les contraintes dictées par la morale auraient pour seules justifications le bien-être de l'homme et la prévention des maux qui l'affligent. L'homme, dans son aspect impersonnel et global, fait ainsi écran à la personne, livrée à travers son individualité<sup>363</sup>.

### **3.2. Pour une approche individualiste de la question**

Qu'il s'agisse de la théorie libertaire, de la doctrine égalitariste ou de l'utilitarisme, ces trois grands courants philosophiques ont indéniablement inspiré la pensée juridique. Ce n'est, par exemple, sûrement pas par hasard que les droits subjectifs sont à leur apogée. L'on peut fortement soupçonner les thèmes libertaires d'avoir escorté le droit dans cette marche. L'arrivée des biotechnologies, cependant, trouble cette exubérante ascension. Elle ravive les passions égalitaristes et utilitaristes. Qui plus est, elle met en balance certaines prérogatives individuelles. Le droit en ressort tiraillé entre la liberté des uns de disposer à leur convenance de leurs débris corporels, et le droit des autres à la vie et à une existence meilleure. Car, derrière la muraille que représente la collectivité, se massent d'innombrables individus assoiffés de vivre et obsédés par le fantasme de repousser *in extremis* l'échéance de la mort. Est-ce à dire que l'individualisme triomphant de ces dernières décennies, qui n'a de point de mire que la personne et martèle le caractère privé du corps, mord la poussière sous le règne des biotechnologies ?

#### **3.2.1. La tendance américaine**

##### **Le cas des tissus obtenus à la suite de prélèvements ou d'exérèses**

La thèse mise de l'avant par Lori B. ANDREWS - suivant laquelle l'individu aurait la propriété de son corps et pourrait en disposer à son gré - procède sans conteste d'une démarche libertaire. À l'instar de ceux qui adhèrent à ce mouvement, Mme ANDREWS est réfractaire à toute tentative d'appropriation collective du corps humain et de ses parties.

---

<sup>363</sup> Voir, au sujet de l'utilitarisme, COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *id.*, pp. 72 et 73; P. DAUCHY, *loc. cit.*, note 265, 87.

L'intérêt général ne saurait, à son avis, autoriser la négation de quelque prérogative individuelle, spécialement en ce qui regarde la destination des tissus extraits au cours d'un acte thérapeutique et la rémunération du patient pour son apport à la recherche<sup>364</sup>. Le paiement versé à ce dernier entrerait dans les dépenses normales qu'un chercheur doit encourir<sup>365</sup>. Bien qu'il puisse occasionner une légère hausse des coûts associés à la recherche, il favoriserait l'accès des malades au système de santé, en augmentant leur capacité de se procurer les soins requis par leur état<sup>366</sup>. Le fait que le patient ne possède ordinairement pas l'habileté et les moyens de mettre en valeur les tissus extirpés de son corps ne saurait davantage le spolier de ses droits et intérêts dans ces substances. Ce n'est pas parce qu'une personne ne peut exploiter elle-même le gisement de pétrole découvert sur son terrain qu'une compagnie en mesure de le faire peut violer sa propriété et accaparer cette richesse sans sa permission, argumente la juriste<sup>367</sup>. Le régime de la propriété s'avérerait en somme un excellent rempart contre l'intrusion d'autrui dans cette sphère la plus profonde de l'intimité du patient qu'est son corps.

L'opinion de K. Peter RITTER emprunte la même tangente. Comme l'avait également considéré la Cour d'appel de la Californie dans l'affaire *Moore*<sup>368</sup>, M. RITTER estime que la consécration d'un droit de propriété individuel demeure la façon idéale de protéger le patient, dont les résidus organiques constituent de nos jours des matières premières convoitées par l'industrie pharmaceutique<sup>369</sup>. L'intérêt personnel du patient ne saurait, à son sens, fléchir devant celui des divers acteurs impliqués dans le secteur de la recherche biomédicale, ces derniers étant d'abord animés par un esprit mercantile plutôt que guidés par des motivations altruistes ou philanthropiques. Aussi, le juriste adresse de sévères reproches aux magistrats de la Cour suprême de la Californie qui, dans la cause *Moore*, devaient infirmer le jugement de la Cour d'appel: *A majority of the court placed excessive importance on protecting the research industry at the expense of patients' rights*<sup>370</sup>, déplore-

---

<sup>364</sup> L. B. ANDREWS, *loc. cit.*, note 58, 29 et suiv.

<sup>365</sup> [...] *when payment for human biological material is required, it is no more disastrous to the research enterprise than payment for pipettes, microscopes, animals, or laboratory equipment. It may represent a modest increase in the cost of doing business (just as an increase in fuel prices would raise the costs of lighting the laboratory)*, de prétexter l'auteure. *Id.*, 36.

<sup>366</sup> Ce commentaire n'est évidemment pas transposable au Québec, où l'État défraie le coût de la plupart des services de santé.

<sup>367</sup> L. B. ANDREWS, *loc. cit.*, note 58, 31.

<sup>368</sup> *Moore* (1988), précité, note 3, 503-509. *For better or worse, we have irretrievably entered an age that requires examination of our understanding of the legal rights and relationships in the human body and the human cell*, d'écrire le juge ROTHMAN (*id.*, 504).

<sup>369</sup> K. P. RITTER, *loc. cit.*, note 48, 1485-1488.

<sup>370</sup> *Id.*, 1486.

t-il. Dans le cadre de la propriété, objecte M. RITTER, les notions de justice et d'équité, si chères à la morale, seraient à l'honneur, puisqu'il n'y aurait place à l'enrichissement sans cause. S'instituerait en outre un climat propice à l'établissement de relations médecins-patients fondées sur la confiance et le respect mutuel<sup>371</sup>.

William BOULIER n'hésite pas non plus à encenser les règles de la propriété. Celles-ci seraient de loin la meilleure issue en vue de la réhabilitation d'une justice sociale, dans ce monde où les matières organiques humaines font la joie des chercheurs et de l'industrie<sup>372</sup>. M. BOULIER donne en réalité l'impression que les dés sont lancés. Le droit n'aurait plus qu'à minimiser les dégâts et à oeuvrer à la mise sur pied d'un ordre public de protection des plus faibles.

L'approche préconisée par Lori B. ANDREWS se taille un troisième appui auprès de Patricia M. PARKER. Les débouchés que l'avancement des biotechnologies a créés quant au traitement des déchets anatomiques humains et les profits que laisse miroiter la récupération de ces résidus remettraient sérieusement en question, croit Mme PARKER, l'opportunité de donner carte blanche aux hôpitaux, à qui est toujours revenue l'entière responsabilité de disposer de ces substances, pour soi-disant la plus grande sécurité du public<sup>373</sup>. Ce qui était défendable hier ne le serait plus forcément aujourd'hui, fait à cet égard remarquer la juriste. Les métamorphoses subies par les tissus corporels consécutivement à l'application des techniques de l'ingénierie génétique seraient notamment susceptibles d'offenser les valeurs morales ou religieuses que nombre de citoyens cultivent vis-à-vis de leur corps. C'est pourquoi, maintenant que les déchets biomédicaux ont rejoint les circuits de l'économie, le législateur devrait, dans l'optique de Mme PARKER, songer à transférer au patient la compétence d'interférer dans le processus de transformation de ses tissus et à le munir d'outils lui permettant, le cas échéant, de toucher une part des gains réalisés<sup>374</sup>. La formule de la propriété serait le véhicule tout désigné pour parvenir à ces fins. Elle conférerait au patient la latitude d'accepter que ses tissus soient acheminés vers les biotechnologies - et de percevoir une fraction des revenus qui bénéficient à ce secteur -, ou encore de contrer cette alternative - et de se prévaloir des

---

<sup>371</sup> *Id.*, 1487 et 1488.

<sup>372</sup> *Due to technological advances involving the use, possession, and control of human body parts, and in light of the recent cases, the courts should begin to recognize that human body parts are property*, peut-on lire par exemple dans le préambule des «recommandations» de l'auteur aux tribunaux. W. BOULIER, *loc. cit.*, note 64, 715 et 716.

<sup>373</sup> P. M. PARKER, *loc. cit.*, note 59, 369 et 370.

<sup>374</sup> *Ibid.*

principes de la *conversion*, s'il devait apprendre que les éléments retranchés de son corps ont été détournés de leur utilisation strictement diagnostique<sup>375</sup>.

Mme PARKER réfute l'argument accusant les règles de la propriété privée de nuire financièrement à l'essor de la recherche. La rémunération des patients pourrait être subordonnée à ce que leurs tissus servent à la fabrication de produits brevetables mis en marché sous forme de médicaments ou de traitements, rétorque-t-elle<sup>376</sup>. La juriste fait de plus valoir que les personnes nanties de cellules aux vertus exceptionnelles - de nature à faire grimper les enchères - ne sont pas légion<sup>377</sup>. Pour toutes ces raisons, elle se réjouit de l'arrêt de la Cour d'appel de la Californie dans *Moore* et invite le législateur à imiter cette démarche.

La reconnaissance judiciaire d'un droit de propriété du sujet sur son corps n'aura toutefois représenté qu'un bref épisode dans l'histoire de la *common law* américaine. La menace d'une poursuite du patient en revendication de ses cellules, qui planerait sur quiconque se trouverait en possession de celles-ci - aucune faute n'ayant, dans ce contexte, à être prouvée -, devait se révéler, devant la plus haute instance californienne, un motif déterminant pour débouter John Moore de son action<sup>378</sup>. Le souci premier de la Cour était effectivement de ne rien provoquer qui puisse jeter une ombre sur l'activité des chercheurs, vouée au bien commun.

La réaction qu'a déclenchée, chez les auteurs américains, l'affaire *Moore* démontre que la majorité d'entre eux ne sont guère plus disposés à consentir au patient la plénitude des pouvoirs inhérents à la propriété. Ils craignent précisément les retombées négatives sur la recherche et l'impact socio-économique qui découleraient de la confirmation du droit, pour un individu, de tirer financièrement profit de son corps<sup>379</sup>. En voulant prémunir la personne contre les incursions de la science, on risquerait, par le truchement de la propriété, d'obtenir le résultat inverse de celui désiré, prétend pour sa part Courtney S. CAMPBELL. La scission

---

<sup>375</sup> Le système ébauché par l'auteure veut que l'acceptation du patient de destiner ses tissus à un usage scientifique ou commercial et sa renonciation à un éventuel partage des bénéfices soient constatées dans un écrit (*waiver form*). Cette précaution dissiperait les malentendus au stade de la mise à exécution d'une demande pour *conversion*. *Id.*, 374 et 375.

<sup>376</sup> *Id.*, 375.

<sup>377</sup> *Id.*, 371.

<sup>378</sup> Cette réflexion du juge ARABIAN illustre bien la mentalité des magistrats composant la majorité: *If the use of cells in research is a conversion, then with every cell sample a researcher purchases a ticket in a litigation lottery*. *Moore* (1990), précité, note 3, 495 et 496.

<sup>379</sup> Voir *infra*, sections 3.3.1 et 3.4.1.

corps-sujet et le pouvoir d'aliénation que suppose la propriété appelleraient une extrême prudence:

[...] *our existential identity with our bodies is ultimately so fundamental that we could not alienate the whole body without doing the same to the person. Indeed, such an action would contradict rather than express the liberty and sovereignty of the self.*<sup>380</sup>

Lors de l'élaboration d'une politique réglant l'échange du matériel biologique humain, il faudrait prendre garde de ne pas ériger une morale qui soit étrangère à ce que nous sommes et fasse fi du sujet libre et souverain dont le corps serait le support de l'identité, doit-on finalement retenir de l'analyse de Courtney S. CAMPBELL<sup>381</sup>.

C'est dire que Lori B. ANDREWS, K. Peter RITTER, leurs collègues BOULIER et PARKER font, aux États-Unis, presque cavaliers seuls, dans leur combat en vue d'inculquer le principe que l'homme est propriétaire de son corps<sup>382</sup>.

### **Quid des embryons surnuméraires**

Paradoxalement, quand vient le temps de discuter du sort d'embryons surnuméraires, les juristes américains se font en général peu hésitants à affirmer la suprématie des droits des géniteurs - voire la propriété de ceux-ci - sur ces produits corporels. Il suffit de remonter

---

<sup>380</sup> C. S. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 35, 40.

<sup>381</sup> *Id.*, 42.

<sup>382</sup> Il est cependant intéressant d'examiner les deux dissidences exprimées relativement à l'arrêt *Moore*. De même que la personne qui fait don d'un organe a, en vertu du *Uniform Anatomical Gift Act*, le loisir de déterminer qui bénéficiera de ses tissus et la finalité à laquelle ils seront employés, *a patient has the right, prior to the removal of an organ, to control the use to which the organ will be put after removal*, déclare de son côté le juge BROUSSARD (*Moore* (1990), précité, note 3, 502). En lui cachant la valeur vénale de ses cellules et l'exploitation qu'il entendait faire de ce matériel, le Dr Golde se serait délibérément et indûment approprié le pouvoir de John Moore de décider de l'affectation des tissus de sa rate, s'exposant de la sorte à une sanction *for conversion*. Le juge soutient que la protection du patient, dans l'univers des biotechnologies, ne saurait se restreindre au respect de la personne et de son autonomie. Elle impliquerait la participation de ce dernier à la valeur économique des substances enlevées de son corps (*id.*, 505 et 506).

Le juge Mosk se montre tout aussi favorable à la proclamation d'un droit de propriété individuel dans les déchets biomédicaux. L'émission de brevets dans le domaine de la biotechnique aurait déjà sensiblement entravé la circulation des échantillons humains au sein de la communauté scientifique, souligne-t-il (*id.*, 513). Le juge signale par ailleurs que la tenue d'un registre, dans lequel serait consigné le consentement du malade à l'utilisation commerciale de ses résidus corporels, n'alourdirait pas la tâche des chercheurs, puisque la collecte d'informations sur les patients est actuellement répandue (*id.*, 514).

jusqu'au procès *Del Zio*<sup>383</sup>, en 1978, pour noter la préférence que les tribunaux américains accordaient déjà aux couples, quant au pouvoir d'user des embryons dont ils sont les auteurs biologiques. En l'occurrence, des dommages-intérêts avaient été alloués aux *Del Zio*, à la suite de la destruction intentionnelle et non autorisée d'un zygote maintenu dans un incubateur, par le chef du département où devait se dérouler la FIVETE, lequel désapprouvait cette technique qui, à l'époque, en était à ses premiers balbutiements. Même si le jury chargé de cette affaire a évité de parler de propriété, l'indemnisation du préjudice moral souffert par les époux *Del Zio* indique néanmoins une volonté de reconnaître aux géniteurs un intérêt dans les substances reproductrices déposées à une clinique de fertilité et de leur réserver le contrôle sur celles-ci. Depuis cette décision, il appert en fait que l'élimination d'embryons *in vitro* à l'insu du couple les ayant produits peut, dans certains États américains, rendre passible d'une condamnation à verser des dommages-intérêts en compensation de la perte éprouvée par les géniteurs.

Dans le litige survenu en 1989 entre le couple *York* et le *Jones Institute*<sup>384</sup>, il a été semblablement jugé - comme nous l'avons relaté plus haut - que les dirigeants de la clinique défenderesse ne pouvaient faire obstruction à la réclamation des géniteurs de transporter un embryon congelé vers un autre centre de fertilité. Après avoir essuyé plusieurs échecs, *Risa* et *Steven York* voulaient en effet tenter leur chance de mener à terme ce zygote avec l'assistance, cette fois, d'une équipe médicale de la Californie, où ils avaient nouvellement élu domicile. Afin de dénouer le conflit, la Cour s'en est tenue à l'entente ayant trait à la conservation d'embryons surnuméraires - à laquelle les *York* avaient adhéré -, qui prévoyait implicitement la remise de ce matériel aux donneurs de gamètes désireux de quitter, avant sa terminaison, le programme de FIVETE dispensé par le *Jones Institute*<sup>385</sup>. En tant que propriétaires, ces derniers étaient en droit de retirer leurs produits de conception, dont cet établissement n'était que le dépositaire, de statuer la Cour<sup>386</sup>. Malgré qu'il ne soit pas étayé par une réflexion des plus profondes<sup>387</sup>, ce jugement des tribunaux de la Virginie constitue un important point d'ancrage, en ce qu'il est le premier à poser clairement que l'individu jouit d'un droit de propriété sur le zygote «cryoconservé» qu'il a engendré.

---

<sup>383</sup> *Del Zio c. Manhattan's Columbia Presbyterian Medical Center* (14 novembre 1978) New York 74-3558 (S.D.) (cité dans COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 47, p. 82).

<sup>384</sup> *York c. Jones*, précité, note 303.

<sup>385</sup> *Id.*, 426 et 427.

<sup>386</sup> *Id.*, 425.

<sup>387</sup> Voir nos commentaires, *supra*, note 303.

Dans la doctrine, la thèse de la propriété individuelle des embryons excédentaires devait naître principalement sous la plume de John A. ROBERTSON, éminent spécialiste des questions liées aux procréations médicalement assistées. La théorie de M. ROBERTSON gravite, pour l'essentiel, autour d'une gestion contractuelle des oeufs fécondés *in vitro*. Dans le but de consolider le caractère souverain de la volonté des géniteurs en matière de procréation et d'évincer l'État de ce champ de compétence, l'auteur encourage la rédaction de conventions comportant les instructions des candidats à la FIVETE, au chapitre de la disposition de leurs futurs embryons<sup>388</sup>. Ces arrangements, qui auraient force obligatoire, délimiteraient le cadre du mandat à l'intérieur duquel les responsables de ces programmes se devraient d'agir en présence de ce matériel. À moins que l'autorité sur ces entités ne leur ait été expressément déférée, ceux qui ont orchestré la FIV ne pourraient donc prétendre à aucun droit sur les zygotes émanant de ce procédé<sup>389</sup>. L'appropriation par les chercheurs des oeufs non implantés serait conditionnelle à l'assentiment des géniteurs.

À défaut de stipulations concernant l'avenir d'embryons congelés, la liberté individuelle de procréer aurait droit de cité, clame d'autre part M. ROBERTSON. Ainsi devait en convenir la Cour suprême du Tennessee dans la saga *Davis c. Davis*<sup>390</sup>. Lorsqu'une dispute éclate entre des géniteurs divorcés, d'opiner la Cour, l'intérêt de l'ex-conjoint qui exige la destruction des embryons doit supplanter l'intérêt de celui qui en réclame l'implantation, dans la mesure où ce dernier a une expectative raisonnable de procréer par d'autres moyens ou a l'intention de consacrer ce matériel au projet parental de tiers<sup>391</sup>. L'individu contraint de transmettre la vie à un enfant aurait beaucoup plus à perdre que la société à gagner d'une législation prescrivant invariablement le transfert des ovocytes fécondés dans un utérus maternel<sup>392</sup>. Compte tenu de la discrétion laissée à la femme d'avorter, et ce,

---

<sup>388</sup> Voir entre autres J. A. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 311, 10-12.

<sup>389</sup> Ces intervenants du milieu médical n'auraient, selon le juriste, pas plus de pouvoir sur ces zygotes que l'obstétricien ou la sage-femme n'a de prise sur le fœtus expulsé lors d'un accouchement. J. A. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 324, 458 et 459.

<sup>390</sup> Précité, note 304.

<sup>391</sup> *Id.*, 603 et 604. La situation des parties au procès *Davis* était la suivante: M. Davis avait, dans son enfance, péniblement vécu l'expérience d'un père absent et se sentait très inconfortable à l'idée qu'il pourrait mettre au monde un enfant susceptible d'être confronté à ce scénario. L'intimée souhaitait, en revanche, pouvoir faire profiter autrui de ses substances reproductrices, arguant de l'immense peine qui l'habiterait, si les sacrifices endurés au cours de son «traitement» contre l'infertilité ne devaient pas se solder par une naissance. Voir également J. A. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 324, 480, 499 et 500. Voir cependant *contra*: T. C. SHEVORY, *loc. cit.*, note 307, 243-245. L'auteur de cet article espérait que l'on soit plus attentifs aux aspirations de la femme. L'égalité des sexes ne saurait, à ses yeux, effacer la longueur d'avance que conférerait à la femme sa contribution inestimable et unique aux diverses étapes de la FIV.

<sup>392</sup> *Davis c. Davis*, *id.*, 602 et 603; J. A. ROBERTSON, *id.*, 501.

jusqu'au second trimestre de sa grossesse, le législateur serait mal venu d'édicter une telle obligation, soulèvent au surplus les magistrats<sup>393</sup>. La liberté de chacun de procréer et d'ordonner, en conséquence, la suppression de son matériel génétique aurait raison de toute initiative propre à faciliter le don de zygotes à des couples infertiles et, pourrions-nous extrapoler, de tout effort ayant pour objet d'alimenter les laboratoires de recherche.

La Cour a d'ailleurs validé les contrats dans lesquels seraient énoncées les vues des géniteurs sur le sort de leurs embryons en état de congélation - advenant, notamment, une rupture du couple, le décès de l'un de ses membres ou une interruption de la FIVETE<sup>394</sup>. L'homme et la femme dont ces entités sont issues étant les premiers touchés par les décisions s'y rapportant, leur intérêt dans ces produits de la fécondation serait, pour rester fidèle aux propos du juge DAUGHTREY: *in the nature of ownership*<sup>395</sup>.

À la lecture de ce qui précède, on s'aperçoit que depuis le retentissant arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans *Roe*<sup>396</sup>, les juristes américains ont fait de la liberté fondamentale de procréer leur cheval de bataille, lorsqu'ils débattent le problème de l'autorité sur les embryons *in vitro*<sup>397</sup>. Cette précieuse conquête contemporaine forme la trame à partir de laquelle se tisse le droit régissant cette matière; elle représente la clef de voûte dans la résolution des différends entre les personnes qui prennent part à une FIV.

---

<sup>393</sup> *Davis c. Davis, id.*, 602.

<sup>394</sup> *Id.*, 597.

<sup>395</sup> *Ibid.*

<sup>396</sup> En 1973, la Haute Cour américaine attribuait à la femme le droit exclusif de recourir à l'avortement pendant les trois premiers mois de sa grossesse. *Roe c. Wade*, précité, note 328.

<sup>397</sup> Ajoutons, en terminant, que dans son volumineux rapport publié en septembre 1986, l'*American Fertility Society* fait abondamment l'éloge de cette liberté individuelle. Tout en manifestant son appui à la recherche sur le «préembryon», laquelle serait une source indispensable de connaissances pour la médecine, cette association recommandait alors que les donneurs de gamètes *have primary decision-making authority*, au titre de la disposition de ce matériel reproducteur. Voir le sommaire des recommandations de l'organisme (THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, «Ethical Considerations of the New Reproductive technologies», dans *Fertility and Sterility*, septembre 1986, vol. 46, no 3, 76S-78S.) Bien qu'il ne soit pas aussi formel sur ce point, Wade L. ROBISON privilégie, de façon analogue, l'arbitrage des conflits qui divisent les cliniques de fertilité et les géniteurs en fonction des intérêts de ces derniers. W. L. ROBISON, *loc. cit.*, note 315, 84 et 85.

### 3.2.2. La tendance observée en France, au Québec et au Canada anglais

#### Le cas des tissus obtenus à la suite de prélèvements ou d'exérèses

En France et au Québec, la protection du sujet et de son autonomie transcende la pensée des auteurs relativement à la propriété des résidus corporels. À l'opposé de leurs collègues américains, qui abordent ce thème avec une vision très pragmatique mettant l'accent sur les incidences pratiques des solutions qu'ils avancent, les civilistes français et québécois y vont d'une approche d'ordre purement ontologique. Les théories qu'ils professent dérivent de leur conception des rapports de l'individu à son corps.

Pour ceux qui perpétuent l'image du corps en tant que composante ou incarnation de la personne, l'affectation scientifique ou commerciale des déchets anatomiques sans l'accord préalable du patient constitue un outrage à la personne, à sa dignité et à son autonomie. Claire NEIRINCK, qui se distingue par son dogmatisme vis-à-vis de l'indisponibilité du corps humain<sup>398</sup>, ne tolère de son côté aucun accroc à ce principe ayant pour résultat d'empiéter sur l'intégrité du sujet. Ainsi que nous l'avons explicité plus avant<sup>399</sup>, le mieux-être de la collectivité, auquel correspondrait l'assouvissement des besoins de la science, ne pourrait, d'après Mme NEIRINCK, être invoqué comme prétexte au démembrement de la personne, dont l'enveloppe charnelle serait le prolongement.

Édith DELEURY rend également compte du danger de faire systématiquement basculer les éléments corporels dans l'espace public, au nom de l'*humanitarisme progressiste* à l'enseigne duquel nos sociétés occidentales semblent évoluer<sup>400</sup>. Elle s'en remet sur cet aspect à l'opinion de Gilbert HOTTOIS, voulant que les visées techno-économiques qui conditionnent aujourd'hui le développement du secteur biomédical aient profondément modifié le sens et la portée de la notion de solidarité<sup>401</sup>: *Il y a dans l'appropriation collective du corporel avec une finalité thérapeutique une coïncidence entre le bien collectif et le bien individuel qui justifie l'extension d'une solidarité organisée en ce sens*<sup>402</sup>, écrit l'éthicien. Cependant, dès que la recherche biomédicale n'est plus confinée au soulagement de la souffrance humaine, mais prend une coloration économique et obéit à une logique

---

<sup>398</sup> Voir *supra*, pp. 45 et 46.

<sup>399</sup> Voir *supra*, pp. 49 et 50.

<sup>400</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 16, 471.

<sup>401</sup> Gilbert HOTTOIS, «Solidarité et disposition du corps humain. (Au-delà de la symbolique du don et de l'opérativité du marché)», (1991) *XXX Dialogue* 365, 376-378.

<sup>402</sup> *Id.*, 376 et 377.

technicienne qui, dans son ascension afin de défier la nature, ne connaît de borne que l'impossible, pareille proposition ne pourrait être maintenue. L'appel à la solidarité et la mise en commun des ressources corporelles ne serviraient plus véritablement l'intérêt de l'humanité; elles feraient avant tout l'affaire de la technoscience. Aussi, la professeure DELEURY s'unit-elle à M. HOTTOIS pour affirmer que l'acheminement des tissus humains vers les biotechnologies est une décision qui revient à l'individu seul<sup>403</sup>. Le respect de l'autonomie du sujet dans sa dimension corporelle s'avère, du point de vue de la juriste, un pilier nécessaire à la construction d'un sain équilibre entre les droits subjectifs et les droits collectifs, eu égard aux impératifs à la base du génie biomédical<sup>404</sup>. La mise en place d'une politique sociale aveuglément axée sur la promotion de la recherche, au mépris des volontés individuelles, risquerait de conduire à des dérives dont on ne pourrait qu'appréhender les répercussions quant au devenir de l'homme.

De même, lors d'une allocution devant l'Assemblée nationale française, Catherine LABRUSSE-RIOU exhortait le législateur à entreprendre des actions susceptibles de permettre le «rapatriement» du corps dans la sphère du sujet. La personne physique doit, dans son individualité, triompher de la communauté des corps - anonyme et réifiée - que tendent à instituer les pratiques dans le domaine de la santé, de prétendre la juriste<sup>405</sup>. Chacun doit être libre d'apporter ou non sa collaboration aux travaux des chercheurs<sup>406</sup>. L'acquiescement du patient à la récupération de ses tissus - sans lequel les équipes scientifiques ne pourraient procéder - deviendrait alors le gardien de sa liberté et de son intimité<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup> Voir plus spécialement sur la question *id.*, p. 380, où Gilbert HOTTOIS déclare qu'[i]l est de l'intérêt de la société elle-même de faire en sorte que la solidarité demeure un acte d'adhésion le plus libre possible, ce qui comprend, essentiellement, l'éventualité pour l'individu de n'y pas souscrire sans être excessivement sanctionné du fait d'un refus qui a ses raisons. Dans une réflexion critique sur les dispositions du *Code civil du Québec* entourant le prélèvement et l'utilisation des tissus humains, Mme DELEURY laisse entendre qu'elle aurait aimé une intervention plus musclée du législateur en ce qui a trait à l'étendue de la règle du consentement. L'article 25 C.c.Q. restreint le champ d'application de ce principe à l'usage expérimental des matières organiques, de sorte que les placentas, les valves cardiaques et tous les autres résidus expressément collectés à des fins commerciales filent sans bruit vers la bio-industrie, de s'inquiéter l'auteure. É. DELEURY, «Du corps que l'on est au corps que l'on a : Quelques réflexions à propos des nouvelles dispositions du Code civil sur les prélèvements d'organes et de tissus et sur l'expérimentation chez les sujets humains», (1995) 6 *Jal. Intern. Bioéth.* 230, 232 et 233.

<sup>404</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 16, 471.

<sup>405</sup> C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 8, 23.

<sup>406</sup> *Id.*, 25.

<sup>407</sup> Sur l'importance capitale du consentement du patient au retraitement des déchets opératoires, voir au surplus les positions de Marie-Angèle HERMITTE, Suzanne GASCON et la Commission de réforme du droit du Canada, *infra*, sections 3.4.2 et 3.4.3. On peut par ailleurs inférer de la thèse de

Tandis que l'approche ci-haut décrite se veut surtout protectrice de la personne, il est une nouvelle génération d'auteurs français qui épousent pleinement la cause libertaire, accordant au sujet la propriété de son corps. Non seulement l'individu serait, aux yeux de ces juristes, investi du pouvoir ultime de gouverner l'usage des substances médicalement séparées de son corps; il pourrait en outre prendre part, en sa qualité de propriétaire, à la valeur commerciale acquise par celles-ci.

Jean-Pierre BAUD est d'avis que la doctrine française traditionnelle, qui s'obstine à souder le corps à la personne, faillit à son devoir de préserver la dignité, tant de l'un que de l'autre<sup>408</sup>. Depuis que les résidus humains, perçus à la manière de vulgaires déchets recyclables tacitement abandonnés par le patient, sont transformés par l'industrie en produits monnayables sur le marché, le droit de la propriété apparaît à M. BAUD une arme beaucoup plus efficace contre les atteintes au corps et à la personne que les garanties actuellement offertes à ce chapitre<sup>409</sup>: *En effet, conclut l'auteur, qu'est-il plus déshonorant pour l'être humain, qu'on considère son corps et tout ce qui lui a appartenu comme des choses rigoureusement protégées par le droit de propriété, ou qu'on admette que tout ce qui a été détaché de son corps ait le statut d'ordure pouvant être transformée en or?*<sup>410</sup>

Xavier LABBEE et Michèle HARICHAUX récusent eux aussi l'axiome classique du droit faisant du corps le substrat de la personne. Dans leur esprit, les tissus extraits dans un but thérapeutique ou diagnostique auraient indiscutablement un statut réel<sup>411</sup>. En vertu du régime imaginé par M. LABBEE, l'individu détiendrait sur son patrimoine génétique un monopole quasi absolu<sup>412</sup>. Sauf acceptation de sa part, les produits corporels à consonance personnelle ne pourraient passer aux mains des chercheurs.

---

Alain BERNARD que la coopération de l'individu avec le milieu scientifique doit être l'aboutissement d'un acte de pure volonté. A. BERNARD, *loc. cit.*, note 10, 185.

<sup>408</sup> J.-P. BAUD, *op. cit.*, note 91, pp. 22-25.

<sup>409</sup> Un patient dans la situation de John Moore pourrait certes, en droit positif français, songer à engager une poursuite en responsabilité civile contre le médecin qui, sans sa permission, se serait servi de ses cellules à des fins personnelles de recherche. La compensation qu'il pourrait espérer recevoir, fait toutefois observer M. BAUD, serait notablement moins élevée que la participation dans les profits à laquelle il aurait eu droit, s'il avait pu brandir les règles de la propriété. *Id.*, pp. 24 et 25.

<sup>410</sup> *Id.*, p. 25.

<sup>411</sup> X. LABBEE, *op. cit.*, note 79, pp. 272 et 273; M. HARICHAUX, *loc. cit.*, note 141, 136 et 140. Il faut néanmoins mentionner que si Mme HARICHAUX soumet d'emblée les résidus organiques au droit des biens, la juriste tempère son option face au matériel destiné à la procréation. Étant donné leur utilité pour la continuité de la vie, il y aurait lieu, selon elle, de regrouper les substances reproductrices dans une catégorie spécifique (*id.*, 135).

<sup>412</sup> Voir *supra*, section 2.2.2, pour une plus ample présentation de ce régime.

Jean-Christophe GALLOUX compte parmi les autres adeptes de ce courant matérialiste. La transposition du paradigme de la propriété à la relation qu'entretiennent le corps et la personne ne l'inquiète ni ne lui répugne. M. GALLOUX voit dans l'amélioration des mécanismes de l'appropriation privée, plutôt que dans l'édification d'un système de gestion publique des ressources corporelles, le moyen de résoudre les difficultés décelées dans la pratique contractuelle nord-américaine ayant trait aux biotechnologies<sup>413</sup>. Ces lacunes seraient imputables à l'imprécision caractérisant les droits des parties. Ainsi, afin de sauvegarder l'exclusivité et l'intimité du lien qui unit la personne à son corps, le juriste propose-t-il d'inclure, dans le formulaire de consentement aux soins, une disposition grâce à laquelle le patient pourrait faire explicitement connaître son intention de livrer ou non ses tissus à la science<sup>414</sup>. Loin de mettre en péril la symbiose corps-sujet, la figure de la propriété contribuerait à sceller cette unité et se dresserait comme un obstacle à la dépersonnalisation des corps opérée par les biotechniques<sup>415</sup>. Conformément à la théorie de l'affectation des composantes corporelles à la personne<sup>416</sup>, le transfert de la propriété des déchets biomédicaux ne serait en fait possible qu'avec l'autorisation expresse du patient. Parlant du matériel génétique humain, M. GALLOUX soutient que *[l']attachement de la personne à son hérédité [...] la dote de la licence d'agir sur le monde matériel que constitue le corps*<sup>417</sup>.

Les recommandations de la mission dirigée par Jean-François MATTEI au législateur français abondent dans le même sens. Bien qu'ils gardent en veilleuse la conception classique du corps, M. MATTEI et ses collègues sont effectivement réceptifs à l'approche dualiste qui, peu à peu, se dégage de la doctrine<sup>418</sup>. Puisque les règlements concernant l'incinération des déchets d'hôpitaux ne seraient, suivant plusieurs témoignages concordants, *quasiment jamais* appliqués, ils suggéraient d'amender les projets de loi sur la bioéthique, en vue d'obliger les établissements de santé et leurs équipes à s'enquérir des vœux de leurs patients, avant de destiner ces reliquats à une exploitation commerciale<sup>419</sup>. Cette recommandation, nous l'aurons deviné, devait cependant demeurer lettre morte<sup>420</sup>.

---

<sup>413</sup> J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 88, 594 et 595.

<sup>414</sup> *Id.*, 590 et 596.

<sup>415</sup> J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 84, p. 253.

<sup>416</sup> Voir *supra*, pp. 42 et 43.

<sup>417</sup> J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 84, p. 254.

<sup>418</sup> Voir *supra*, p. 64.

<sup>419</sup> J.-F. MATTEI, *op. cit.*, note 137, p. 156.

<sup>420</sup> Voir *infra*, section 3.3.2.

Enfin, on ne saurait manquer de souligner l'engouement de Bertrand LEMENNICIER et de Noël MAZEN pour la philosophie libertaire. Si les projets de loi sur la bioéthique se sont - sur la question des déchets biomédicaux - heurtés aux commentaires de la mission les ayant étudiés, on se souviendra que les orientations annoncées par le Conseil d'État dans l'*Avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme* s'étaient auparavant attiré les foudres de M. LEMENNICIER<sup>421</sup>. Cet auteur est, de fait, un ardent défenseur des droits et libertés individuels. Il accuse l'État français de vouloir astucieusement substituer, par la réitération du principe de l'indisponibilité du corps humain, son propre code d'éthique à la morale personnelle des citoyens<sup>422</sup>. M. LEMENNICIER croit qu'il revient à chacun de juger de l'opportunité d'aliéner un produit corporel ou de se prêter aux nouvelles techniques mises au point par la science. Pour lui comme pour Noël MAZEN<sup>423</sup>, la proximité et la singularité qui marquent le rapport de la personne à son corps feraient de ce dernier un objet de propriété privée sur lequel seul le sujet aurait une emprise: *C'est parce que l'existence de l'individu ou de l'esprit incorporé dans cette machine biologique est unique et exclusive qu'il est insensé [...] d'attribuer ce droit de propriété privée à quelqu'un d'autre*<sup>424</sup>, de riposter M. LEMENNICIER au dirigisme imposé par le Conseil d'État. En s'immisçant dans l'usage que les citoyens peuvent faire de leur corps et des éléments qui le composent, le gouvernement français nourrirait une *vision esclavagiste de l'être humain*<sup>425</sup>.

Refuser à l'individu un droit de propriété sur son corps consisterait d'autre part à lui interdire l'accès à des conditions d'existence meilleures. La *privatisation* du corps - pour employer l'expression de M. LEMENNICIER -, laquelle emporterait la faculté pour l'individu de disposer de celui-ci à sa convenance, renfermerait en revanche la clé de son épanouissement<sup>426</sup>. M. LEMENNICIER insiste de plus sur les conséquences sociales bénéfiques de la reconnaissance d'un intérêt patrimonial dans le corps humain. La contrepartie pécuniaire qui pourrait être versée au patient en échange de ses tissus aurait,

---

<sup>421</sup> Voir *supra*, p. 41.

<sup>422</sup> B. LEMENNICIER, *loc. cit.*, note 81, 117 et 118.

<sup>423</sup> N. MAZEN, *loc. cit.*, note 85, 199.

<sup>424</sup> B. LEMENNICIER, *loc. cit.*, note 81, 116.

<sup>425</sup> *Id.*, 118.

<sup>426</sup> Le raisonnement de l'auteur sur la vente d'organes - en l'occurrence de reins - nous paraît très révélateur de sa pensée: *Empêcher un tel échange c'est sacrifier la vie de la personne astreinte à la dialyse, en lui refusant une possibilité d'améliorer son bien-être. C'est aussi empêcher celui qui renonce à son rein - un pauvre par exemple - de gagner sa vie en mettant en valeur la seule ressource dont il dispose: les éléments de son corps. Id.*, 113.

allègue-t-il, le mérite d'accroître la quantité de matériaux nécessaires à l'essor des biotechnologies et, partant, de sauver un plus grand nombre de vies humaines<sup>427</sup>.

Inutile de dire que cette montée du matérialisme en dérange plusieurs. Il aurait été illusoire de penser qu'après avoir traversé de longs fleuves tranquilles, la tradition juridique bâtie sur l'unité du corps et de la personne ait pu s'éteindre, sans que certaines voix ne s'élèvent. L'individualisme qui accompagne cette percée matérialiste a notamment inspiré à Bernard EDELMAN de sombres réflexions. Poussés à leur paroxysme, les droits subjectifs, pourtant voués à la protection de l'homme, menaceraient de mener ce dernier à sa perte, avertit l'auteur<sup>428</sup>. *Étrange paradoxe, de décrier M. EDELMAN, d'un droit qui se réalise en niant son propre fondement, à savoir la dignité humaine.*<sup>429</sup>

Édith DELEURY partage les mêmes angoisses. Il nous faut, selon elle, éviter le piège d'un libéralisme extrême où le moyen tue la fin et où le désir devient créateur de droits<sup>430</sup>. Jean-Louis BAUDOIN nous rappelle à ce propos que la fonction du droit en est une de médiation, d'arbitrage; cette discipline ne saurait, ainsi, se retrouver à la remorque des désirs individuels<sup>431</sup>. Le droit de chacun à l'autodétermination, estime pareillement Catherine LABRUSSE-RIOU, ne pourrait être exercé que dans le dessein de garantir l'intégrité et la dignité du sujet, dont participerait le corps<sup>432</sup>.

S'agissant des matières organiques enlevées dans le cadre de soins médicaux, le spectre d'un marché - au sein duquel les individus pourraient librement spéculer sur ces déchets corporels - ne présente sûrement pas des proportions aussi alarmantes. Mais à compter de l'instant où l'on accepte que s'installe ici un réseau d'échanges rémunérés, peut-on, en toute conscience, éluder l'hypothèse de dérapages? Le droit de monnayer un organe chirurgicalement sectionné du corps ne s'étendrait-il pas bientôt à l'ensemble des éléments corporels, que ceux-ci soient sains ou malades, utiles ou préjudiciables à la conservation de la personne? Quoique l'ordre public assume déjà un important rôle de surveillance, pourrait-on uniquement miser sur sa toute-puissance, afin d'endiguer les abus? Serait-ce là un gage suffisant de sécurité?

---

<sup>427</sup> *Id.*, 112 et 113.

<sup>428</sup> B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 20, 106 et 129.

<sup>429</sup> *Id.*, 129.

<sup>430</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 23, 159.

<sup>431</sup> Jean-Louis BAUDOIN, «Réflexions sur les rapports de la bioéthique et des droits fondamentaux», dans G. LAFRANCE (dir.), *op. cit.*, note 23, p. 147, à la page 152.

<sup>432</sup> C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 8, 23 et 24.

D'un autre côté, le facteur économique, sous l'impulsion duquel se développent les biotechnologies, ne saurait être pour autant négligé. Le virage économique que le secteur biomédical a effectué ne peut qu'entraîner dans son sillage le démantèlement de la conception monolithique des libertés individuelles sur le corps qui, jusqu'à récemment, prévalait dans la doctrine. Il devait du reste polariser les positions exprimées par les auteurs. De fait, le respect de l'autonomie individuelle, qui se situe au carrefour des idéologies matérialiste et kantienne, se traduit dorénavant dans un langage complètement différent, suivant que l'on se réclame de l'une ou de l'autre de ces deux écoles. Cependant, entre le pouvoir - inhérent à la propriété - de disposer de son corps «de la manière la plus absolue qui soit» et l'impossibilité - décrétée par la théorie consacrant la fusion du corps et de l'esprit - de transférer ses produits corporels contre rémunération, n'y aurait-il pas matière à compromis?

Au milieu de la tourmente et des dissensions qui déchirent la doctrine, la juriste canadienne Joan M. GILMOUR fournit à ce sujet une réponse des plus intéressantes, capable à notre sens d'allier les exigences relatives à la protection de la personne et celles désormais reliées à la satisfaction des instincts économiques du patient<sup>433</sup>. Mme GILMOUR perçoit la propriété et son cortège de prérogatives comme une arme à double tranchant. Si ces outils nous semblent *a priori* les plus adéquats pour ériger le corps en une forteresse impénétrable exclusive au sujet, la «mise à prix» des tissus corporels pourrait paver la voie au trafic d'organes et, ce faisant, entacher la dignité humaine<sup>434</sup>. La marge qui sépare la jouissance, par l'individu, de son corps et l'exploitation de ce dernier à l'avantage d'autrui serait dans les circonstances très mince. L'étendue du contrôle rattaché à la propriété - dont on aurait beaucoup de mal à conjurer les effets pervers - risquerait, en d'autres mots, de saper la confiance au départ accordée à cette institution, en ce qui regarde le maintien de l'intégrité de la personne. Néanmoins, Mme GILMOUR est, à l'instar de son homologue américain K. Peter RITTER, parfaitement consciente du fait que les perspectives économiques sur lesquelles s'ouvre la recherche biomédicale en constituent le moteur. *Undoubtedly, beneficial products have resulted, but the motive for their production and distribution is not solely or even primarily altruistic*<sup>435</sup>, écrit-elle. La juriste dénonce par ailleurs l'aberration suivante:

---

<sup>433</sup> J. M. GILMOUR, *loc. cit.*, note 33, 113.

<sup>434</sup> *Id.*, 129 et suiv.

<sup>435</sup> *Id.*, 128.

*The researchers and drug companies can own the cell line and control what others do with it and Moore cannot; they can even own the cells of his body and control what others can do with them and he cannot. Somehow, this does not sit well.*<sup>436</sup>

Mme GILMOUR jette la pierre aux juges majoritaires de la Cour suprême de la Californie qui, à l'occasion du procès *Moore*, ne devaient se concentrer que sur un côté de la médaille, laissant pour compte le patient. En niant l'existence d'un droit de propriété individuel dans les résidus anatomiques humains, la sentence de la Cour aurait pour seule conséquence d'exclure le patient du marché; elle n'obvierait nullement à la réalité, qui veut que les produits d'origine corporelle aient acquis une valeur pécuniaire<sup>437</sup>. Bref, elle n'affecterait en rien le pouvoir que s'est arrogé l'industrie pharmaceutique d'empocher les recettes amassées dans le contexte de la commercialisation de ces substances.

Pour l'auteure, la nouveauté des problèmes suscités par les biotechnologies appellerait des solutions inédites. Mme GILMOUR commente élogieusement l'approche sur laquelle le législateur ontarien s'est aligné dans l'élaboration du *Human Tissue Gift Act*<sup>438</sup>. Cette loi, note-t-elle, pourvoit à l'énumération de pouvoirs apparentés à la propriété - tels le droit d'aliéner un organe ou de ne pas y consentir, de dicter le mode d'utilisation et la destination des éléments éventuellement prélevés sur son corps, etc. -, sans toutefois les cataloguer. En ce qu'elle place l'individu sensiblement dans la même peau que le titulaire d'un droit de propriété tout en palliant au lot d'inconvénients que comporterait celle-ci, son rayonnement pourrait être avantageusement élargi aux déchets biomédicaux<sup>439</sup>. Outre les prérogatives octroyées au patient, pourraient être alors énoncées les modalités auxquelles devrait obéir la compensation financière payée à ce dernier pour sa contribution à l'expansion des biotechniques.

### **Quid des embryons surnuméraires**

Malgré que la volonté du sujet forme, au titre de la disposition des résidus corporels, le levier de la plupart des politiques tracées par les auteurs français, québécois et canadiens - d'allégeance kantienne ou matérialiste -, cette propension individualiste, plus ou moins avouée, ressort en général avec beaucoup plus d'acuité, dès que le sort d'embryons

---

<sup>436</sup> *Id.*, 128 et 129.

<sup>437</sup> *Id.*, 133.

<sup>438</sup> R.S.O., 1990, c. H-20.

<sup>439</sup> J. M. GILMOUR, *loc. cit.*, note 33, 136 et suiv.

sumuméraires est en jeu. Tandis que l'histoire de John Moore - et de tous ces patients dont les tissus continuent d'être dirigés vers les laboratoires de recherche sans qu'on ne leur en souffle mot - n'a guère réussi à émouvoir le législateur français, celui-ci devait faire volte-face dans le dossier couvrant la procréation médicalement assistée. Conformément aux nouveaux articles L. 152-3, L. 152-4 et L. 152-8 du code de la santé publique<sup>440</sup>, la production d'oeufs excédentaires, le transfert d'embryons à un couple tiers et l'expérimentation sur ce matériel génétique sont effectivement soumis à la discrétion des géniteurs.

Au Canada, la Commission de réforme du droit recommande également de déléguer l'autorité sur les embryons *in vitro* aux donneurs de gamètes. La «parenté» biologique déterminerait qui aurait la main haute sur ces entités<sup>441</sup>. L'autorité à l'égard du zygote «cryoconservé» ne serait donc dévolue aux cliniques de fertilité que dans le cas où celui-ci serait, au plan génétique, entièrement étranger au couple - pensons par exemple à l'embryon conçu grâce à un don de sperme et d'ovule. Abstraction faite de cette situation somme toute exceptionnelle, les participants à un programme de FIVETE auraient le choix de confier leurs embryons sumuméraires à la science ou à d'autres conjoints infertiles, ou encore de demander la destruction de ce matériel<sup>442</sup>. Bien qu'elle prenne soin de ne pas définir la nature de ce contrôle, la Commission incite de surcroît les centres qui offrent ce type de programme à amener leurs patients à consigner ces choix sur un formulaire, avant de mettre en branle le processus de fécondation *in vitro*<sup>443</sup>. La conclusion de ces ententes préviendrait les casse-tête et les tiraillements susceptibles de naître autour de l'avenir du zygote en état de congélation, dans l'hypothèse où surviendraient certains aléas (divorce ou séparation des géniteurs, décès prématuré de l'un d'eux, etc.).

La professeure Mireille D.-CASTELLI se joint aux membres de la Commission pour proclamer que la volonté des couples qui recourent à la FIVETE doit, à la condition qu'elle n'enfreigne pas l'obligation de respecter la vie humaine<sup>444</sup>, avoir priorité sur l'intérêt de la

---

<sup>440</sup> Ces modifications ont été introduites par la *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994* (précitée, note 113).

<sup>441</sup> COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 339, pp. 151 et 152.

<sup>442</sup> *Id.*, pp. 152 et 153.

<sup>443</sup> *Id.*, p. 151.

<sup>444</sup> M. D.-CASTELLI, *loc. cit.*, note 250, 20-22; 25 et 26. L'embryon ne saurait être livré aux fantaisies de tout un chacun, considère Mme CASTELLI. On ne pourrait lui faire subir de manipulations génétiques que dans le but de concourir à son propre mieux-être. Voir également en ce sens l'opinion du groupe d'étude sous la responsabilité de Jean-François MATTEI, qui suggérait au législateur de restreindre l'expérimentation sur le zygote aux interventions à visée thérapeutique - préalablement

nation, en ce qui concerne le traitement des oeufs non implantés. Mme CASTELLI s'insurge contre l'idée d'interpréter la décision d'un homme et d'une femme de faire l'essai de ce procédé comme équivalant à un abandon, en faveur du corps médical, des ovocytes ultérieurement fécondés<sup>445</sup>. S'il devait en être ainsi, déplore la juriste, seules les personnes prêtes à envisager que leurs embryons puissent faire l'objet de manipulations de la part des chercheurs oseraient se porter candidates à la FIVETE. Ceux qui désapprouvent ces pratiques n'auraient d'autre alternative que de renoncer à l'emploi de cette technique de reproduction, ce qui rendrait en quelque sorte discriminatoire l'administration de ce «remède» à l'infertilité. Selon la professeure CASTELLI, la liberté individuelle de conscience et de religion, scrupuleusement protégée par les Chartes, ne saurait être de cette façon bafouée au nom des idéaux que poursuivent les scientifiques.

Du point de vue des tenants, en France, du camp matérialiste, les géniteurs ne possèderaient rien de moins qu'un droit de propriété en leurs «embryons-éprouvettes». Au risque de nous répéter, citons une fois de plus la thèse débattue par Xavier LABBEE, en vertu de laquelle ils auraient, vis-à-vis de ces fruits de la fécondation porteurs d'une partie de leur hérédité, une mainmise encore plus forte que celle qu'un propriétaire peut habituellement exercer sur ses biens<sup>446</sup>. Noël MAZEN établit, quant à lui, une similitude entre les principes édictés en matière d'avortement et ceux qui devraient être formulés relativement à l'attribution du contrôle des oeufs congelés<sup>447</sup>. De même que le sort du zygote n'ayant pas franchi le premier trimestre de la gestation dépend de la femme qui l'abrite en son ventre, de même l'embryon surnuméraire devrait-il, dans l'esprit du civiliste, strictement relever de l'autorité de ses géniteurs.

Par contre, du côté des juristes qui voient en l'embryon un être distinct de ses auteurs biologiques, toute l'attention devrait être focalisée, non pas sur l'intérêt de ces derniers ou de la société, mais bien sur les droits fondamentaux de ce nouvel individu. L'équipe médicale appelée à superviser une FIVETE et le couple de qui proviennent les gamètes ne pourraient convenir par contrat d'une ligne de conduite à adopter - envers les zygotes subséquentement engendrés - qui soit conforme aux aspirations des uns et/ou des autres<sup>448</sup>.

---

autorisées par les couples -, donc de punir toute recherche à caractère *purement fondamental ou spéculatif*. J.-F. MATTEI, *op. cit.*, note 137, pp. 94 et 95.

<sup>445</sup> M. D.-CASTELLI, *id.*, 15-17.

<sup>446</sup> Voir *supra*, section 2.2.2.

<sup>447</sup> N. MAZEN, *loc. cit.*, note 85, 198.

<sup>448</sup> C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 271; G. RAYMOND, *loc. cit.*, note 245; C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 8, 26.

La filiation de l'enfant à naître à l'issue d'un don d'embryon échapperait notamment à toute négociation: elle serait indisponible. En fait, l'ordre généalogique ne saurait être transgressé, sauf au prix de sacrifices infligés aux générations futures. D'après Guy RAYMOND, l'accueil par des tiers des oeufs fécondés en trop ressortirait exclusivement au pouvoir judiciaire. On ne saurait non plus se rabattre sur les termes d'un contrat, lorsqu'il y a divergence de vues concernant la destination de ce matériel; il appartiendrait aux tribunaux de trancher à la lumière des valeurs cardinales de notre droit<sup>449</sup>.

La relation qui s'institue entre les donneurs de gamètes inscrits à un programme de FIVETE et les cliniques où est exécutée cette technique se résumerait en une aide à la procréation, précisent d'autre part M. RAYMOND et sa collègue Claire NEIRINCK<sup>450</sup>. Elle s'insérerait dans le cours normal des fonctions assumées par les professionnels de la santé. Aussi n'impliquerait-elle la transmission d'aucun pouvoir d'user d'embryons *in vitro* au personnel médical ayant rendu possible la conception de ceux-ci. Les géniteurs, non plus que les médecins, n'auraient d'ailleurs voix au chapitre de la disposition de ce matériel<sup>451</sup>. L'intérêt de l'embryon serait, pour les sympathisants de cette philosophie, l'unique fil conducteur qui aboutisse à des scénarios acceptables, à l'heure d'arrêter les grandes orientations ayant trait au devenir des milliers de zygotes congelés présentement en transit.

Pour compléter ce tour d'horizon de la doctrine française, québécoise et canadienne, il nous faut mentionner que les droits de la personne - que l'on parle du patient ayant subi l'ablation d'un tissu, des conjoints engagés dans une FIVETE ou de l'embryon qui trouve refuge dans une éprouvette - sont au centre des priorités des auteurs. La vague matérialiste qui a commencé à déferler sur la France n'a pas englouti ces prétentions individualistes: elle se prolonge en elles. Ainsi les droits subjectifs sont-ils, en définitive, un lieu de raccordement entre la morale kantienne, sur le modèle de laquelle notre culture juridique a été traditionnellement ciselée, et la pensée matérialiste, qui tend aujourd'hui à s'introduire dans ce panorama.

---

<sup>449</sup> G. RAYMOND, *id.*

<sup>450</sup> *Ibid.*; C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 271. À notre grand étonnement, Claire NEIRINCK, qui a l'habitude de s'indigner devant tout ce qui a apparence de réification de l'embryon, décrit cette relation en faisant allusion au contrat d'entreprise. Après avoir accompli son travail, l'entrepreneur doit rendre la chose, qu'il aura soigneusement conservée, au maître d'oeuvre, signale-t-elle.

<sup>451</sup> Voir entre autres C. NEIRINCK, *id.* L'auteure juge inadmissible de déférer aux couples l'*abusus*, à savoir la faculté de disposer comme ils l'entendent - voire d'ordonner la destruction - des produits qui émanent d'une FIV.

### **3.3. Les tissus humains, matières premières au service de la collectivité**

Pendant que d'aucuns décrètent pleins feux sur les droits subjectifs, les biotechnologies viennent, pour d'autres, assombrir cette fresque. Le rêve égalitariste sort de la pénombre; par ailleurs, réapparaissent des lueurs utilitaristes. Nous tenterons, dans les pages qui suivent, d'examiner l'envergure de ces phénomènes.

#### **3.3.1. Les manifestations, aux États-Unis, de l'héritage utilitariste anglo-saxon**

Si la *common law* américaine a l'enviable réputation d'être un foyer de prédilection où foisonnent les libertés individuelles, ce climat favorable à l'éclosion des idées libertaires peut se voir perturbé, lorsqu'il est confronté aux pressions des chercheurs. Tandis qu'en France, «matérialisme» rime généralement avec «individualisme», ce concept se conjugue le plus souvent, aux États-Unis, avec celui d'utilitarisme social. Aussitôt coupées de la personne, les composantes du corps épousent la qualité de matériaux, que l'on peut collectivement s'approprier.

Jennifer LAVOIE et Christopher HEYER font partie de cette lignée d'auteurs ayant l'ultime conviction qu'il faut, socialement, se montrer solidaires des scientifiques et de tous ceux qui mettent leurs énergies à fabriquer des produits thérapeutiques révolutionnaires, indispensables au combat que l'homme mène contre la maladie. Selon leur appréciation de la situation, on ne saurait, sous prétexte de mieux défendre les droits individuels, bloquer de quelque manière l'acheminement des déchets biomédicaux vers les laboratoires de recherche et les firmes intéressées par la transformation de ces substances<sup>452</sup>. Le raisonnement des deux juristes est coulé dans une analyse - pour le moins terre à terre - mesurant les avantages de la proclamation d'un intérêt patrimonial du patient dans ses résidus corporels et les coûts, eu égard à la santé de l'ensemble de la population, potentiellement engendrés par une telle initiative. Le montant que les intervenants du secteur des biotechnologies devraient, dans cette conjoncture, défrayer pour s'approvisionner en matières premières serait, suivant l'estimation de Mme LAVOIE et de M.

---

<sup>452</sup> Pendant que K. Peter RITTER blâme la Cour suprême de la Californie d'avoir manqué de compassion envers John Moore (*supra*, p. 105), M. HEYER fait exactement grief du contraire à la Cour d'appel: *In the case at bar, the majority gave inadequate consideration to the possible negative effects their decision would have on society. By focusing on the rights of a single individual, the court disregarded the interests of society as a whole*, lance-t-il. C. HEYER, *loc. cit.*, note 37, 656.

HEYER, de nature à décourager l'exploitation de ce créneau<sup>453</sup>. Le droit du patient de négocier un prix pour ses tissus malades pourrait dégénérer en d'interminables pourparlers, ce qui retarderait les découvertes et l'entrée sur le marché de médicaments fort attendus dans le but de traiter certaines affections, renchérissent les auteurs<sup>454</sup>. Tous les patients paieraient, en fin de compte, la note qui résulterait de l'augmentation des coûts de fabrication de ces produits et de la lenteur de la science à enrayer ces fléaux. Il y aurait, réciproquement, parfaite concordance entre le bien commun et l'essor des biotechniques. Malgré que son intention ne soit pas d'étouffer la volonté individuelle - même si celle-ci devait s'objecter au retraitement des déchets opératoires -<sup>455</sup>, Mme LAVOIE considérerait injuste que le patient, qui ne souffre aucunement de la conversion des tissus infects dont on l'a débarrassé, puisse, sur la base de motifs économiques, priver la collectivité de substances curatives aussi précieuses. Voici ce qu'elle affirme à ce propos:

*True, some researchers stand to make healthy profits from new cell lines, The biggest beneficiary from any breakthrough, however, is society at large. Certainly, the patient is no worse off if her organ is productively utilized, and society is better off.*<sup>456</sup>

M. HEYER est, pour sa part, nettement plus radical dans ses positions. Silence et parcimonie s'ajouteraient aux consignes qui devraient être observées à l'endroit du patient, afin de ne pas freiner les élans, l'ardeur et la curiosité des chercheurs<sup>457</sup>. En effet, il ne suffirait pas de refouler tout intérêt économique du malade; il faudrait, au surplus, limiter au maximum l'information qui lui est divulguée, quant à la direction que prendront ses cellules à leur sortie de la salle de prélèvement, de même que les circonstances où son assentiment sera requis. La consultation de la personne, au sujet d'un éventuel usage scientifique ou commercial des éléments à être amputés de son corps, pourrait, allègue M. HEYER, faire dévier son consentement de l'aspect proprement thérapeutique de l'intervention proposée, pour canaliser son attention vers des préoccupations financières<sup>458</sup>. L'appât du gain pourrait, autrement dit, venir sérieusement altérer le consentement aux soins et conduire un

<sup>453</sup> C. HEYER, *id.*, 655; J. LAVOIE, *loc. cit.*, note 123, 1381-1384.

<sup>454</sup> C. HEYER, *id.*, 655 et 660; J. LAVOIE, *id.*, 1383.

<sup>455</sup> Aux yeux de Mme LAVOIE, le médecin oeuvrant par ailleurs dans le domaine de la recherche aurait le devoir de communiquer à son malade l'utilisation qu'il projette de faire des matières corporelles extraites lors d'un acte chirurgical. J. LAVOIE, *id.*, 1391 et 1392.

<sup>456</sup> *Id.*, 1393.

<sup>457</sup> C. HEYER, *loc. cit.*, note 37, 659-662.

<sup>458</sup> *Id.*, 660 et 661.

individu à accepter un traitement, sans en évaluer objectivement toutes les conséquences possibles sur sa santé.

L'attitude que prône M. HEYER est fidèle aux conseils prodigués à l'occasion d'un symposium spécialement organisé par l'*American Federation for Clinical Research* sur la récupération des déchets d'hôpitaux. Dans la mesure où un individu ne court aucun risque physique additionnel du fait que ses tissus soient scrutés, manipulés et gagnent l'industrie, le personnel hospitalier n'aurait pas à solliciter son accord à cet effet, soutient l'avocat Allan B. WAGNER<sup>459</sup>. D'après le praticien, la *doctrine of informed consent*, comme la désigne la *common law*, se soucierait essentiellement du bien-être du patient. Avant d'astreindre les médecins-chercheurs au devoir de tâter le pouls du malade préalablement à l'obtention de ses résidus corporels, il conviendrait d'en peser le pour et le contre aux plans individuel et collectif. M. WAGNER doute que la personne dont on se serait emparé des déchets anatomiques sans permission soit à ce point malmenée qu'il faille changer l'ordre des choses et compromettre les défis de la science<sup>460</sup>.

Cette opinion juridique a évidemment de quoi plaire au monde médical. Elle devait être chaudement applaudie par le Dr Leon E. ROSENBERG, pareillement invité à prendre la parole au congrès de l'*American Federation for Clinical Research*. De l'avis de l'illustre spécialiste, le génie biomédical doit, pour le plus grand bien de l'humanité, continuer à dominer la prodigieuse escalade de l'homme vers la maîtrise de son corps. Les doléances du patient, qui ne peut recevoir, ne serait-ce qu'un sou, des argents provenant de la commercialisation de ses substances corporelles, ne sauraient, clame le Dr ROSENBERG, nuire aux avancées de la recherche<sup>461</sup>:

*The current opportunities for understanding human biology in fundamental terms, and for using that information to promote health and cure disease are truly enormous. Clinical investigators can and must remain at the forefront of this surge for the good of science and society.*<sup>462</sup>

---

<sup>459</sup> Allen B. WAGNER, «The Legal Impact of Patient Materials Used for Product Development in the Biomedical Industry», (1985) 33 *Clinical Research* 444, 446.

<sup>460</sup> *Id.*, 447.

<sup>461</sup> Les protocoles régissant l'expérimentation sur les cellules humaines - contenus dans les documents signés par le patient - devraient, prétend le Dr ROSENBERG, faire clairement état de l'exclusion de ce dernier du partage des revenus encaissés grâce à l'emploi de son matériel génétique. Leon E. ROSENBERG, «Using Patient Materials for Product Development: A Dean's Perspective», (1985) 33 *Clinical Research* 452, 453.

<sup>462</sup> *Id.*, 454.

Encore que ces relents purement utilitaristes demeurent plutôt rares, on peut, sur ce, conclure que ceux qui travaillent au développement des biotechnologies jouissent, auprès des juristes américains, d'appuis quasi inconditionnels.

### **3.3.2. L'amorce, en droit français, d'une socialisation du corps humain**

Ainsi que nous l'avons déjà constaté, le respect de la volonté individuelle sert de pivot à l'argumentation de la majorité des auteurs français, en ce qui regarde la disposition des produits de source corporelle. Or, il appert que le législateur a, en France, fait faux bond à la doctrine, pour se laisser séduire par la thèse utilitariste venue des pays anglo-saxons. En dépit des attentes de la communauté juridique, le nouvel article L. 672-1 du code de la santé publique excepte les déchets opératoires et le placenta de la règle subordonnant le don et l'utilisation des éléments du corps à l'acquiescement du sujet. Qui plus est, parmi les quelques dispositions qu'il leur rend, en revanche, applicables, figure celle prescrivant la gratuité des échanges de tissus humains<sup>463</sup>. Suivant cette logique, les résidus organiques sont donc regroupés en une masse indifférenciée de matériaux que les chercheurs peuvent de leur chef - et dans l'ultime intérêt de la société - s'approprier en vue de combler leurs besoins.

À la veille de la promulgation des lois du 29 juillet 1994 sur la bioéthique, il était certes hors de question, à moins de faire preuve d'une audace déconcertante, de départir la personne de tout pouvoir décisionnel par rapport aux actes posés sur le corps - ou l'une de ses parties. La rupture entre le passé, pétri à même la philosophie kantienne, et le présent aurait alors été trop brutale. Cependant, l'on pouvait facilement imaginer que le législateur serait incapable de résister à la tentation de saisir l'occasion qui lui était ici offerte d'attirer vers le domaine public - comme il l'avait d'abord fait, en 1976, avec les cadavres - ces matériaux tout aussi utiles à la médecine que sont les tissus prélevés au cours d'exérèses.

---

<sup>463</sup> Voir l'article L. 665-13 du code de la santé publique. Les articles L. 665-12, L. 665-14 et L. 665-15 de la même loi, qui se rapportent respectivement à l'interdiction de la publicité sur les cessions d'éléments corporels, à l'anonymat de ces transferts et au contrôle sanitaire des échantillons collectés, complètent principalement cette liste.

L'avis émis par le Comité national d'éthique, le 24 février 1987<sup>464</sup>, était entre autres annonciateur de cet «heureux» mariage de la science et du droit, auquel on assiste maintenant. Pour les membres du Comité, à peu près toutes les raisons de laisser le champ libre aux biotechnologies seraient, en réalité, bonnes. Si les interdits et les fantasmes jusqu'à ce jour entretenus vis-à-vis du corps resurgissent, quand le but de l'opération est strictement commercial, ces réticences morales au passage des composantes corporelles de la personne au dédale du marché soudainement s'estompent à l'égard des déchets biomédicaux<sup>465</sup>. Au contact des chercheurs, ces substances perdraient leur caractère personnel ou humain; ces derniers posséderaient curieusement le pouvoir de les désacraliser<sup>466</sup>. C'est pourquoi le fait d'exiger le consentement exprès du malade au transfert de ses tissus à la science serait-il *constitutif d'un obstacle inutile à la recherche*<sup>467</sup>. La fin, à savoir l'amélioration de la qualité de vie des citoyens par la quête de nouveaux médicaments, justifierait de plus les moyens en l'espèce recommandés.

Ce penchant utilitariste, qui devait donner le ton aux lois de juillet 1994, n'est pas isolé. Les juristes GROMB et SOUTOUL, par exemple, se dissocient du courant individualiste prépondérant chez leurs collègues français<sup>468</sup>. Quoique la femme exprimant son désir de garder son placenta<sup>469</sup> soit titulaire d'un *droit de préemption*, l'obstétricien n'aurait pas, en l'absence d'une volonté explicite en ce sens, à briser ce silence en interrogeant sa patiente sur ses préférences concernant la destination de ce déchet d'accouchement, de déclarer les deux auteurs<sup>470</sup>. Parce que le placenta est naturellement - et inévitablement - éjecté de l'utérus dans les minutes qui succèdent à l'expulsion du fœtus, pareil comportement ne saurait être taxé d'affront à la personne et à sa dignité<sup>471</sup>. Messieurs GROMB et SOUTOUL

---

<sup>464</sup> COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, *loc. cit.*, note 123.

<sup>465</sup> Les membres du Comité sont effectivement horrifiés devant la perspective d'autoriser l'excision, puis la transmutation, de matières corporelles en dehors de toute finalité médicale: *La finalité diagnostique ou thérapeutique permet de rendre tolérable l'aspect commercial du processus. Dès lors que cet aspect deviendrait exclusif, toute justification de l'utilisation de produits du corps humain disparaîtrait*, professent-ils. *Id.*, 19.

<sup>466</sup> La cellule, dans son état primitif, se distinguerait des produits pharmaceutiques qui en sont dérivés, lesquels pourraient être vendus. *Id.*, 18 et 19.

<sup>467</sup> *Id.*, 19.

<sup>468</sup> M. GROMB occupe la fonction de médecin-légiste et M. SOUTOUL celle de professeur de gynécologie-obstétrique. Leurs liens avec la profession médicale expliquent vraisemblablement l'attitude libérale dont ils témoignent à l'endroit de leurs pairs.

<sup>469</sup> Il serait depuis peu «à la mode» de récupérer le placenta pour ses propriétés en homéopathie. S. GROMB et Jean-Henri SOUTOUL, «Régime juridique et considérations éthiques relatifs au placenta humain», *Journal de Médecine Légale Droit Médical* 1994, T. 37, No 2, 107, 110.

<sup>470</sup> *Id.*, 110 et 111.

<sup>471</sup> *Id.*, 109 et 110.

privilégient, par conséquent, les impératifs d'utilité sociale au droit de la femme de s'interposer dans les mécanismes d'appropriation de ce reliquat organique. Ils vont jusqu'à vanter les vertus des cosmétiques préparés à partir de résidus anatomiques humains:

*[...] il ne faut pas oublier que la cosmétologie, née en 1930, peut être considérée comme une thérapeutique de la laideur et que les états de mal être existentiel sont très coûteux pour la société en termes de journées de travail perdues, petite délinquance, conduite semi-suicidaire (intoxications, accidents) et autres gaspillages de médecine lourde pour des malaises psychosomatiques.<sup>472</sup>*

Les deux juristes viennent grossir les rangs de ceux qui souscrivent à une vision de la nature en tant que réceptacle de ressources dans lequel les scientifiques du monde entier, chargés d'une mission commune, pourraient puiser<sup>473</sup>.

Cette représentation du vivant a, d'autre part, inspiré l'approche de Gérard CORNU et de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI face au patrimoine génétique de l'homme. Dans le cadre de cette approche, les gamètes ou les embryons qui cessent d'être affectés au projet parental d'un couple seraient, l'avons-nous mentionné précédemment, immédiatement intégrés à un fonds commun à l'usage de la collectivité<sup>474</sup>. À la différence de Mme RUBELLIN-DEVICHI, qui s'en remettrait à la conscience et au bon jugement des chercheurs pour gérer cet ensemble, le professeur CORNU n'a toutefois pas la certitude qu'il faille déléguer à ceux-ci cette délicate responsabilité<sup>475</sup>. Il se démarque, sous ce rapport, de la mentalité utilitariste, basée sur une méthode de calcul se bornant à comparer les coûts aux avantages pratiques des choix sociaux à effectuer. À vrai dire, M. CORNU semble surtout avoir en tête la création de ce que l'on pourrait nommer une fiducie, dont la vocation serait de préserver le capital enfoui dans les substances reproductrices humaines en vue de la perpétuation de l'espèce. Il en irait, selon lui, de la survie de l'homme que ce matériel reste à l'abri de mains importunes<sup>476</sup>. Bien que le civiliste ne se soit pas comme tel aventuré sur le terrain de l'assignation du matériel génétique à des fins expérimentales, on peut retirer de son exposé que la constitution de banques de cellules germinales ou d'embryons doit, pour être légitimement

---

<sup>472</sup> *Id.*, 112.

<sup>473</sup> *Ibid.*

<sup>474</sup> Voir *supra*, pp. 47 à 49.

<sup>475</sup> G. CORNU, *loc. cit.*, note 43, 466.

<sup>476</sup> C'est là, croyons-nous, le message qu'il faut saisir, lorsque M. CORNU postule que [i]a *potentialité de ces forces pour la perpétuation de l'espèce les place au-dessus de la volonté de celui qui ne les investit pas dans sa propre descendance. Id.*, 464.

sanctionnée, servir une noble cause. À l'instar des stocks de sang détenus par la Croix-Rouge, la semence emmagasinée dans les banques de sperme ou d'ovules devrait avant tout permettre de réaliser des dons de vie<sup>477</sup>.

Plus récemment, dans cette instance<sup>478</sup> où une veuve réclamait l'implantation - consécutivement au décès de son mari - de deux zygotes *in vitro*, le Tribunal de grande instance de Rennes devait accrédi-ter la thèse de la prééminence des droits des CECOS, à l'égard des embryons en leur possession, sur ceux des géniteurs. Il est vrai que le contrat entre les parties stipulait, en l'occurrence, que le couple devait réitérer son engagement à devenir parents, juste avant le transfert des oeufs dans l'utérus de la femme, pour que cette opération puisse être exécutée, formalité qui, pour les raisons que l'on connaît, avait été impossible de remplir. Étant donné la polémique déclenchée par la procréation *post mortem* dans l'opinion publique, le Tribunal ne pouvait rater la chance de sauter à pieds joints sur cette clause, afin de repousser l'embarrassante demande qui lui était adressée. Mais indépendamment des termes de la convention dont les géniteurs et le CECOS étaient signataires, il devait confortablement asseoir la position de ce dernier. Pourvu qu'elles n'attendent pas à la vie des embryons, ces cliniques pourraient, s'il n'en tenait qu'aux magistrats, déployer une gamme presque illimitée de prérogatives<sup>479</sup>. Aussi a-t-on l'impression que, dans le dessein de mater l'autorité de la veuve demanderesse, la Cour a, en quelque sorte, troqué la personnalité du zygote contre un statut indéfini<sup>480</sup> le faisant tomber sous le joug du corps médical.

Qu'il en plaise ou non aux fidèles partisans du kantisme, force est finalement d'admettre que l'utilitarisme ne peut désormais plus être dépeint comme une école philosophique typiquement anglo-saxonne. Il est des juristes qui, de concert avec le législateur, ont importé en France cette doctrine. Même si ces clins d'oeil à la science, parfois discrets, se noient pour l'instant dans une imposante marée spiritualiste, le phénomène mérite, à notre avis, qu'on s'y attarde, d'autant que le législateur en est l'un des principaux instigateurs. Tout le temps que le droit met à intervenir en matière de bioéthique nous paraît en fait l'enfermer dans un dilemme et réduire substantiellement sa marge de manoeuvre: devant les prodigieuses percées de la médecine, celui-ci peut-il vraiment faire marche arrière, au risque de s'aliéner la communauté scientifique et les géants de l'industrie pharmaceutique?

---

<sup>477</sup> *Id.*, 465 et 466.

<sup>478</sup> Trib. gr. inst. Rennes, précité, note 298 (commenté à *supra*, pp. 81 et 82).

<sup>479</sup> Voir *supra*, note 300.

<sup>480</sup> Voir *supra*, p. 82.

Ne doit-il pas plutôt, à ce stade, courber l'échine en adoptant une attitude plus pragmatique?

### **3.4. L'ébauche de solutions conciliatrices des intérêts individuels et du bien commun**

Plusieurs juristes renoncent à toute tentative de damer le pion, que ce soit aux adeptes de l'individualisme, au clan égalitariste ou utilitariste. Il n'est pas dans leur intention de battre en retraite au chapitre des droits subjectifs, non plus que de déclarer la guerre à la science et à la bio-industrie. Voici donc les principales solutions qu'ils apportent dans l'espoir de concilier le droit, imbu de sentiments personnalistes, et les impératifs sociaux sous-jacents au développement de la médecine.

#### **3.4.1. Les schémas élaborés dans la *common law***

##### **3.4.1.1. La consécration de la théorie du «consentement éclairé» (*Informed consent doctrine*)**

Le droit américain, plus particulièrement, évolue dans un paysage politico-économique à la fois caractérisé par la suprématie des libertés individuelles et la présence marquée du secteur de la biotechnique. En ce qu'elle s'accompagne d'intérêts patrimoniaux susceptibles de gêner l'activité économique et scientifique, la propriété est, dans ce contexte, souvent placée au banc des accusés, au moment de déterminer la nature des droits qu'un patient peut faire valoir sur ses résidus corporels. Néanmoins, rares sont les juristes résolus à sacrifier l'autonomie de la personne pour prêter main-forte à la science. C'est ainsi que la théorie du consentement éclairé - *informed consent doctrine* -, qui procède du devoir fiduciaire du médecin à l'endroit de son patient, rassemble un noyau somme toute considérable d'auteurs<sup>481</sup>.

En vertu de cette conception, un médecin aurait l'obligation de dévoiler à son patient, lequel met en lui sa pleine confiance, toute information propre à influencer la décision de ce

---

<sup>481</sup> H. R. BERGMAN, *loc. cit.*, note 37, 142-145; T. WELLS, *loc. cit.*, note 48, 379 et 380; Diana BRAHAMS, «Does Society Have a Claim on My Body? Legally? Morally?», dans David J. ROY, Brian E. WYNNE et R. W. OLD (dir.), *Bioscience Society*, Toronto, John Wiley & Sons, 1991, p. 27, à la page 34; R. W. MARUSYK et M. S. SWAIN, *loc. cit.*, note 76, 377 et 378.

demier d'entreprendre ou non un traitement. Or, l'attrait que certains tissus humains peuvent représenter pour un clinicien concurremment versé dans la recherche serait, dans cette perspective, un élément de nature à troubler le jugement de ce professionnel de la santé et qui, partant, devrait être notifié au malade. Au fait de cette situation de conflit d'intérêts, le patient pourrait s'assurer, auprès d'un autre spécialiste, de l'opportunité de la démarche thérapeutique envisagée, et même préférer changer de médecin. L'individu dont la confiance aurait été trahie disposerait d'un recours personnel contre le praticien ayant subtilisé ses tissus. L'action en revendication - *for conversion* - ne donnant droit à un propriétaire qu'à la valeur initiale du bien «déroqué» - laquelle serait minime, dans le cas de substances cancéreuses -, ce recours, nous diront Randy W. MARUSYK et Margaret S. SWAIN, se solderait par l'allocation d'indemnités plus élevées<sup>482</sup>.

Lors du procès *Moore*, la Cour suprême de la Californie a d'ailleurs fondé son arrêt sur la responsabilité du Dr Golde pour manquement à son devoir d'instruire M. Moore de l'usage projeté de ses cellules et des attributs de celles-ci: *Even if the splenectomy had a therapeutic purpose, it does not follow that Golde had no duty to disclose his additional research and economic interests*<sup>483</sup>, devait-elle formellement énoncer. En plus de conserver au sujet son intimité et son autonomie, cette obligation, qui incomberait au médecin traitant, de faire part de ses plans préalablement à l'obtention d'un consentement valable conférerait indirectement aux tiers un titre clair sur les échantillons corporels collectés en milieu hospitalier. Chercheurs et techniciens auraient, d'invoquer les magistrats, le loisir d'explorer et de manipuler ce matériel en toute quiétude. Le fait de ne plus être hantés par la peur d'être relancés par un patient mécontent de la tournure des événements les pousserait à aller de l'avant et rendrait les biotechnologies plus alléchantes pour les investisseurs, ce qui, en bout de ligne, profiterait à la collectivité. Dans l'optique de la Cour, le renforcement du devoir d'information du clinicien envers le malade ferait, en réalité, d'une pierre deux coups: *In contrast to the conversion theory, the fiduciary-duty and informed-consent theories protect the patient directly, without punishing innocent parties or creating disincentives to the conduct of socially beneficial research.*<sup>484</sup>

---

<sup>482</sup> R. W. MARUSYK et M. S. SWAIN, *id.*, 375 et 376. M. MARUSYK et Mme SWAIN souhaiteraient que la législation sur le droit d'auteur soit amendée de façon à ce que l'accord du patient au recueil de ses tissus devienne une condition à la brevetabilité des inventions nées du génie génétique.

<sup>483</sup> *Moore* (1990), précité, note 3, 486.

<sup>484</sup> *Id.*, 494.

Malgré que l'on se défende bien de reléguer les droits subjectifs au second plan, l'impact, sur la vie sociale et économique, des patterns embrassés par le droit est, dans la pensée des juristes de *common law*, d'une extrême importance. Outre le désenchantement des scientifiques et de l'industrie à l'égard du champ biomédical, l'alourdissement du fardeau fiscal des contribuables, qui supportent en majeure partie la recherche à but non lucratif, et la hausse des coûts de production des médicaments constituent encore ici des écueils sur lesquels se bute la propriété individuelle des déchets organiques humains<sup>485</sup>. Chez ceux qui se tournent vers l'*informed consent doctrine*, la concentration du pouvoir économique aux mains des chercheurs et des compagnies pharmaceutiques serait le prix à payer par la société, sur qui rejailliraient les découvertes de la médecine. Cette philosophie, entérinée par la Cour suprême de la Californie, illustre - on ne peut mieux - l'asservissement du droit par rapport aux biotechnologies, dont on s'évertue à ne pas décevoir les acteurs, ni plus ni moins perçus comme des héros sauveurs de l'humanité. La faculté réservée à ces derniers de rafler les recettes ou redevances tirées de la transformation et de la commercialisation du matériel génétique humain correspondrait à un juste retour des choses<sup>486</sup>. Il serait normal que ceux ayant fourni temps et efforts dans le but de développer de nouvelles thérapeutiques puissent absorber les dépenses encourues à cette fin et soient gratifiés.

#### 3.4.1.2. Le réaménagement des règles de la propriété intellectuelle

Tanya WELLS nous apporte, quant à elle, un point de vue différent. Si la société doit pouvoir compter sur la générosité et la compassion des patients, elle ne comprend pas pourquoi il n'y aurait pas lieu d'exiger de même des chercheurs. La juriste suggère donc une modification du régime de la propriété intellectuelle visant à forcer les titulaires de brevets à distribuer, à la recherche subventionnée, une portion substantielle des droits d'auteur sur les produits à base de cellules humaines<sup>487</sup>. Ainsi, les citoyens n'auraient plus

---

<sup>485</sup> Voir notamment H. R. BERGMAN, *loc. cit.*, note 37, 138 et 139; R. W. MARUSYK et M. S. SWAIN, *loc. cit.*, note 76, 373, 374 et 376.

<sup>486</sup> H. R. BERGMAN, *id.*, 141; R. W. MARUSYK et M. S. SWAIN, *id.*, 376 et 377; D. BRAHAMS, *loc. cit.*, note 481, 34.

<sup>487</sup> T. WELLS, *loc. cit.*, note 48, 380. Semblable proposition avait été auparavant formulée par Nancy E. FIELD. Craignant les ramifications de la décision de la Cour d'appel dans *Moore*, Mme FIELD recommandait au législateur que les chercheurs intéressés aux tissus foetaux - qui oeuvreraient au sein d'instituts chapeautés par l'État - ne soient rétribués que pour leur travail et que l'excédent de la valeur commerciale des procédés créés retourne à la recherche. Nancy E. FIELD, «Evolving Conceptualizations of Property: A Proposal to De-Commercialize the Value of Fetal Tissue», (1989) 99 *The Yale Law Journal* 169, 185.

le sentiment d'être bernés et exploités par le milieu biomédical, mais de coopérer, avec la science, à la promotion de l'intérêt général. Les uns, via la recherche subventionnée qui verrait ses coffres mieux garnis, et les autres, à qui reviendrait une fraction des gains, bénéficieraient des retombées économiques générées par les biotechnologies. Ce fractionnement des revenus, estime au surplus Mme WELLS, ne tuerait pas non plus l'enthousiasme que l'ingénierie génétique suscite: *Although the owner of the patent receives less than all the royalties, returns from the patent continue to stimulate the biotechnology market*<sup>488</sup>, d'affirmer l'auteure.

### 3.4.1.3. L'instauration du *right of commerciality*

Toutefois, pendant que d'aucuns sont persuadés que le devoir de transparence et de loyauté imposé aux médecins, les enjoignant de ne pas défier les directives du patient, procure à ce dernier une protection satisfaisante, certains jugent cette garantie insuffisante. Il y a bientôt dix ans, Roy HARDIMAN présentait par exemple, à travers ce qu'il devait baptiser le *right of commerciality*, une version tout à fait originale de la propriété, selon laquelle l'individu retiendrait un droit patrimonial non pas sur ses tissus, mais sur la valeur économique que ceux-ci pourraient acquérir<sup>489</sup>. C'est dire qu'un patient ne pourrait toucher une compensation financière que dans la mesure où ses cellules seraient entrées dans la confection d'un produit éprouvé et intégré au marché. L'objectif au coeur de la démarche de M. HARDIMAN consiste en fait à en arriver à un résultat qui soit équitable, tant pour la personne qui comble la science de ses matières corporelles que pour les promoteurs des biotechnologies, dont on ne saurait ralentir le pas.

Puisque les malades seraient, présume-t-on, tout aussi impatients que les chercheurs et les fabricants de voir les substances dérivées de leurs tissus pénétrer le marché, le *right of commerciality* n'entraverait pas le déroulement du processus<sup>490</sup>. La rédaction de contrats-types, à l'intérieur desquels serait fixée une contrepartie raisonnable, pourrait par ailleurs maintenir à un niveau acceptable les montants déboursés en échange des résidus corporels et éviter de longues et onéreuses négociations<sup>491</sup>. L'augmentation du coût des biothérapies, du reste légère, serait, prétend de plus M. HARDIMAN, contrebalancée par les

---

<sup>488</sup> T. WELLS, *id.*

<sup>489</sup> R. HARDIMAN, *loc. cit.*, note 48, 258 et suiv.

<sup>490</sup> *Id.*, 233.

<sup>491</sup> *Id.*, note 110, 230.

bienfaits ressentis dans la population si les citoyens qui prêtent leur concours à la science étaient traités équitablement<sup>492</sup>.

Alors que les scientifiques et les magnats de l'industrie s'enrichissent aux dépens des patients, le juriste s'explique mal le paternalisme de l'État, qui s'obstine à garder ces derniers en dehors des circuits de l'économie<sup>493</sup>. Certaines personnes, objecte-t-il, pratiquent pourtant des sports ou des métiers très dangereux - pensons simplement à la boxe ou au travail dans les mines - sans rencontrer d'interdiction. D'après M. HARDIMAN, l'individu ne saurait être davantage brimé dans l'exercice de son droit de disposer de ses déchets organiques moyennant une somme d'argent. L'ignorance des patients concernant le potentiel commercial que recèlent ces résidus n'éliminerait pas - loin de là - la possibilité que des corps soient mutilés dans l'unique intérêt des chercheurs, fait observer l'auteur. Bien au contraire, la connaissance de cet élément permettrait aux malades de poser un regard plus critique et de se former une opinion plus juste sur la réelle nécessité d'un traitement<sup>494</sup>. Suivant l'analyse de M. HARDIMAN, ceux qui lorgneraient du côté du profit au détriment de leur santé auraient à tout le moins pour consolation de ne pas sortir de cette expérience les poches vides:

*While the patient may well opt for a riskier procedure due to the potential for monetary gain, he or she at least will reap all reasonable benefits from the procedure. If rights are not recognized, the subtly biased advice of a physician pursuing personal pecuniary gain may well result in the use of a riskier procedure without financial rewards to the patient.*<sup>495</sup>

D'autre part, la confirmation d'un droit patrimonial dans les déchets biomédicaux aiderait la personne atteinte d'une maladie grave à donner un sens positif à cette épreuve. Elle accroîtrait du même coup les ressources biologiques désormais essentielles à la médecine<sup>496</sup>.

Enfin, le *right of commerciality* aurait, aux yeux de M. HARDIMAN, également ceci d'astucieux qu'il ne comporterait aucune charge supplémentaire pour les instituts de

---

<sup>492</sup> *Id.*, 231, 234 et 235.

<sup>493</sup> *Id.*, 239 et 340.

<sup>494</sup> *Id.*, 235.

<sup>495</sup> *Ibid.*

<sup>496</sup> *Id.*, 233-235.

recherche à but non lucratif, car, on le sait, il ne se réaliserait qu'à même les bénéfices<sup>497</sup>. En effet, ce principe ne saurait être interprété comme une barrière à l'utilisation scientifique des résidus anatomiques humains, ni comme une abdication du bien commun devant des intérêts privés. Il tendrait exclusivement à faire régner la justice, quand biotechnologies et industrie s'entremêlent.

George J. ANNAS penche vers ce même type d'arrangement. Il est d'opinion que l'attribution d'un droit de propriété à l'individu sur ses substances organiques résiduelles jetterait de l'huile sur le feu, en attisant la rivalité «économique» entre les représentants du domaine biomédical et les patients<sup>498</sup>. À son point de vue, le législateur devrait idéalement prohiber la vente de tissus humains, quelle que soit la finalité de la cession, ainsi que l'octroi de brevets aux concepteurs des produits dérivés de ces cellules. Étant donné que la technoscience est impétueusement engagée sur les rails de l'économie et qu'il est pratiquement impensable de renverser la vapeur, l'équité et la déférence due aux personnes mèneraient par contre sur les pistes de solutions prévoyant la rétribution des patients, seuls aux commandes à l'instant de choisir si leurs tissus aboutiront à l'incinérateur ou dans les laboratoires<sup>499</sup>. La gratification des personnes qui optent pour cette seconde alternative pourrait avoir les allures d'un droit payé en échange d'une exclusivité sur ce matériel, ou d'un pourcentage des revenus afférents à l'exploitation commerciale éventuelle de celui-ci<sup>500</sup>.

Cette approche, dont M. HARDIMAN est le protagoniste, a été notamment saluée au Canada par le philosophe et éthicien Barry HOFFMASTER. L'esprit de lucre dans lequel baigne la technoscience étant une réalité quasi incontournable, le respect de la justice sociale passerait par la nécessité de convier le patient au partage des fruits découlant de la commercialisation des produits issus de ses reliquats corporels, d'opiner l'auteur<sup>501</sup>. Comme il l'écrit, *Moore would be a fool to give his tissue freely to those who might profit from it*<sup>502</sup>. Pour M. HOFFMASTER, la façon de réagir à ce déséquilibre serait d'édifier une politique internationale d'émission de licences assorties d'un taux universel, auquel serait

---

<sup>497</sup> *Id.*, 261 et 262.

<sup>498</sup> George J. ANNAS, «Whose Waste Is It Anyway? The Case of John Moore», (1988) 18 *Hast. Cent. Rep.* 37, 38.

<sup>499</sup> *Id.*, 39.

<sup>500</sup> *Ibid.*

<sup>501</sup> Barry HOFFMASTER, «Between the Sacred and the Profane: Bodies, Property, and Patents in the Moore Case», (1992) 7 *I.P.J.* 115, 142 et 143.

<sup>502</sup> *Id.*, 143.

ramenée la part des profits versée aux patients<sup>503</sup>. Ce droit à la plus-value apportée aux tissus malades aurait entre autres avantages de préserver la sacralité du corps, laquelle serait rapidement anéantie si ce dernier devait se voir directement apposer un prix. Du moment qu'une «chose» devient monnayable et, par conséquent, remplaçable, elle perdrait de sa dignité, explique le professeur HOFFMASTER, qui fait siens ces propos de KANT:

*Whatever has a value can be replaced by something else which is equivalent; whatever, on the other hand, is above all value, and therefore admits of no equivalent, has a dignity.*<sup>504</sup>

Et l'auteur de poursuivre:

*When human bodies, or parts thereof, possess an equivalent in money, they lose much, if not all, of the distinctiveness that is the basis of veneration and respect. They move from the realm of the sacred to the realm of the profane.*<sup>505</sup>

La détermination de la portion des gains à échoir aux malades, qui se retrouvent très fréquemment dans une position vulnérable face à leur médecin, accorderait à ceux-ci la promesse d'être adéquatement dédommagés, souligne en outre M. HOFFMASTER<sup>506</sup>.

#### 3.4.1.4. La mise en place d'un mode prospectif de rétribution des patients

L'idée de consentir au patient une quote-part de la valeur vénale de ses tissus, principalement véhiculée par Roy HARDIMAN, devait germer dans la doctrine américaine. De son côté, John O'CONNOR préconise plus exactement la remise d'un montant forfaitaire à la personne qui accepte que les matières prélevées sur son corps soient récupérées<sup>507</sup>. Cette solution serait, de soutenir le juriste, en étroite conformité avec les préceptes du droit de la propriété intellectuelle<sup>508</sup>. Une fois le patient indemnisé et les substances corporelles

<sup>503</sup> *Id.*, 145.

<sup>504</sup> Immanuel KANT, *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals*, trad. par T.K. ABBOTT, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1949, p. 51 (cité dans *id.*, 144).

<sup>505</sup> B. HOFFMASTER, *loc. cit.*, note 501, 144.

<sup>506</sup> *Id.*, 140.

<sup>507</sup> L'auteur presse le législateur d'édicter une loi qu'il intitulerait *Uniform Tissue Source Compensation Act*. *This compensation system*, précise-t-il, *would pay sources with unique tissue on a flat fee basis, including the costs of surgery, regardless of whether subsequent research and development is successful*. J. J. O'CONNOR, *loc. cit.*, note 2, 165.

<sup>508</sup> *Id.*, 166.

transformées en produits brevetés, seul le talent de l'inventeur serait effectivement récompensé.

Vu les merveilles accomplies grâce aux biotechniques, M. O'CONNOR considère de surcroît irréaliste de réprimer les aspirations économiques nées autour du matériel génétique humain. La collectivité aurait trop à souffrir d'une pénurie de ressources et d'une baisse d'effervescence dans cette branche d'activité pour s'offrir un tel luxe<sup>509</sup>. Il conviendrait plutôt de doser les diverses forces en présence de manière à ce que les partenaires du secteur de la technoscience ne raffent tous les avantages pécuniaires liés à l'exploitation des déchets hospitaliers et que les malades n'abusent de leur pouvoir de négociation. Dans un plaidoyer faisant le tour des arguments antérieurement avancés par la Cour suprême de la Californie et son collègue HARDIMAN, M. O'CONNOR s'emploie à démontrer que tous seraient bien servis par la mesure qu'il propose. Les entreprises et les personnes appelées à manipuler les tissus recueillis dans les hôpitaux jouiraient ainsi d'une grande tranquillité d'esprit et d'une marge bénéficiaire appréciable<sup>510</sup>. Le patient serait quant à lui dédommagé, sans que cela n'entraîne de délai dans le développement des biothérapies ou de hausse exorbitante des prix, ce qui se répercuterait sur la santé de la population<sup>511</sup>.

Bref, les droits du patient, de qui relèverait la compétence de céder au domaine public les parties chirurgicalement détachées de son corps<sup>512</sup>, ne sauraient, dans l'optique de M. O'CONNOR, gommer le bien commun, pas plus que ce dernier ne saurait éclipser les revendications individuelles.

Quoique les auteurs de l'étude n'aient pas véritablement pris parti sur la question, le paiement, avant que les tissus métamorphosés n'atteignent le marché, d'un montant nominal à chaque patient ayant fourni de son matériel biologique est une solution mise en exergue dans le rapport du Congrès américain sur la propriété des cellules humaines<sup>513</sup>. Ces paiements fixes et égaux, effectués alors que nul ne soupçonne la valeur des tissus, feraient en sorte que les malades qui, de près ou de loin, auraient contribué à la réalisation

---

<sup>509</sup> *Id.*, 165.

<sup>510</sup> *Id.*, 135, 166 et 167.

<sup>511</sup> *Id.*, 136, 146, 166 et 167.

<sup>512</sup> [...] *this privacy interest is violated if individuals are denied the opportunity to decide whether to grant consent to their tissue becoming part of the public domain*, écrit l'auteur au sujet du droit du patient à son intimité. *Id.*, 134.

<sup>513</sup> U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *op. cit.*, note 130, pp. 119 et suiv.

d'une lignée cellulaire soient gratifiés, tout en minimisant les frais de gestion du système. Pareille formule épargnerait notamment aux équipes de recherche la laborieuse tâche de tenir un fichier relatant le suivi de chacun des échantillons utilisés de même que les difficultés d'évaluation de la participation respective des malades aux lignées éventuellement commercialisées<sup>514</sup>. La conversion des déchets biomédicaux en procédés brevetables est, de fait, purement aléatoire au stade de leur récupération. Un produit fini n'émerge souvent qu'après de dures années de labeur et maintes manipulations en laboratoire. Certains résidus ne seront, au demeurant, employés qu'à titre expérimental, sans compter qu'ils peuvent être contaminés par des bactéries les rendant inutilisables, signale le rapport<sup>515</sup>.

Il ressort par ailleurs clairement des conclusions de l'étude que la rémunération des patients ne contreviendrait aucunement au devoir fiduciaire des membres de la profession médicale, à qui est confiée la santé des gens. *What is more likely to be an unacceptable breach of that duty, estiment par contre les rapporteurs, would be a failure to disclose information about commercial potential or provide for some fair system of compensation.*<sup>516</sup>

Néanmoins, encore que la rétribution, selon une méthode prospective, des personnes qui lèguent leurs résidus anatomiques à la science paraisse, lorsque ce matériel est immédiatement acheminé vers les biotechnologies, un excellent moyen d'amalgamer les intérêts collectifs et individuels, cette approche ne pourrait être transposée au domaine de la recherche fondamentale<sup>517</sup>. La collaboration de chacun à l'avancement des connaissances doit, est-il réaffirmé dans le document du Congrès, demeurer un geste gratuit et altruiste. Aussi, le transfert des matériaux humains pourrait s'opérer sur la base d'un régime mixte, semblable à celui qui existe actuellement dans le cas du sang et de ses dérivés<sup>518</sup>. Tout dépendant de leur finalité - économique ou scientifique -, ces tissus seraient vendus ou donnés. La confiance du public en cette organisation pourrait être assurée en ménageant aux patients, préalablement consultés sur la destination de leurs cellules, un droit d'obtenir

---

<sup>514</sup> *Id.*, pp. 116 et 119.

<sup>515</sup> Étant donné l'infime pourcentage de tissus qui traverseront toutes les étapes conduisant à la commercialisation d'un produit, la faculté pour le patient de spéculer librement sur le prix de ses résidus corporels occasionnerait un important gaspillage de temps et ajouterait au stress vécu par le malade, fait-on en outre valoir. *Id.*, pp. 116 et 117.

<sup>516</sup> *Id.*, p. 121.

<sup>517</sup> *Id.*, p. 120.

<sup>518</sup> *Id.*, p. 121. Notons qu'aux États-Unis, il est permis de vendre le plasma sanguin aux firmes spécialisées dans la transformation de ce produit, tandis que le sang est collecté grâce à des dons.

réparation, dans l'hypothèse où celles-ci auraient, à l'encontre de leurs indications, été affectées à des activités commerciales<sup>519</sup>.

Les organismes humanitaires<sup>520</sup> constituent, de toute évidence, une composante capitale du réseau par lequel les échantillons corporels seraient distribués aux chercheurs. Cela étant, rien n'empêcherait les entreprises à vocation commerciale de subsister parallèlement. Afin de mieux protéger la population, est cependant évoquée la possibilité de les astreindre à un contrôle, entre autres au chapitre de leur rendement et de leur performance économique<sup>521</sup>. Les rapporteurs émettent à cet égard le commentaire suivant:

*Limits on rates of return, for example, are often imposed on natural monopolies such as public utilities. Under such regulation, prices are restricted to a level that permits the firm's shareholders to earn a specified rate of return on their investment while protecting the public good.*<sup>522</sup>

Malgré que les rédacteurs se fassent timides et discrets quant à la politique à implanter, c'est donc dans une tentative d'harmonisation des intérêts privés et du bien commun que devraient être régis les rapports entre les patients, les chercheurs et les compagnies qui dominent l'univers de la biotechnologie. Le mieux-être collectif forme pour ainsi dire, dans leur esprit, la toile de fond sur laquelle devraient être couchés les droits individuels.

Ce souci de conciliation, nous l'avons constaté dans la présente section, refait constamment surface dans la doctrine. Écartelée entre la volonté de garantir la pérennité d'une longue tradition individualiste et le désir de ne pas briser l'alliance conclue avec le monde de l'industrie et de la science - dont le bien-être de la collectivité serait tributaire -, la *common law* renferme en effet toute une gradation de solutions, allant de la simple théorie du consentement éclairé à l'adjonction de droits économiques en faveur du patient.

---

<sup>519</sup> *Id.*, p. 120.

<sup>520</sup> Les auteurs du rapport mentionnent l'exemple du *National Disease Research Interchange*, dont la mission est de répartir le matériel organique humain au sein de la communauté scientifique américaine. Concernant le rôle de ce genre d'institution, ils expriment l'avis ci-après: *Providing tissue to an assuredly nonprofit organization may allay the suspicions of sources who want to support basic research but who do not want any one person to benefit financially from their contribution.* *Id.*, p. 121.

<sup>521</sup> *Id.*, pp. 122 et 124.

<sup>522</sup> *Id.*, p. 122.

### 3.4.2. Vers la définition d'un nouveau contrat social: l'approche soumise à la Commission de réforme du droit du Canada

Parce qu'elles font impasse soit sur l'une ou sur l'autre des deux facettes que comprend le matériel génétique humain, ni la notion de propriété privée ni celle de patrimoine commun de l'humanité ne réussiraient à cerner la complexité de ce dernier, est-il au préalable établi dans une étude préparée pour la Commission de réforme du droit<sup>523</sup>. L'auteure du document, Bartha Maria KNOPPERS, fait remarquer que si les gènes sont en partie le siège de la personnalité, ils n'évoluent pas en vase clos. En tant que vecteurs par lesquels se transmet l'hérédité, ils remplissent de fait le rôle de charnières entre l'individu et son espèce. D'après Mme KNOPPERS, il importerait de créer un statut des composantes génétiques capable d'appréhender, dans ses dimensions personnelle et collective, cet ensemble de caractères. La juriste s'affaire plus spécialement à bâtir un modèle de législation sociale où coexisteraient la relation exclusive du sujet avec son bagage héréditaire, substrat de son identité, et le lien d'appartenance de chaque génotype au génome, patrimoine détenu en fiducie en vue d'une gestion commune.

Tandis que, d'une part, le respect de la volonté individuelle constitue le leitmotiv du credo libertaire et que, d'autre part, les égalitaristes parlent d'appropriation collective des chromosomes humains, la thèse élaborée par George AGICH autour du concept de contrat social se révèle, aux yeux de Mme KNOPPERS, un schème de référence des plus adéquats pour surmonter ce défi<sup>524</sup>. À partir des principes de la réciprocité et de la mutualité, pourraient être alors jetées les bases d'un contrat de société dans le cadre duquel la liberté des citoyens, qui auraient l'occasion d'exprimer leurs choix personnels, se mesurerait à l'intérêt général.

Pour la professeure KNOPPERS, les disparités que devrait combler toute politique relative au génome ne résideraient pas dans les dissemblances observées dans la composition des lots géniques individuels, mais plutôt dans l'inégale répartition de la connaissance entre les professionnels de la santé et la population<sup>525</sup>. Il faudrait bannir cette situation voulant que les membres de la communauté médicale et scientifique tiennent, en raison de leur savoir, les rênes du pouvoir en matière d'allocation des fragments d'A.D.N. humain et d'accès à ces particules. Les enjeux inhérents à cette question devraient donner

---

<sup>523</sup> COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 44, pp. 19-24.

<sup>524</sup> *Id.*, pp. 74-76.

<sup>525</sup> *Id.*, p. 76.

lieu à un forum où seraient également réunis les citoyens, à qui serait apporté l'éclairage indispensable à une entière participation aux débats sociaux soulevés, de même qu'à une prise de décision judicieuse en ce qui a trait à leurs propres «placements» génétiques. L'échange d'information entre médecins et patients s'avère ici une condition *sine qua non* à l'affirmation de l'autonomie et à la préservation de la dignité du sujet<sup>526</sup>. Or, l'éducation du public et la mise sur pied de structures favorisant la diffusion des connaissances requises pour comprendre les réalités qu'englobe la génétique représentent les deux principales obligations dont l'État devrait s'acquitter, en vertu du principe de la réciprocité<sup>527</sup>.

Selon la conception de Mme KNOPPERS, la toute-puissance individuelle ne saurait toutefois prendre d'assaut le matériel chromosomique humain. Un vaste travail devrait être entrepris auprès des citoyens, afin de les sensibiliser aux responsabilités qui pèsent sur eux du fait de leur rattachement à la grande famille humaine. Ainsi, intervient le précepte de la mutualité ou - suivant la terminologie employée par l'auteure - de la responsabilité civique<sup>528</sup>. Ce corollaire de la règle éthique de bienfaisance suppose le développement d'une conscience collective, se manifestant par une réponse positive des citoyens aux divers programmes de dépistage et de recherche voués au progrès de la médecine préventive et à l'allègement de la souffrance humaine. À l'échelle de la famille, la mutualité implique par ailleurs que ne soient pas gardés secrets les renseignements génétiques reçus par un individu, de façon à ce que ses proches, potentiellement visés par ces révélations, puissent à leur tour se prévaloir de leur liberté de choix dans la détermination de leur mode de vie et leur planification des naissances.

Bien que la mutualité nous semble à prime abord l'antipode de la réciprocité, ces deux préceptes sont effectivement complémentaires et exercent une action combinée: l'individu, titulaire d'un «droit à l'information», se voit subséquemment tenu de partager celle-ci avec son entourage, et ce, toujours dans un même esprit d'échange ou de réciprocité. Plus encore, espère-t-on de lui qu'il s'ouvre à la science, habilitée à décoder les messages inscrits au plus profond de son être et à disposer de ses gènes comme d'une partie d'un héritage commun, auquel tous les hommes pourraient prendre part.

---

<sup>526</sup> Le devoir d'information du médecin, auparavant limité à la divulgation des risques de lésion corporelle entourant un acte, s'étendrait désormais à la communication de toute donnée permettant de prévenir certaines maladies ou déficiences héréditaires susceptibles d'affliger le patient, sa famille, voire la collectivité dans laquelle il vit.

<sup>527</sup> Voir, sur cet aspect, COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 44, pp. 76 et 77.

<sup>528</sup> Concernant ce deuxième volet, voir *id.*, pp. 77-79.

Mme KNOPPERS fait en somme l'apologie d'un système de justice sociale fondé sur un contrat synallagmatique, aux termes duquel l'État s'engagerait à fournir les ressources que nécessitent la vulgarisation du savoir scientifique, la prestation de soins médicaux et l'aide à la recherche, moyennant la collaboration volontaire des citoyens aux activités destinées à percer les mystères dont regorge l'A.D.N. humain et à guérir certaines affections héréditaires. Quoique la juriste n'aborde pas spécifiquement le cas des déchets d'hôpitaux, on peut déduire de ce pacte social qu'avant de refuser que ses cellules servent à des investigations scientifiques et soient converties en produits thérapeutiques, le patient se devrait d'en jauger les conséquences au plan collectif.

### **3.4.3. Le paradigme de la catégorie des choses d'origine humaine et à finalité humaine en droit français et en droit québécois**

À l'intérieur de la catégorie des choses d'origine humaine et à finalité humaine que Marie-Angèle HERMITTE suggère d'introduire, le consentement du patient fait office de bastion contre quelque invasion du corps dans l'intention de coordonner l'offre en matériaux corporels avec les besoins enregistrés du côté des biotechnologies<sup>529</sup>. Cependant, la déférence due au corps ne saurait être, dans l'optique de Mme HERMITTE, une raison de balayer du revers de la main toutes les promesses dont les biothérapies sont porteuses en ce qui regarde la santé publique. D'un point de vue psychanalytique, l'exacerbation des pulsions individualistes menacerait même, au dire de l'auteure, l'altérité essentielle à la structuration du sujet, entité distincte qui naît de la prise de conscience de «l'autre» et qui se définit à travers les limites que lui impose le monde extérieur<sup>530</sup>.

C'est pourquoi la règle de la gratuité, marquée du sceau de l'altruisme et de la solidarité, se juxtapose-t-elle à celle du volontariat pour former le second pôle autour duquel la notion de choses d'origine humaine et à finalité humaine gravite<sup>531</sup>. Non seulement cette règle faciliterait le transfert des résidus anatomiques vers les centres de recherche et les laboratoires pharmaceutiques; elle serait tout à la fois respectueuse des symboles dont le corps est imprégné. Puisqu'il est impensable d'éliminer le lucre du champ biomédical, la philanthropie présidant à la transformation des tissus humains devrait par contre, prétend Mme HERMITTE, boucler le processus, par le biais d'une taxe qui bénéficierait à la

---

<sup>529</sup> M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 16, 335.

<sup>530</sup> *Id.*, 344 et 345.

<sup>531</sup> *Id.*, 339.

recherche<sup>532</sup>. Une tranche des revenus engendrés par l'exploitation commerciale des matières corporelles devrait, en effet, pouvoir être réinvestie par l'État au sein d'organismes humanitaires. La priorité pourrait dès lors être accordée à l'étude des causes et au traitement des maladies ou des dysfonctions organiques, plutôt qu'à la prolifération de succédanés qui ne contribuent qu'à masquer ces déficiences. En résumé, Mme HERMITTE schématise sa théorie comme suit:

*On trouverait ainsi aux deux bouts de la chaîne de l'industrialisation volontarisme et gratuité réaffirmant le symbolisme de la circulation des produits d'origine humaine entre les hommes: volontarisme du donneur conscient d'un acte positif pour la collectivité, volontarisme du législateur qui redistribue une part des profits de manière expresse et solennelle à une activité ainsi valorisée par rapport à d'autres, que cette activité soit la prévention ou la thérapie au sens étroit du terme; symbolique du don dans les deux cas, même si dans le deuxième cas, le don laisse une part de profits.<sup>533</sup>*

Par delà leur divergence de position quant à la compétence des hôpitaux de disposer, notamment, des placentas, les juristes GROMB, SOUTOUL et HERMITTE s'entendent à propos de l'injection d'un pourcentage des recettes provenant de la commercialisation des produits du corps dans un fonds commun d'étude pour l'avancement de la médecine<sup>534</sup>. Messieurs GROMB et SOUTOUL voient en cette formule, relancée par leur collègue HERMITTE<sup>535</sup>, un moyen de mettre fin à l'opprobre jeté sur les entreprises qui récupèrent le placenta en vue de la fabrication de cosmétiques.

Plus près de nous, Édith DELEURY et Suzanne GASCON endossent la philosophie sous-jacente à la catégorie des *choses d'origine humaine et à finalité humaine*. Si la défense des intérêts de la personne occupe l'avant-scène de leur discours<sup>536</sup>, le don devrait à leur sens gouverner les échanges de tissus corporels. Considérant que la valeur pécuniaire des procédés brevetés et des produits mis en marché par la bio-industrie est surtout attribuable au génie et à l'art de ceux les ayant conçus, la cession gratuite de ces éléments n'aurait, au

---

<sup>532</sup> *Ibid.*

<sup>533</sup> *Ibid.*

<sup>534</sup> S. GROMB et J.H. SOUTOUL, *loc. cit.*, note 469, 111 et 112.

<sup>535</sup> Il semble que ce soit le Conseil d'État français qui ait, le premier, songé à cette initiative. M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 16, note 42, 339.

<sup>536</sup> Voir *supra*, pp. 112 et 113.

fond, rien de révoltant pour l'individu<sup>537</sup>. Mais, face aux profits astronomiques touchés par ces tiers, l'institution de mécanismes veillant à ce qu'une partie de ces sommes retourne à la collectivité - sous forme, par exemple, de subventions à la recherche à visées thérapeutiques -, serait, estiment les deux juristes, une solution à explorer<sup>538</sup>.

Pendant que, dans le but de corriger les distorsions provoquées par l'essor des biotechniques, les auteurs de *common law* y vont presque chacun de leur méthode de gratification des patients, l'approche de leurs homologues français et québécois consiste, de fait, à responsabiliser les milieux de la science et de l'industrie, eu égard à l'ampleur de l'oeuvre à accomplir au chapitre de la santé et du mieux-être collectif.

\*

Après avoir inventorié les principales stratégies imaginées pour apprivoiser la complexité sociale des biotechnologies, il convient de faire le sommaire de la position respective des civilistes et de la *common law* sur cet échiquier. Comme l'on devait s'y attendre, l'alignement du droit par rapport aux axes libertaire, égalitariste et utilitariste s'inscrit toujours dans la même trajectoire: chez les civilistes, la ferveur qu'éveillent les thèses dualistes moussant la propriété privée du corps attise le brasier individualiste; le désenchantement des juristes américains devant les répercussions économiques de la sanction d'un droit de propriété individuel dans le corps entraîne à l'inverse ceux-ci vers des mesures moins extrêmes.

La réaction de la *common law* au phénomène des biotechnologies pourrait être, en réalité, consignée aux camets de l'histoire de la manière que voici...

Estomaqués par l'iniquité dont John Moore avait été victime, les juges et les auteurs américains se sont d'abord sentis, d'une certaine façon, interpellés. Il leur fallait essuyer cette bavure qui menaçait de salir la réputation de cette terre d'Amérique qu'est la leur, où justice et liberté sont constitutionnellement reines. Le message percutant de Lori B. ANDREWS - qui scandait, quelques années auparavant, «My Body, My Property» - était là pour mettre le vent dans les voiles à la doctrine libertaire. La Cour suprême de la Californie,

---

<sup>537</sup> É. DELEURY, *loc. cit.*, note 16, 471 et 472; Suzanne GASCON, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1993, pp. 62 et 63.

<sup>538</sup> *Ibid.*

**l'avons-nous signalé plus haut, devait toutefois rapidement se charger de replacer les pendules à l'heure et refroidir les ardeurs des propagandistes de cette doctrine. L'apitoiement et la sympathie manifestés à l'endroit du patient Moore se sont ainsi évaporés, tandis que devaient se réinstaller le flegme et le pragmatisme anglo-saxons.**

**Alors que les slogans du type «My Body, My Property» ont pu connaître leur heure de gloire dans la décennie 1980, le climat est donc désormais, chez nos voisins du Sud, à la concertation. Les juristes s'ingénient à créer des modèles pénalisant le moins possible les chercheurs et la bio-industrie, à qui ils tâchent de conserver une part du monopole économique associé à la commercialisation des techniques de bioconversion.**

**Il ne s'avère pas nécessairement facile, hélas, de ménager la chèvre et le chou. À moins de s'adonner à des calculs actuariels vraisemblablement compliqués et de s'acharmer à démêler d'inextricables affaires - mentionnons, à titre d'illustration, le problème de l'évaluation de la participation de chaque patient au succès d'une lignée cellulaire -, l'on ne peut pratiquement pas aspirer à des résultats parfaitement justes et équitables. L'attitude évasive des signataires de l'étude émanant du Congrès, visiblement embêtés de prendre parti pour un mode prospectif ou rétrospectif de compensation des patients, en dit long sur les inconvénients de l'une et de l'autre de ces deux perspectives.**

**Malgré que les auteurs, en se détournant de la ligne pure et dure de l'utilitarisme, soient en général timorés, il ne faudrait pas rester sous l'impression que les chantres de cette version orthodoxe se sont, en Amérique, tous tus. Il est des témoignages, quoique épars, d'appuis indéfectibles à la science. Néanmoins, nous pouvons fermer cette courte parenthèse sur une note réjouissante: contrairement à ce qu'aurait peut-être pu, un temps, nous faire craindre l'inclination utilitariste des civilisations anglo-saxonnes, le passage de la technoscience n'a pas, à ce jour, oblitéré la personne.**

**En revanche, la négation d'un droit de propriété des géniteurs sur les embryons issus de leurs gamètes heurte des sensibilités sociales dont la *common law* prend bonne note. Cette dernière se montre inexorable à l'égard de la science. Il n'y a rien qui puisse scientifiquement être fait avec des embryons sumuméraires qui n'ait pas été au préalable agréé par les auteurs biologiques de ce matériel, clament la majorité des juristes aux États-Unis. L'utilitarisme américain se voit de la sorte pénétré par un imposant courant libertaire. Il n'est, par contre, pas pour autant question de mettre le cadenas sur des activités potentiellement utiles à la collectivité - telles la recherche sur des zygotes dont l'âge**

biologique est inférieur à quatorze jours -, pour peu que la volonté des géniteurs soit souveraine.

Si l'on se transporte en France, on s'aperçoit que la personne continue à briller de ses mille feux. La doctrine n'a, en apparence, pas bronché, en ce qui concerne sa conception de la relation corps-sujet. En vérité, ces étincelles personnalistes, qui jadis puisaient presque toutes leur source dans le kantisme, jaillissent dorénavant de différents foyers idéologiques. Nous visons bien sûr l'effusion matérialiste ayant récemment amené une partie des civilistes à affirmer, dans le dessein de raffermir les prérogatives individuelles, que la personne est propriétaire de son corps. Au moment même où leurs homologues américains, déchirés par leur double tendance libertaire et utilitariste<sup>539</sup>, acceptent, sous les pressions des lobbies de l'économie, de céder du terrain à la science, les privatistes français se replient sur la personne et recouvrent celle-ci d'une carapace la préservant de l'appétit des chercheurs et de la bio-industrie.

Le portrait que nous venons de brosser de la doctrine n'est cependant pas à l'image du menu que le législateur propose. Par l'attestation du statut de *res nullius* tacitement accordé jusque-là aux déchets biomédicaux, l'Assemblée nationale et le Sénat français ont - c'est le moins qu'on puisse dire - fait preuve d'une grande témérité. Ils n'ont, sur ce point, aucun mal à rivaliser avec la *common law*, laquelle offre une gerbe bien garnie de solutions médiatrices propres à calmer la fébrilité qu'engendrent les biotechnologies. Les lois promulguées le 29 juillet 1994 ne prévoient en fait aucune soupape servant à contenir toute cette effervescence. Il n'en tient qu'aux chercheurs de faire le tri des rebuts organiques et de sélectionner, dans la panoplie de tissus défilant sous leurs yeux, ceux qui présentent les mixtures ou compositions les plus intéressantes. Nul n'est habilité à contrarier ce geste.

L'exemption du placenta et des déchets opératoires de la règle du consentement provoque à première vue de la stupéfaction. Comment expliquer qu'au terme d'un parcours personnaliste sans tache, le législateur en soit arrivé à repousser le courant doctrinal dominant et à humilier de pareille façon la personne? À la lecture des textes de Marie-

---

<sup>539</sup> Jamais, d'après nous, les écoles de pensée utilitariste et libertaire ne se sont croisées d'aussi près. L'impact économique relié aux biotechnologies, de même que les circonstances dans lesquelles les résidus anatomiques sont recueillis, est sans précédent. Il serait en effet inadmissible d'astreindre un individu à faire un don de sang ou d'organe. En l'absence de contrainte physique, il est extrêmement tentant de donner libre cours à ses pulsions utilitaristes, en saisissant à la dérobée des substances résiduelles destinées à être entassées dans des bacs à déchets. D'un autre côté, l'ingérence de la gent scientifique sur ce matériel affiche un mépris de la personne de nature à harceler de remords une société où culminent les idées libertaires.

Laure RASSAT et des auteurs GROMB et SOUTOUL, nous sommes peut-être un peu moins sidéré de voir se détacher du brasier individualiste ces flammèches utilitaristes. Le placenta étant depuis «belle lurette» considéré comme une *res nullius*, pourquoi subitement renverser l'ordre des choses? Le jeu en valait-il la chandelle? Le législateur a, selon toute vraisemblance, vu en cette conjoncture l'occasion rêvée d'exprimer sa bienveillance envers la communauté scientifique. Ce qui était valable dans le cas du placenta ne l'était-il pas également pour l'ensemble des reliquats corporels?

D'autre part, les méditations de civilistes émérites du nom de Gérard CORNU ou de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI - qui définissent les forces génétiques de l'homme en tant que «capital social» - laissaient flotter quelques fanions égalitaristes<sup>540</sup>, au cours de la longue «vigile» ayant précédé la consécration des lois sur la bioéthique. Bien que les concepteurs de cette législation aient arrêté leur choix sur une approche plus conservatrice, de par leur refus de soustraire à l'autorité de leurs «parents virtuels» ces personnes humaines potentielles que sont les embryons, il n'est pas improbable qu'ils aient voulu élargir cette vision du matériel génétique aux déchets opératoires.

Nous nous devons par ailleurs de souligner une importante variante entre l'utilitarisme incrusté dans les politiques législatives naguère votées en France et l'égalitarisme, relent de la Révolution de 1789. À la différence du premier, qui, sans âme, ne jure que par la rigueur des chiffres et de froides considérations d'utilité sociale, le second est généreusement enrubanné d'humanisme. Transpirent à travers lui la fraternité et les droits naturels. Dans une optique égalitariste, il ne s'agit pas de faire oblation de la personne pour réchapper une vie humaine ou rendre plus agréable l'existence d'autrui; le but est de développer, par l'accomplissement d'actes librement consentis, les valeurs d'entraide et de bienfaisance, afin que fleurissent partout sur la planète les principes d'égalité et de liberté. Si le vent utilitariste qui, depuis les pays anglo-saxons, souffle maintenant sur la France nous attriste, nous ne pouvons mettre une croix sur un projet de société aussi grandiose.

---

<sup>540</sup> En dépit de cette observation, nous avons, tout compte fait, le net sentiment que l'égalitarisme est en train de se perdre dans la nuit des temps. Le point de vue de la professeure RUBELLIN-DEVICHI chevauche cette philosophie et l'utilitarisme anglo-saxon. Il étend les tentacules de la science au-delà de ce que permet l'égalitarisme. Cette même remarque s'applique au jugement du Tribunal de grande instance de Rennes - que nous avons commenté plus haut - relativement au transfert *post mortem* d'embryons congelés. Sitôt que l'une des conditions afférentes à l'implantation de zygotes ne peut être rencontrée, la disposition de ces produits de la FIV passe sous la juridiction des hôpitaux et des cliniques de fertilité, ressort-il clairement de cette décision.

Chez nous, la pensée juridique se teinte d'éléments qui ne trompent pas quant à la latinité de ses racines. Ainsi, tous les projecteurs sont dirigés vers la personne, tête d'affiche du droit. Les juristes français et québécois se regroupent autour de la même tangente, à cela près que les opinions des auteurs d'ici sont moins polarisées qu'en France. L'on en a pour preuve les contestations auxquelles a prêté le flanc la proposition contenue dans le Projet de Code civil de copier l'exemple français en déroulant le tapis rouge à l'utilitarisme scientifique, sur la question de la récupération des déchets biomédicaux. Cette proposition devait être finalement reléguée aux oubliettes, faute de sympathisants. Que ce soit au Québec ou au Canada anglais, l'on ne perçoit pas non plus cette espèce de bouillonnement libertaire d'abord constaté dans la *common law*, puis dans la doctrine française.

Le cadre socio-économique dans lequel les droits québécois et canadien s'insèrent peut sans doute nous aider à comprendre ces écarts. Les chefs de file de la bio-industrie n'étant pas domiciliés au Canada, l'atmosphère y est forcément beaucoup plus décontractée. Encore que la partie se joue à l'échelle internationale, les tensions politiques s'amenuisent d'autant. Les juristes peuvent délibérer sans être persécutés par l'obligation d'obtenir les bonnes grâces de la science et des géants qui tirent les ficelles de l'industrie de la biotechnologie. Ils n'éprouvent pas davantage le besoin d'ériger un château fort autour de la personne, dans l'intention d'empêcher le pillage des trésors que pourrait receler son corps. Comparativement à ce qui prévaut en France, où des facteurs conjoncturels ont contraint les privatistes à remanier les structures du droit, l'ensemble architectural civiliste est, pour clore cette portion de notre analyse, demeuré, au Québec, quasi intact.

Mais il n'y a pas que des dissemblances entre les systèmes juridiques français et québécois. De souche commune, ces derniers comportent avant tout des similitudes. La catégorie des *choses d'origine humaine et à finalité humaine* constitue, sur le tracé dont nous faisons état ci-dessus, l'un de ces points de contact par lesquels sont reliés les deux systèmes. Elle est effectivement visitée par plusieurs auteurs québécois. En ce qu'il intègre toutes les composantes de la trilogie patient-technoscience-collectivité, ce paradigme nous paraît posséder les caractéristiques d'une formule gagnante. Suivant notre humble appréciation, il détrône facilement, sous ce rapport, le schéma libertaire de la patrimonialité des démembrements corporels, qui, pourtant, pourrait bien, ces prochaines années, prendre en France le haut du pavé.

Les scénarios libertaires dessinés dans la doctrine nous projettent malheureusement dans une arène où seuls les droits personnels des patients et les intérêts privés des chercheurs et des compagnies pharmaceutiques sont disputés. De ce duel, auquel la collectivité assiste impuissante, le patient sort vainqueur.

Trop d'orthodoxie, du côté du camp individualiste comme de celui des adeptes de l'utilitarisme social, nuit, croyons-nous, à une vision globale et objective du problème que pose la propriété des résidus organiques humains. Il y a, à notre avis, tout autant de danger à se laisser envoûter par les prouesses et la magie du génie biomédical qu'à être obnubilé par une perception narcissique du corps. Car, qu'il nous soit permis de le réaffirmer, le matériel génétique porte à la fois l'effigie de la personne et de l'homme. Aussi, la consistance hybride de ce matériel représente une donnée capitale sur laquelle le droit devrait asseoir les fondations du régime dont il entend doter les déchets anatomiques.

La catégorie des *choses d'origine humaine et à finalité humaine* offre un exemple de construction bâtie en conformité avec cette règle cardinale. À l'exception de l'emphase mise sur la dimension symbolique du corps, elle renferme des ingrédients pouvant avantageusement entrer dans la composition d'un statut respectueux de la mixité des tissus corporels. Le consentement, à travers lequel la personne communique ses états d'âme et sa volonté de se livrer à l'autre dans ce qu'elle a de plus intime, protège l'individualité du génotype et les liens privilégiés que le sujet noue avec les produits dérivés de son corps. Il nous semble une pièce maîtresse de la charpente devant abriter les déchets biomédicaux. À cette ossature, Marie-Angèle HERMITTE ajoute un second pilier, soit le critère de la gratuité. Cet élément évoque la finalité humaine du patrimoine héréditaire, divisé en lots individuels.

Nous ne sommes pas d'emblée attiré par le principe du don, nous l'avons indiqué déjà. Nous ressentons plutôt une certaine méfiance face à l'émerveillement que cette auguste règle crée. La gratuité n'a, à notre sens, rien d'un coup de baguette capable de transformer les substances humaines en de misérables objets et d'absoudre de tout «péché». Le stratagème en vertu duquel on juge ignoble et immorale l'initiative de qui oserait monnayer ses tissus, alors que ceux-ci gagnent les laboratoires sans qu'il n'en coûte un sou aux chercheurs qui, de leurs mains habiles, auront tôt fait de les métamorphoser en objets de commerce, déclenche en nous une profonde répulsion. Il est plus que temps de faire cesser ce manège.

Le don ne peut retrouver sa véritable signification et, partant, sa majesté qu'à la condition que chacun y mette du sien. Il n'est absolument pas défendu de faire vibrer les cordes altruistes des patients; l'on ne saurait cependant se contenter de vibrations monocordes. Le tout doit en effet se mêler à une symphonie à laquelle participe la communauté scientifique. Nous ne déprécions pas le talent et les valeureux efforts de tous ces savants qui s'activent à préparer de nouvelles potions ou munitions dans le but de triompher de la maladie. Nous admettons au surplus que le patient n'y est pour rien, dans la fabuleuse aventure que connaissent ses cellules, et qu'il ne saurait profiter mesquinement des richesses que la nature a déposées en lui. Il reste néanmoins que l'amplitude atteinte par les redevances et les marges bénéficiaires observées dans le champ des biotechniques dépasse souvent l'entendement. Le chiffre de trois milliards de dollars - correspondant aux revenus d'exploitation anticipés de la lignée «Mo-Cell» - est, il faut le concéder, hallucinant. Les instincts économiques ne sont-ils pas, dans cette situation, susceptibles de tuer dans l'oeuf la vocation humanitaire accolée à la technoscience?

Nous ne sommes pas vertement opposé à l'idée de récompenser le génie inventif des gens de sciences. De toute manière, il est impensable d'arrêter complètement la roue, sauf à occasionner un exode des cerveaux ou à soulever la hargne et d'indésirables remous au sein de ce groupe. En contrepartie, la démesure caractérisant les «primes» versées aux «créateurs scientifiques» vaut certes, en termes d'absurdité, la possibilité pour un patient de percevoir un droit d'entrée du chercheur intéressé à s'introduire dans son jardin. L'une et l'autre de ces images jouxtent l'enrichissement sans cause.

Voilà un bien long détour qui nous conduit à la suggestion de Marie-Angèle HERMITTE de décréter une taxe spéciale, afin qu'une fraction des fruits générés par la commercialisation des biothérapies puisse contribuer à renflouer les budgets alloués à la recherche fondamentale, enfant pauvre du système. Cet objectif pourrait être également promu dans le cadre d'une réforme du droit de la propriété intellectuelle, basée sur un découpage de l'assiette des revenus comptabilisés par les titulaires de brevets : c'est la solution esquissée, aux États-Unis, par la juriste Tanya WELLS.

Il convient selon nous d'examiner de près ces diverses formules - non exhaustives - de partage et de parité entre les acteurs évoluant dans la sphère des biotechnologies et les organismes de recherche à but non lucratif subventionnés à même les fonds publics. Lorsqu'une formule de ce genre aura réellement vu le jour - et seulement à compter de cet instant - pourra-t-on déclarer, la tête haute et sans craindre de rougir de honte, que les

matières d'origine corporelle sont des *choses à finalité humaine* ou, dit autrement, des ressources au service de l'homme. Nonobstant la méthode prônée, la décentralisation du pouvoir économique par une distribution des profits permet en outre de contrer les conséquences perverses rattachées à l'explosion des techniques de bioconversion. Concurrément à l'ascension de ces procédés, peuvent progresser la médecine préventive, l'étiologie et les thérapies alternatives.

La réunion de ces facteurs nous donne l'impression de nous rapprocher enfin de l'idéal égalitariste et de ce simulacre de fiducie au bénéfice de l'humanité dont parlent notamment Gérard CORNU et Bartha Maria KNOPPERS. L'existence d'une masse commune, scientifiquement baptisée «pool génique» - ou génome -, dans laquelle se déverse chaque génotype forme de fait un noyau dur au coeur du raisonnement d'un nombre relativement élevé d'auteurs français et québécois. Le nom de «fiducie» vient presque naturellement à la bouche, au moment de désigner cette universalité.

Pour séduisante qu'elle soit au premier regard, cette figure ne nous paraît pas, après mûre réflexion, particulièrement adaptée à la singularité du bagage héréditaire de l'homme. La notion de fiducie s'articule autour de rapports tripartites impliquant un constituant, un fiduciaire et un bénéficiaire. Ces qualités ne peuvent en principe être cumulées. L'article 1275 du *Code civil du Québec* vient indubitablement assouplir cette règle, en proclamant l'éligibilité du constituant ou du bénéficiaire au rôle de fiduciaire. Mais il requiert en retour que cette charge soit, en l'espèce, conjointement assumée par une personne impartiale. En d'autres mots, le constituant ou le bénéficiaire ne peut administrer seul la fiducie ; il doit oeuvrer de concert avec un fiduciaire indépendant, c'est-à-dire avec une personne *qui n'est ni bénéficiaire ni constituant*. Cette exigence, de justifier le ministre<sup>541</sup>, vise à atténuer les interférences personnelles de nature à brouiller la mission imprimée au patrimoine fiduciaire. La loi veille finalement à favoriser une gestion empreinte d'objectivité. Elle cherche par ailleurs à éviter que la fiducie devienne une façade sous le couvert de laquelle un individu pourrait esquiver des obligations ou se procurer des avantages indus.

La compartimentation des fonctions en vue d'amoindrir - sinon d'éliminer - le risque de conflits d'intérêts est le fil d'Ariane qui a inspiré le montage du système édifié par le législateur. En son deuxième alinéa, l'article 1278 du Code précise à son tour que le fiduciaire agit à *titre d'administrateur du bien d'autrui*. Dès lors, lui faut-il s'abstenir de se

---

<sup>541</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 149, p. 759.

placer en situation de conflit d'intérêts (C.c.Q., art. 1310 et suiv.) et d'excéder les limites circonscrivant ses pouvoirs (C.c.Q., art. 1308, al. 1). Le fiduciaire a effectivement pour fonction de gérer les biens que le constituant lui a confiés, et ce, dans l'unique souci de servir la cause du bénéficiaire, telle que définie dans l'acte constitutif. Dans le cas où il est de surcroît bénéficiaire, il doit se garder de confondre les besoins qui l'habitent avec ceux que la fiducie prévoit combler. Il doit, en clair, effacer de sa lorgnette toutes considérations personnelles et n'engager le patrimoine fiduciaire que dans la poursuite de la finalité spécifiquement assignée à ce dernier<sup>542</sup>. C'est là le sens que la conjugaison des dispositions des articles 1275 et 1278 du Code civil revêt.

Or, nous voyons mal comment l'on pourrait exiger d'un individu qu'il fasse, à la manière d'un fiduciaire, totale abstraction de sa personne dans les décisions touchant son corps. Les liens - tricotés on ne peut plus serré - qui enlacent le corps et la personne, de même que la complicité déterminant les échanges entre ceux-ci, ne rendent-ils pas la chose inconcevable? Il n'appartient qu'à l'individu de juger de l'opportunité de donner de son sang, de se priver d'un rein en faveur d'un receveur, d'autoriser les chercheurs à sonder et à recycler ses cellules, etc. Parce que ces actions le concernent directement et déteignent sur son être, on ne saurait lui imposer la présence d'un tiers pour l'escorter et l'assister. La participation d'un fiduciaire «externe» dans la gestion d'un domaine aussi intime que le corps - dans le dessein d'entraver les initiatives commandées par des motifs personnels - s'avère tout à fait inconvenante, voire farfelue de par son irréalisme flagrant<sup>543</sup>. Tous en seront rapidement convaincus. Les choix effectués en matière d'allocation des tissus et organes humains doivent être l'expression des sentiments, valeurs et vœux de chacun.

En abrégé, la dynamique dans laquelle s'inscrivent le corps et la personne suppose les éléments suivants : le fiduciaire, en l'occurrence le sujet, est nécessairement bénéficiaire et ne saurait à ce titre être noyé au sein d'une entité anonyme et universelle ; les intérêts qui animent le fiduciaire sont inévitablement conflictuels ; l'entrée en scène d'un tiers appelé à

---

<sup>542</sup> Pierre LEPAULLE écrivait, à propos de la responsabilité du *trustee* - ou fiduciaire, dans le langage des civilistes -, que celui-ci *doit apporter dans l'exercice de ses fonctions toutes les qualités qui sont nécessaires à la réalisation normale de l'affectation du patrimoine qui lui est confié*. Le devoir de diligence du *trustee* serait, de spécifier l'auteur, d'un cran plus élevé que le soin dont on s'attend d'un *bon père de famille*. Le *trustee* se doit en fait de suivre à la lettre les instructions qu'il a reçues et de ne s'adonner à aucune entreprise, même raisonnable, outrepassant ces balises. Il doit constamment se rappeler qu'il a en mains le patrimoine d'autrui. Pierre LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932, pp. 264 et 265.

<sup>543</sup> À côté des tutelle et curatelle à la personne et aux biens, se profilerait en quelque sorte une «tutelle au corps».

superviser et à collaborer à l'administration de la fiducie est impertinente et dérisoire. Ce schéma confirme que la matrice dans laquelle a été fondu le régime inhérent à la fiducie n'est pas le moule approprié pour couler le statut juridique de l'organisme humain et de ses démembrements. Certains répliqueront peut-être que la modalité prescrite à l'article 1275 C.c.Q. pourrait ne pas s'appliquer, dans l'éventualité où le fiduciaire serait explicitement admis à utiliser les biens en sa possession selon ses convenances et besoins particuliers. Toutefois, l'on pourrait immédiatement contre-attaquer cette proposition. En effet, à quoi bon mettre sur pied une fiducie, lorsque celui qui la gouverne et en bénéficie a pour directive d'imputer les biens qui lui sont remis à son usage personnel et se voit investi de toute la discrétion voulue pour ce faire ? Aussi bien, dans les circonstances, incorporer les composantes corporelles au patrimoine de l'individu en prohibant leur transfert moyennant une somme d'argent - dans la mesure où l'on désire les retrancher de l'échange rémunéré - que d'opérer, au plan patrimonial, une division purement formelle.

Cette dernière tactique va à l'encontre du concept même de patrimoine d'affectation, dont la fiducie relève. Comme le soutient Pierre LEPAULLE, il importe de séparer le droit d'exercice, qui réside en la personne du fiduciaire, du droit de jouissance, lequel repose sur le bénéficiaire. Malgré qu'une personne puisse simultanément retirer un avantage et assurer le contrôle de la fiducie, elle ne saurait, par conséquent, en être l'unique bénéficiaire<sup>544</sup>. Afin qu'il n'y ait confusion des patrimoines et des intérêts, LEPAULLE mise sur la pluralité de bénéficiaires, alors que le législateur québécois instaure la condition relative à la cogérance (C.c.Q., art. 1275). L'interposition d'un cobénéficiaire, ou encore d'un cofiduciaire, faisant office de tampon entre les intérêts privés du fiduciaire-bénéficiaire et ceux que protège la fiducie rétablit la triade autour de laquelle cette institution gravite. Nous revoici donc à notre prémisse de départ voulant que la fiducie comporte trois membres distincts, représentés par un nombre au moins équivalent de personnes.

Puisque l'adjonction d'un tiers à la fonction de fiduciaire doit être écartée, pour les raisons exposées ci-dessus, il appert que le concours d'autres bénéficiaires demeure le seul moyen de respecter les structures de la fiducie. Que les ressources anatomiques ne soient pas l'apanage du sujet et que chaque génotype soit une ramification du legs héréditaire commun de l'humanité, cela n'engendre aucun problème. Par contre, l'exclusivité de la relation vécue entre la personne et son corps place l'individu dans une position privilégiée par rapport à ses pairs. La fiducie d'utilité sociale, non plus que la fiducie personnelle, ne

---

<sup>544</sup> P. LEPAULLE, *op. cit.*, note 542, pp. 171 et 172.

rend adéquatement compte de la double finalité - individuelle et humanitaire - du matériel génétique humain. À vrai dire, l'implantation d'un régime reflétant cette orientation mixte devrait résulter du mariage de ces deux réalités juridiques. Sauf que la taxinomie introduite par le législateur québécois fait état d'une nette coupure entre les trois types de fiducie qui s'y côtoient, de sorte que l'on aurait à peine entamé notre démarche que l'on trébucherait sur un second obstacle. L'article 1266 du Code civil pose, en son premier alinéa, que *[l]es fiducies sont constituées à des fins personnelles, ou à des fins d'utilité privée ou sociale*, chacune d'elles étant par la suite régie de façon autonome. Dans son deuxième alinéa, il prévoit la faculté d'identifier le patrimoine fiduciaire - sous le nom d'une personne ou sous un vocable en désignant l'objet -, dans l'intention de le discriminer et, de l'aveu même du ministre de la Justice, de *faciliter l'application du régime*<sup>545</sup>.

On peut, sur ce, fermer la boucle en affirmant que le législateur québécois n'envisage ni fiducie «autogérée», ni métissage entre les fiducies personnelle et d'utilité sociale. Ce constat donne à penser que jamais il n'a eu en vue le corps et ses parties, à l'heure d'édicter les dispositions du *Code civil du Québec* se rapportant à la fiducie, et que ce paradigme n'est pas, au risque de nous répéter, à la hauteur de la situation.

L'étanche cloison qui sépare les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire oppose du reste la fiducie à la substitution<sup>546</sup>. En l'occurrence, le grevé est, vis-à-vis des biens en sa possession, et un fiduciaire et un bénéficiaire, pour établir une analogie avec la fiducie. Il peut en jouir personnellement, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage qui compromette l'exécution de ses obligations envers l'appelé.

À choisir entre la fiducie et la substitution, la seconde dépeint probablement mieux la relation qu'entretiennent le corps et la personne. Elle avoisine de plus la théorie du professeur CORNU énonçant que, s'il lui est loisible d'utiliser ses gamètes à ses propres fins, chaque individu doit disposer de ces forces vitales avec discernement, de façon à ce que celles-ci puissent se transmettre de génération en génération. La personne qui souhaite se départir de ses cellules germinales ne peut, dans cet esprit, les marchander; elle doit gracieusement approvisionner la réserve de matériel destinée à la perpétuation de l'espèce.

---

<sup>545</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 149, p. 753.

<sup>546</sup> Voir à ce sujet John E.C. BRIERLEY, «De certains patrimoines d'affectation - Les articles 1256-1298», dans *Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec*, *op. cit.*, note 297, p. 735, à la page 749.

Le professeur CORNU pourrait être déconcerté d'apprendre que nous comparons maintenant à la substitution son interprétation de la nature des droits sur le patrimoine génétique. Ce mécanisme juridique a pour assise la transmission successive de la propriété d'un bien, ce qui déroge aux enseignements du civiliste, lequel réfute l'hypothèse de la patrimonialité des cellules reproductrices humaines<sup>547</sup>. Il emporte d'autre part l'obligation de remettre à l'appelé la chose léguée ou donnée<sup>548</sup>. Cette charge qui incombe au grevé est, de toute évidence, incompatible avec le précepte du volontariat, levier réglant, dans l'optique de M. CORNU - et dans tout processus démocratique -, le transfert de substances corporelles.

Toutefois, hormis ces différences, l'approche du professeur CORNU et le concept inhérent à la substitution sont ni plus ni moins tissés à partir du même canevas, soit la détention, par un individu, d'un ou d'un ensemble d'éléments pour sa propre jouissance, puis celle d'une postérité. Ce pattern rend bien, à notre avis, la consistance des rapports auxquels le matériel génétique humain donne lieu. Aussi pourrait-il servir à ébaucher le statut juridique des déchets biomédicaux.

Vu les défaillances de la fiducie et de la substitution à traduire avec justesse l'essence de l'hérédité, nous serions tenté de regarder du côté de la notion plus vaste de patrimoine d'affectation, dans le but de décrire cette universalité de caractères. Tandis que la substitution tient le grevé pour propriétaire du bien transmis (C.c.Q., art. 1223), le concept de patrimoine d'affectation ignore la dichotomie droit personnel-droit réel. D'entrée de jeu, il marque donc un point. Il s'harmonise avec l'idée que l'on puisse avoir la maîtrise d'une chose sans que cette domination ne soit nécessairement synonyme de propriété. En fait, le patrimoine d'affectation doit son originalité à son existence indépendante de tout sujet de droit<sup>549</sup>. En dépit du refus de certains auteurs de donner leur aval à la formation de patrimoines dénués de titulaire<sup>550</sup>, le législateur québécois a entériné la thèse de LEPAULLE

---

<sup>547</sup> Voir *supra*, pp. 48 et 49.

<sup>548</sup> Le premier alinéa de l'article 1219 C.c.Q. présente le grevé comme étant celui qui a l'*obligation de rendre*, par opposition à l'appelé, qui a le *droit de recueillir*.

<sup>549</sup> P. LEPAULLE, *op. cit.*, note 542, pp. 26, 27, 31 ; J. E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 546, 747 et 748.

<sup>550</sup> Nous nous contenterons ici de rapporter l'opinion de François FRENETTE, pour qui la fiducie serait une modalité de la propriété. Le juriste ne se cache pas pour dénoncer que la reconnaissance d'une propriété dépourvue de maître est «tirée par les cheveux». Voir Sylvio NORMAND et Jacques GOSSELIN, «La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise», (1990) 31 *C. de D.* 679, 694 et 725.

Modalité de la propriété, propriété restreinte ou *sui generis* sans bénéfice direct pour son titulaire, patrimoine personnifié ou simplement assorti d'une affectation... Ces images, au premier regard discordantes, dénotent néanmoins une volonté commune, chez les auteurs québécois, d'endosser la

postulant que les biens affectés n'appartiennent à personne<sup>551</sup>. Cette approche, qui a réussi à se frayer un chemin dans le *Code civil du Québec*, surplombe toute la polémique que sème la propriété des déchets organiques humains. Elle permet de concevoir le corps autrement qu'en termes de propriété individuelle ou collective ; le sort des démembrements et des résidus corporels est dès lors tributaire de leur affectation. Notons de surcroît que, dans l'accomplissement de sa mission, le gérant d'un patrimoine affecté peut exercer des pouvoirs considérables. À l'exception du fait que les biens administrés ne peuvent passer à ses héritiers et servir de gages à ses créanciers personnels, ses prérogatives peuvent ressembler étrangement à celles d'un propriétaire<sup>552</sup>. Cette implication personnelle compte, quant à la problématique sous étude, parmi les attraits de la notion de patrimoine d'affectation, en comparaison du concept de patrimoine commun de l'humanité, en vertu duquel l'usage des choses non appropriées est orchestré par le droit public.

Pour autant que la loi et l'ordre public ne soient pas enfreints, l'affectation donnée à un patrimoine peut être déterminée aussi librement que l'éventail des pouvoirs attribués au gérant. Pierre LEPAULLE fait par ailleurs mention de la possibilité de ne pas traiter tous les bénéficiaires sur un pied d'égalité<sup>553</sup>. Pendant que la fiducie insérée dans le *Code civil du Québec* focalise sur l'intérêt collectif ou privé et ne fait allusion à quelque préférence ou «droit de préemption» en faveur d'un bénéficiaire, pourquoi ne pas, dans ces conditions, imaginer un patrimoine «d'affectation mixte» accordant le primat à la personne ? Ainsi, les composantes anatomiques pourraient faire l'objet d'une affectation prioritaire à la personne - un peu comme Jean-Christophe GALLOUX l'a avancé - et se voir subsidiairement affectées au bien-être de l'humanité. Le tout pourrait prendre la forme d'un système bicéphale centré, d'une part, sur le consentement de la personne à ce que ses tissus parviennent à la science et, d'autre part, sur la gratuité des échanges consentis. L'accent devrait effectivement être mis, non pas sur l'élaboration de mesures coercitives, mais sur l'éducation du public, en général peu informé de l'utilisation médicale des matières corporelles résiduelles. La tâche à laquelle la société devrait s'atteler consiste plus exactement à solidariser les individus, en portant à leur connaissance le potentiel thérapeutique que leurs tissus peuvent renfermer et en les sensibilisant au partage. Les réticences du milieu biomédical à lever le rideau sur les

---

création de masses de biens consacrées à la réalisation de projets précis, et sujettes à une emprise individuelle se distinguant de la pleine propriété. Pour un exposé des solutions ci-dessus énumérées, voir *id.*, 690-695, 719-726.

<sup>551</sup> *Id.*, 719 et suiv.

<sup>552</sup> Le *trustee*, signale M. LEPAULLE, peut se voir octroyer un pouvoir d'appréciation très étendu. Il peut même être habilité à indiquer le mode d'emploi des biens reçus, eu égard à leur finalité. P. LEPAULLE, *op. cit.*, note 542, pp. 10-12.

<sup>553</sup> *Id.*, p. 172.

pratiques qui ont actuellement cours dans les domaines de la recherche et de la bio-industrie ne font que cultiver la suspicion. L'on peut escompter qu'une fois qu'ils auront pris conscience de leur étroite parenté biologique et que la confiance se sera installée, les citoyens seront enclins à faire acte de générosité. Ils réaliseront que si la nature les a choyés de ressources accessoires à leur vie terrestre, ils ne sauraient, pour peu qu'ils n'en souffrent dans leur corps et leur esprit, en avoir le bénéfice exclusif. Le succès d'une telle entreprise ne saurait, en revanche, être assuré sans la coopération de la communauté scientifique, d'après des méthodes de distribution des profits tirés de l'exploitation commerciale des biotechniques.

Cela étant, nous estimons que la notion de patrimoine d'affectation, sortie de l'ombre depuis la réforme du *Code civil du Québec*, mérite d'être visitée par qui cherche à définir le régime juridique des déchets opératoires. De par la formulation du Titre sixième du Livre quatrième - intitulé *De certains patrimoines d'affectation* - le Code nous y invite au surplus, insinuant que cette dernière expression n'embrasse pas que la fiducie et la fondation, auxquelles il s'attarde en particulier. Si l'on se reporte à la théorie de LEPAULLE, un patrimoine d'affectation se résume à un ensemble de biens à vocation spécifique, qui se juxtapose aux patrimoines personnels des constituant, gérant et bénéficiaire<sup>554</sup>. Malgré que la scission des qualités de gérant et de bénéficiaire soit une garantie essentielle à la séparation des patrimoines, l'auteur rejette la perspective de ramener cette figure du droit à une trinité<sup>555</sup>. Du reste, rien ne paraît faire obstacle à ce que le législateur, de sa propre autorité, décrète que l'organisme humain et ses composants sont doublement affectés à l'usage de la personne et au mieux-être de l'humanité<sup>556</sup>.

Certes, le caractère réel que sous-entend le mot «patrimoine» peut devenir un «irritant» auprès des juristes qui continuent d'adhérer à un discours moniste. En même temps, le morcellement du corps en matériaux interchangeableables donne de plus en plus de fil à retordre à ces loyaux défenseurs. Qu'on le veuille ou non, cette dissociation du corps et de la personne met fin à une union que l'on jugeait indéfectible. L'exemple des choses sacrées - ou des biens hors commerce -, cité plus haut<sup>557</sup>, nous fait comprendre que la qualification d'un élément en tant que *res* n'équivaut pas à le jeter dans la fosse aux lions et à le décapier

---

<sup>554</sup> *Id.*, pp. 26 et suiv.

<sup>555</sup> *Id.*, pp. 25 et 26.

<sup>556</sup> Voir, entre autres, *id.*, p. 217, où l'auteur souligne qu'une personne qui n'est pas propriétaire peut se voir légalement déléguer le pouvoir de constituer un *trust*.

<sup>557</sup> *Supra*, note 160 et p. 101.

de l'épaisse couche de symboles dont il peut être revêtu. Les édifices religieux et les objets du culte sont fondamentalement des biens non négociables en raison de la vénération qu'on leur témoigne. Ceux-là mêmes qui assimilent le corps à la personne ne classent-ils pas allègrement ce dernier dans la catégorie des choses hors commerce<sup>558</sup>? La vente des produits sanguins, des phanères, du lait maternel et, jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, des matières organiques renouvelables prouve de plus la valeur économique des substances d'origine humaine. Pour les fervents des dogmes monistes, le saut du registre des personnes à celui des choses est, sans contredit, dramatique et périlleux. Mais, lorsqu'on y réfléchit, y a-t-il une différence sensible entre déclarer que le corps et ses démembrements font partie d'un patrimoine affecté en priorité à la personne, proclamer qu'ils participent de celle-ci ou les inclure dans une classe intermédiaire leur conférant une nature mi-personnelle, mi-réelle ? Et si les barrières qui délimitent ces options, toutes axées vers le respect et la primauté de la personne en son corps, n'étaient que linguistiques ?

---

<sup>558</sup> Voir nos commentaires, *supra*, section 2.1.2.

## CONCLUSION

À l'instar de tant d'autres observateurs, la plupart d'entre nous ont probablement cru que les percées de la science finiraient par clôturer le débat dont le statut du corps humain est l'objet, et que les difficultés soulevées par cette question controversée se résorberaient du coup. Or, à l'aube de ce second millénaire, nos espoirs se voient trompés. Loin d'apaiser les querelles entre les partisans des diverses écoles de pensée mêlées au débat, les innovations scientifiques alimentent les dissensions et accentuent le dilemme dans lequel la nature et la finalité des composantes organiques humaines plongent la société. Parallèlement aux biotechniques, qui attestent la relative homogénéité des lots géniques répartis au sein de la population, la cartographie du génome met en relief «l'individualité biologique» de chaque membre de la collectivité humaine. De fait, plus les chercheurs décortiquent le matériel chromosomique de l'homme, plus ils découvrent son influence sur le comportement et les traits caractériels de chacun. Outre que l'hérédité imprime à l'individu une apparence physique qui le singularise, elle réglerait ni plus ni moins ses humeurs. L'alcoolisme, la schizophrénie, et combien d'autres phénomènes psychosociaux hier imputés à des facteurs tenant au milieu, sont aujourd'hui catalogués comme étant des tares héréditaires ou des manifestations de prédispositions innées. Alors que, suivant un courant à la mode ces dernières décennies, psychothérapeutes et éducateurs prétendaient pouvoir tout expliquer par l'action de l'environnement, presque toutes les conjectures semblent désormais permises au sujet de la connexité entre les gènes et la personnalité.

En vérité, l'avènement des biotechnologies et les méthodes actuelles d'investigation des molécules d'A.D.N. humain ont enclenché, si l'on peut dire, un «virage génétique». En ce qu'il s'intéresse au corps, le droit n'échappe pas à cette révolution biologique, qui tantôt nous entraîne vers une vision unifiée et indifférenciée du patrimoine héréditaire, tantôt jette la lumière sur le contenu personnel des génotypes individuels. Après avoir longtemps somnolé dans les calmes profondeurs du droit, l'organisme humain et ses constituants sortent ainsi de leur retraite pour se retrouver au beau milieu du tumulte. Conformément à ce à quoi l'on devait s'attendre, les juristes affrontent la tempête en demeurant fidèles à leurs habitudes. Guidés par leur tendance positiviste, les civilistes se cloîtent dans leur

univers conceptuel, où ils se montrent à l'affût de la moindre lueur susceptible de leur indiquer la route conduisant les éléments corporels à bon port. Leur acharnement à vouloir amarrer les substances anatomiques à l'une de leurs catégories a cependant ceci de déplorable qu'il les pousse parfois à user de sophismes ou à exprimer leur pensée dans un langage qui, à certains égards, peut paraître diffus. Plutôt que de se résigner à faire le deuil des paradigmes qu'ils ont fièrement bâtis au fil des siècles, les civilistes préfèrent en effet s'abandonner à des raisonnements captieux ou ne survoler ces notions - par crainte de s'y enliser -, quitte à entacher leurs institutions et les valeurs les plus chères à leur civilisation.

Nous n'avons nullement l'intention de faire ici le procès du positivisme, dont nous ne doutons d'ailleurs pas des mérites en maintes occurrences. La possibilité de référer à une grille préétablie de concepts est un atout incontestable qui, en plus de contribuer à la cohésion du droit, aide grandement à la lecture des faits. Néanmoins, force est d'admettre que la reproduction servile des patterns réunis dans cette grille peut quelquefois très mal servir le juriste. C'est à notre avis le cas, quand arrive le moment de qualifier les déchets biomédicaux. Aussi serait-il de bon ton d'enterrer ce préjugé - que trop de privatistes entretiennent hélas - selon lequel le défaut des modèles mis en place par le droit d'englober une réalité symbolise l'échec, la défaite. Pareil constat doit au contraire recevoir une interprétation constructive. Il doit être perçu comme une incitation à partir à la découverte de champs conceptuels inexplorés, dans le but de se ressourcer. Car une discipline en santé se reconnaît à sa vitalité. Un droit hostile à l'injection de sang neuf, qui s'enfonce dans ses notions présente d'inquiétants signes pouvant, à plus ou moins brève échéance, le mener à l'asphyxie.

Encore que de nouvelles pistes de solution aient été défrichées, peu d'auteurs ont jusqu'à maintenant renoncé au confort douillet de leurs catégories pour répondre à l'invitation et se lancer à l'aventure. Là-dessus, il faut mentionner que les civilistes ne sont pas les seuls à blâmer. Malgré qu'ils évoluent à l'intérieur d'un système juridique beaucoup moins hermétique et qu'on ne leur connaisse pas cet attachement viscéral aux structures traditionnelles que manifestent leurs homologues civilistes, les juristes anglo-saxons sont également sédentaires. Ils s'accommodent tant bien que mal des concepts existants, et ce, au risque de les écorcher. En réalité, leur préoccupation première ne consiste pas à mettre au point un statut des produits d'origine humaine qui soit impeccable sur le plan de la technique et de l'argumentation juridiques, mais bien à obtenir la cote auprès des lobbies. Ces artisans du droit ne se comportent plus tellement à la manière de juristes - appliquant un code et une logique propres à leur discipline; ils puisent, dans l'éventail d'options qu'ils

ont sous les yeux, ou concoctent les formules les plus acceptables politiquement. Le *right of commerciality* - dont la paternité revient à Roy HARDIMAN - se révèle un excellent exemple de stratégie montée avec doigté, dans le dessein exprès de rendre justice à toutes les parties impliquées dans le développement des biotechnologies.

L'on s'aperçoit qu'il n'y a pas qu'une propension naturelle à s'emmurer dans les notions élaborées par le droit classique qui puisse être la cause de raisonnements «tordus» de la part des juristes. Ces modes de représentation subissent infailliblement les tensions politico-sociales ambiantes. Il faudrait être naïf pour s'imaginer que le droit est confiné à un cocon et baigne dans une atmosphère aseptisée. Cela est particulièrement vrai lorsque l'on a affaire à de puissants lobbies tels celui de l'industrie biomédicale. La longueur d'avance que détient notamment cette industrie - qui a eu longtemps le champ libre pour fixer les règles du jeu - complique davantage les choses, laissant au législateur une marge de manoeuvre réduite. Dans le même ordre, supposons un instant que les figures traditionnelles du droit aient été absolument inconciliables avec les visées politiques et sociales promues, l'on peut fortement présumer que le législateur français n'aurait pas, en juillet 1994, écouté ses pulsions positivistes. Il s'est réfugié au creux des catégories habituelles et s'y est cramponné, sachant qu'il pourrait, grâce à quelques acrobaties, satisfaire les principaux groupes d'intérêts concernés. La jurisprudence étudiée ne manque pas non plus, de son côté, d'illustrer combien la position des acteurs qui se situent à l'avant-scène du droit peut être conditionnée par des motifs extra-juridiques.

Mais l'empreinte des biotechnologies sur le droit est encore plus profonde. L'intensification des pressions en provenance de la bio-industrie est en train de redéfinir les couleurs qu'affiche la pensée juridique. Elle provoque entre autres un déplacement des courants idéologiques auxquels cette dernière obéit. On remarque effectivement que les théories libertaires, qui exaltent la propriété individuelle du corps, accusent un important recul aux États-Unis. Conscients que leur ardeur individualiste est de nature à mettre des bâtons dans les roues à la technoscience, les juristes se voient forcés de tourner le dos aux valeurs insufflées à la *common law* dans la fièvre des années 1970 et 1980. À l'inverse, les thèmes libertaires, auxquels les civilistes n'avaient pas vraiment prêté une oreille attentive, exercent sur les auteurs français une étonnante fascination. Après avoir fait basculer une partie de la doctrine dans le matérialisme cartésien, les réalisations de la médecine - que ce soit au chapitre de la greffe d'organes ou des biothérapies - font franchir à l'organisme humain un pas de plus en direction d'une appropriation privée. La propriété devient un

incontournable mécanisme de protection du corps contre les offensives que multiplie la science médicale.

Il est significatif de rappeler que le législateur français n'a pas été ébloui par les thèses libertaires importées des pays anglo-saxons. Si les lois du 29 juillet 1994 ont fait perdre au kantisme quelques plumes, c'est au profit de l'utilitarisme. En fait, dès que l'on s'approche du pouvoir, les possibilités d'intervention du droit se resserrent ; les répercussions socio-économiques des gestes posés sont d'autant préoccupantes. Retirer au secteur de la biotechnologie le contrôle qu'il avait acquis sur la gestion des déchets d'hôpitaux aurait été, d'un point de vue politique, jouer avec le feu. De même, à moins d'envenimer la crise générée par la pénurie d'organes et de tissus transplantables, valait-il mieux étriquer la notion de commerce juridique que d'aller au bout de convictions monistes, en faisant revivre la règle classique de l'indisponibilité du corps.

Ces façons différentes d'appréhender la réalité - qui opposent les juristes français au législateur et à leurs collègues de la *common law* - sont, à notre sens, attribuables au fait que les auteurs sont avant tout, chez les civilistes, des théoriciens. Quoique leur apport au développement du droit soit indéniable, le positivisme les a traditionnellement cloués au rôle de spectateurs, d'analystes ayant pour fonction d'éplucher et de synthétiser, sous forme de préceptes, les données émanant des sources « officielles » du droit que sont la loi et la jurisprudence<sup>559</sup>. Bien que les choses aient pu changer, on a l'impression que la doctrine française a conservé cette distance par rapport au cœur de l'action, position qui donne aux juristes l'occasion de méditer sans être constamment distraits par des considérations pratiques. Nous croyons honnêtement que le législateur, assailli de requêtes de toutes parts, aurait avantage à se montrer plus réceptif aux messages que livre la doctrine. Ces réflexions, qui s'attachent d'abord à l'essence des choses, constituent une énorme richesse pour les civilistes. Au cours de la dure bataille ayant précédé l'adoption des lois en matière de bioéthique, le législateur, alors très vulnérable, aurait pu puiser, dans ce cadre serein, la force de se tenir debout. En se prosternant devant la science et la bio-industrie, il a lourdement abîmé le visage du droit. C'est à se demander si un certain ordre politico-économique n'est pas en passe de supplanter l'ordre juridique et de s'y substituer.

Que dire maintenant des embryons sumuméraires ? Ceux qui avaient anticipé une abondante moisson de solutions novatrices au titre de la qualification de ces produits de la

---

<sup>559</sup> Sur ce, voir C. ATIAS, *op. cit.*, note 4, pp. 34 et suiv.

fécondation sont assurément restés sur leur faim. La réaction des juristes réserve, en effet, peu de surprises. Pendant que, sous l'éclairage foudroyant de la biologie, les vieilles certitudes s'effondrent, les civilistes s'isolent et se complaisent dans leurs catégories conceptuelles, faisant mine d'être à l'abri de tout ce fracas. Cette réclusion leur procure toutefois une fausse sécurité. À rompre le dialogue avec le monde extérieur, ils mettent en jeu leur crédit ainsi que leur aptitude à sélectionner et à dresser les solutions les plus appropriées. S'agissant d'un sujet controversé, le danger de tomber dans le piège de l'arbitraire est, de surcroît, spécialement présent. L'on doit, bien entendu, faire grâce au droit de ne pas transmettre un portrait parfaitement juste et fidèle de la réalité ; n'empêche que cette indulgence ne saurait excuser les errements du juriste. *Le «point de vue» sur l'être ne doit pas faire oublier l'être*<sup>560</sup>, écrit pertinemment Christian ATIAS. Trop de civilistes jettent leur dévolu sur la catégorie des personnes, avant même d'en avoir examiné les tenants et aboutissants. Puisque la personnalité juridique correspond, par définition, à la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations, nous maintenons qu'il est déraisonnable de coiffer de cette qualité un zygote chez qui il y a absence d'activité cérébrale et sensorielle, faute de structures nerveuses. On peut, par ailleurs, faire coïncider les concepts de «personne juridique» et d'être humain ; cependant, encore faut-il, pour se prévaloir de cette équation, que ce noyau cellulaire forme une individualité, ce qui, aux yeux de la science, semble discutable. Les civilistes qui persistent à classer l'embryon sumuméraire dans la catégorie des personnes s'exposent donc à ce que leur démarche soit taxée de factice et de partielle par les observateurs qui, de l'extérieur, l'analysent avec une vision réaliste.

La caractérisation du zygote en tant que «personne juridique» peut être attaquée sur un deuxième front. Vue de l'intérieur, elle se bute à des apories. Elle peut être accusée de perturber l'équilibre interne du droit. Comme nous l'avons démontré précédemment, elle oblige à rouvrir le brûlant dossier relatif à l'avortement. L'attribution de la personnalité juridique à l'embryon *in vitro* nous entraîne d'autre part sur un terrain miné ; elle se heurte chez nous à l'économie générale du Code civil. À l'évidence, l'obstination des civilistes à se barricader dans le droit positif et leur entichement pour la classe des personnes les portent à s'enfermer dans leurs raisonnements.

Même si la catégorie des personnes demeure un pôle d'attraction déterminant, il est opportun de spécifier que la loi et la jurisprudence se démarquent ici à nouveau de la doctrine. Affirmer que l'embryon est une personne à part entière n'aurait-il pas été

---

<sup>560</sup> *Id.*, no 81, pp. 152 et 153.

maladroit, considérant que la communauté scientifique comptait sur l'appui du législateur, afin de pouvoir s'adonner en toute légitimité à des recherches sur ce matériau humain, objet de convoitise ? La notion de «personne humaine potentielle», qui tempore les effets de la personnalité juridique tout en gardant en perspective le profil humain du zygote, est le véhicule que le législateur français devait choisir dans le but de remplir sa délicate «mission politique». L'octroi aux géniteurs du pouvoir exclusif de tracer la voie que parcourront leurs embryons non implantés se veut, au surplus, un moyen élégant de faire pénétrer ce matériel dans les laboratoires. Le législateur ne pouvait tout de même pas administrer à l'oeuf humain un traitement identique à celui assigné aux rebuts organiques... Pensant manier habilement l'art du compromis, il n'a réussi qu'à creuser l'écart qui le sépare de la doctrine. La jurisprudence française est, quant à elle, chancelante en ce qui regarde la nature de l'embryon congelé. Les tribunaux sont inhibés par la peur de commettre quelque bévue ; ils n'osent se positionner.

Enfin, tandis que les civilistes piétinent et s'empêtrent dans leurs concepts, la *common law* élargit ses horizons. Avec l'arrêt de la Cour suprême du Tennessee dans l'affaire *Davis*<sup>561</sup>, la notion de «préembryon», empruntée à la biologie, devait être intégrée au droit de cet État. Le jugement de première instance - aux termes duquel les embryons Davis étaient les *enfants* du couple - n'était décidément pas destiné à faire long feu. Les auteurs anglo-saxons se sont empressés de tirer à boulets rouges sur ce jugement qui a défrayé la chronique. Ces pourfendeurs se battent en faveur de la création d'une classe adjacente à l'ordre des personnes et à celui des choses, quand ils ne clament la substance réelle du zygote *in vitro*. En fait, la jurisprudence et la doctrine américaines respirent le matérialisme. Elles témoignent en cela de l'antagonisme entre le pragmatisme qui caractérise la *common law* et l'approche contemplative des auteurs latins. D'un autre côté, il faut signaler que la matérialité du zygote et son accessibilité aux chercheurs n'emportent pas, pour la majorité des juristes américains, le rejet des symboles dont est enduit ce spécimen humain. Les embryons surnuméraires éveillent un fort sentiment de respect. Pas question non plus, dans les circonstances, de remiser les schémas libertaires et d'évincer les géniteurs de la gestion des oeufs dérivés de leurs gamètes. À peu près tous s'entendent, en définitive, pour dire que la recherche sur l'embryon humain doit être assujettie à des protocoles rigoureux subordonnant l'offre en tissus embryonnaires à la volonté individuelle.

---

<sup>561</sup> Précitée, note 304.

Disparité, confrontation... voilà, pour résumer en deux mots, les commentaires que nous inspire cette vaste fresque du droit afférent à la propriété des déchets biomédicaux. Cet ensemble hétéroclite résulte, chez les civilistes, du choc des cultures humaniste et «techno-scientifique». Il n'est ni plus ni moins que le reflet d'un droit en mutation : face à la menace de changement qui gronde, les adeptes des thèses traditionnelles se campent sur leur position ; de nouvelles idées et théories font irruption ; les priorités temporelles gagnent simultanément du terrain auprès de ceux qui ont en mains les ficelles du pouvoir. Par contre, le droit n'est peut-être pas aussi décousu qu'il en a l'air. À bien y regarder, l'on détecte des constantes autour desquelles les juristes se rallient. La personne humaine se retrouve par exemple à la croisée des chemins. Dans l'optique kantienne, elle constitue la valeur sublime, la fin suprême vers laquelle doit converger toute action. Les sympathisants libertaires en font le pilote en qui repose la maîtrise du corps et de ses éléments. En somme, le droit civil et la *common law* accordent au consentement du patient une importance capitale, toutes opinions confondues. Une infime proportion de juristes s'avouent prêts à sacrifier cette exigence dans l'intention de se plier aux «caprices» de la science. Sous réserve de la montée, en France, du mouvement libertaire, il est également difficile, dans l'esprit des auteurs, d'ignorer la portion d'humanité qui loge dans le patrimoine héréditaire de chacun. Les biothérapies avivent les liens de solidarité entre l'individu et ses semblables. L'on note par conséquent, dans la pensée juridique, une récurrence des valeurs d'entraide, de partage et de fraternité.

Ces points d'intersection, ces lieux communs où se rencontrent les juristes et s'entrecroisent les diverses doctrines ou solutions prônées sont, d'après nous, d'effervescent foyer à partir desquels devrait émerger le régime juridique applicable aux résidus organiques humains. C'est effectivement en réconciliant les dimensions individuelle et collective qui cohabitent en chaque cellule, et non dans un climat d'affrontement, que le droit pourra judicieusement surmonter la période de transition qu'il traverse. L'intervention de la science ne saurait de quelque manière concourir à l'oppression de la personne, pas plus d'ailleurs que l'hommage rendu à cette dernière ne saurait systématiquement repousser les initiatives de la médecine. L'homme ne serait-il pas, dans l'un et l'autre de ces deux scénarios, le grand perdant... Le concept de patrimoine d'affectation nous paraît l'instrument désigné pour apprivoiser la dualité du matériel génétique et négocier le virage «techno-scientifique» amorcé.

Dans le cas précis des embryons surnuméraires, le droit est tout aussi bigarré. La nature énigmatique de ces oeufs humains le prend manifestement au dépourvu, si bien qu'il

n'est toujours pas parvenu à dénouer le noeud gordien - en admettant qu'il y arrive un jour. La nécessité de se doter d'une politique en matière de recherche et de manipulation sur l'embryon se faisant, au Québec et au Canada, pressante, il doit passer à l'action. La sagesse commande, selon nous, d'ériger des parapets en fonction des principes autour desquels existe un consensus. Habitué à ce que les faits et phénomènes viennent à lui et collent à ses catégories conceptuelles, le droit doit faire l'apprentissage de méthodes inductives. La définition du statut de l'embryon sumuméraire et des rebuts anatomiques humains ébranle sans conteste notre foi dans le positivisme.

## TABLE DE LA LÉGISLATION

### Textes canadiens

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

*Human Tissue Gift Act*, R.S.O., 1990, c. H-20.

### Textes québécois

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

*Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35.

*Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q., 1981, c. P-35, r. 1.

*Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, (1994) 126 G.O. II, 6124.

*Loi sur les fabriques*, L.R.Q., c. F-1.

### Textes américains

*Louisiana Act No 964* (14 juillet 1986).

### Textes français

*Loi no 76-1181 du 22 décembre 1976*, J.O. 23 décembre 1976, p. 7365.

*Loi no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, J.O. 30 juillet 1994, p. 11056.

*Loi no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, J.O. 30 juillet 1994, p. 11060.

## TABLE DES JUGEMENTS

### Jurisprudence canadienne et québécoise

*Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530.  
*Fabrique de la paroisse de l'Ange-Gardien c. P.G. du Québec*, [1980] C.S. 175.  
*Langlois c. Meunier*, [1973] C.S. 301.  
*Montréal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456.  
*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

### Jurisprudence américaine

*Davis c. Davis*, 842 S. W. 2d 588 (Tenn. 1992).  
*Del Zio c. Manhattan's Columbia Presbyterian Medical Center* (14 novembre 1978) New York 74-3558 (S.D.).  
*Diamond c. Chakrabarty*, 477 U.S. 303 (1980).  
*Hecht c. Superior Court*, 20 Cal. Rptr. 2d 275 (Ct App. 1993).  
*Lugosi c. Universal Pictures*, 603 P. 2d 425 (Cal. 1979).  
*Moore c. Regents of the University of California*, 249 Cal. Rptr. 494 (App. 2d Dist. 1988) ; 793 P. 2d 479 (Cal. 1990).  
*Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).  
*Venner c. State*, 354 A. 2d 483 (Maryland 1976).  
*York c. Jones*, 717 F. Supp. 421 (E. D. Va 1989).

### Jurisprudence française

Trib. gr. inst. Créteil, 1<sup>er</sup> août 1984, *Gaz. Pal.* 1984.II.560.  
Trib. gr. inst. Rennes, 30 juin 1993, *J.C.P.* 1994.II.22250, note Neirinck.  
Trib. gr. inst. Toulouse, 26 mars 1991, *J.C.P.* 1992.II.21807, note Pédrot.

## BIBLIOGRAPHIE

### Monographies et recueils

- ARBOUR, J.-M., *Droit international public*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1992.
- ATIAS, C., *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985.
- BARREAU DU QUEBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUEBEC, *La réforme du Code civil - Personnes, successions, biens*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993.
- BAUD, J.-P., *L'affaire de la main volée*, Paris, Éd. du Seuil, 1993.
- CAPARROS, E. (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 1993.
- CORNU, G., *Droit civil*, t. II, Paris, Éd. Montchrestien, 1984.
- DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps, Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur, Société d'Études Morales, Sociales et Juridiques, 1982.
- DRAI, R. et M. HARICHAUX (dir.), *Bioéthique et droit*, Paris, P.U.F., 1988.
- EDELMAN, B. et M.-A. HERMITTE (dir.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, C. Bourgeois, 1988.
- GAARDER, J., *Le Monde de Sophie*, trad. par H. HERVIEU et M. LAFFON, Paris, Éd. du Seuil, 1995.
- GASCON, S., *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1993.
- GRUBB, A. (dir.), *Challenges in Medical Care*, Toronto, John Wiley & Sons, 1992.
- HOLMES, H.B. (dir.), *Issues in Reproductive Technology I: an Anthology*, New York, Garland, 1992.
- HUMBER, J.M. et R.F. ALMEDER (dir.), *Biomedical Ethics Review*, Totowa (New Jersey), The Humana Press, 1991.
- KOUBI, G. (dir.), *Propriété & Révolution*, Toulouse, C.N.R.S., 1990.
- LABBEE, X., *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires de Lille, 1990.
- LAFRANCE, G. (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989.
- LAMONTAGNE, D.-C., *Biens et propriété*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995.
- LEPAULLE, P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932.
- NYSSSEN, H. (dir.), *Génétique, procréation et droit - Actes du colloque*, Paris, Actes Sud, 1985.
- ROY, D.J., B.E. WYNNE et R.W. OLD (dir.), *Bioscience Society*, Toronto, John Wiley & Sons, 1991.
- SEVE, L., *Pour une critique de la raison bioéthique*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1994.

## Dictionnaires

CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987.

JERPAGNON, L. (dir.), *Dictionnaire des grandes philosophies*, Toulouse, Privat, 1973.

REID, H. (dir.), *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994.

ROBERT, P. (dir.), *Le Petit Robert 2*, Paris, Les Dictionnaires Robert, 1990.

## Thèses de doctorat

GALLOUX, J.-C., *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de doctorat, Bordeaux I, 1988.

## Articles de revue

ANDREWS, L.B., «My Body, My Property», (1986) 16 *Hast. Cent. Rep.* 28.

ANNAS, G.J., «A French Homunculus in a Tennessee Court», (1989) 19 *Hast. Cent. Rep.* 20.

—————, «Whose Waste Is It Anyway? The Case of John Moore», (1988) 18 *Hast. Cent. Rep.* 37.

BERGMAN, H.R., «Case Comment : *Moore v. Regents of the University of California*», (1992) *American Journal of Law and Medicine* 127.

BERTIN, P., «Un doigt de droit, deux doigts de bon sens...», note sous Trib. gr. inst. Avignon (référés), 24 septembre 1985, *Gaz. Pal.* 1986.I.doctr.96.

BOULIER, W., «Sperm, Spleens, and Other Valuables : the Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts», (1995) 23 *Hofstra Law Review* 693.

BYK, C., «La recherche sur l'embryon humain : le point de vue juridique», (1995) 6 *Jal. Intern. Bioéth.* 221.

CALLAHAN, D., «The Puzzle of Profound Respect», (1995) 25 *Hast. Cent. Rep.* 39.

CAMPBELL, C.S., «Body, Self, and the Property Paradigm», (1992) 22 *Hast. Cent. Rep.* 34.

CASTELLI, M.D., «Les manipulations génétiques et le droit», (1988) 19 *R.G.D.* 5.

CAYLA, O., «La qualification, ou la vérité du droit», (1993) 18 *Droits* 3.

CHABERT-PELTAT, C., «Vers un statut du corps humain ? Analyse des projets de loi relatifs au corps humain et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain», *Gaz. Pal.* 1993.I.404.

CORNU, G., «La procréation artificielle et les structures de la parenté», [1986] *Rev. Ordem Advogados*, Lisbonne, 464.

D'ADLER, M.-A., «Fécondations *in vitro* : un risque flou», *L'Événement du jeudi*, semaine du 7 au 13 juillet 1994, p. 53.

DELEURY, É., «Du corps que l'on est au corps que l'on a : Quelques réflexions à propos des nouvelles dispositions du Code civil sur les prélèvements d'organes et de tissus et sur l'expérimentation chez les sujets humains», (1995) 6 *Jal. Intern. Bioéth.* 230.

—————, «La personne en son corps : l'éclatement du sujet», (1991) 70 *R. du B. can.* 448.

EDELMAN, B., «L'homme aux cellules d'or» *D.* 1989. chr. 34.

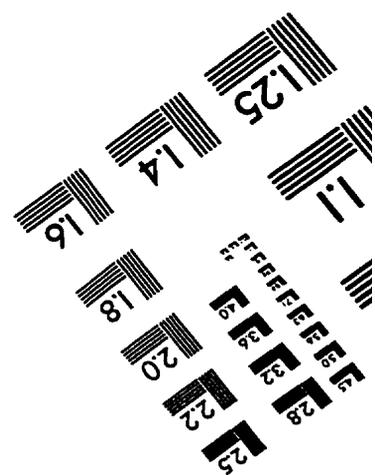
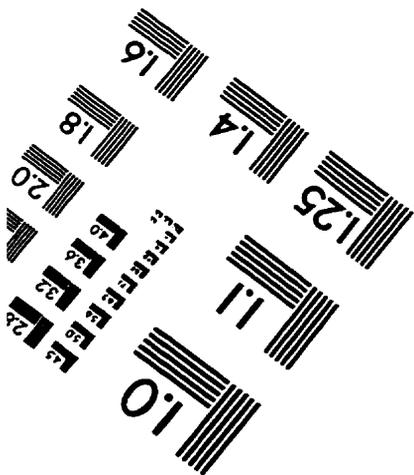
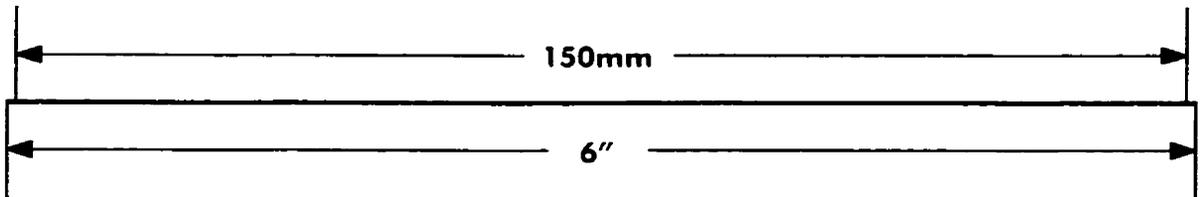
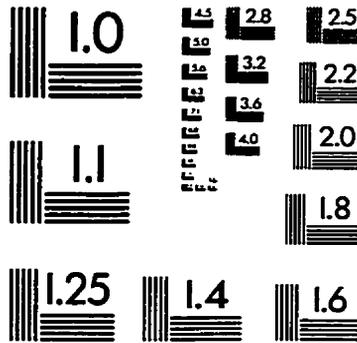
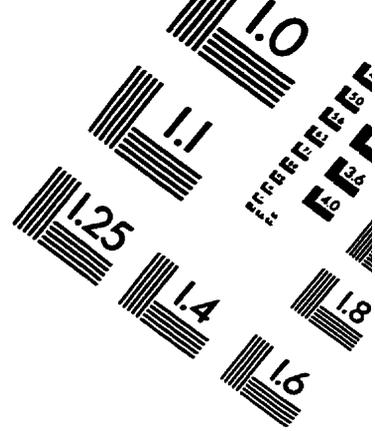
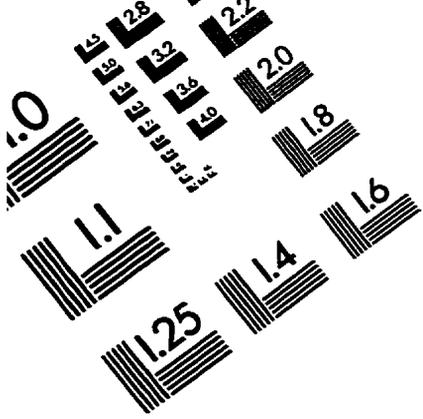
FIELD, N.E., «Evolving Conceptualizations of Property : A Proposal to De-Commercialize the Value of Fetal Tissue», (1989) 99 *The Yale Law Journal* 169.

- GALLOUX, J.-C., «La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine», [1992] *R.I.D.C.* 583.
- , «Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français», (1989) 30 *C. de D.* 1011.
- GILMOUR, J.M., ««Our» Bodies : Property Rights in Human Tissue», (1993) 8 *RCDS* 113.
- GROMB, S et J.-H. SOUTOUL, «Régime juridique et considérations éthiques relatifs au placenta humain», *Journal de Médecine Légale Droit Médical* 1994, T. 37, No 2, 107.
- HARDIMAN, R., «Toward the Right of Commerciality : Recognizing Property Rights in the Commercial Value of Human Tissue», (1986) 34 *UCLA Law Review* 207.
- HERMITTE, M.-A., «Le corps hors du commerce, hors du marché», (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 323.
- HEYER, C., «*Moore v. Regents of University of California* : The Right of Property in Human Tissue and its Effect on Medical Research», (1990) 16 *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 629.
- HOFFMASTER, B., «Between the Sacred and the Profane : Bodies, Property, and Patents in the *Moore* Case», (1992) 7 *I.P.L.* 115.
- HOTTOIS, G., «Solidarité et disposition du corps humain. (Au-delà de la symbolique du don et de l'opérativité du marché)», (1991) *XXX Dialogue* 365.
- JESTAZ, P., «La qualification en droit civil», (1993) 18 *Droits* 45.
- LABRUSSE-RIOU, C., «Droit du corps, lois sur le corps», *Éthique, La vie en question* (1991), no 1, 16.
- LAVOIE, J., «Ownership of Human Tissue : Life after *Moore v. Regents of the University of California*», (1989) 75 *Virginia Law Review* 1363.
- LEMENNICIER, B., «Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ?», (1991) 13 *Droits* 111.
- LOISEAU, G., « Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps », (1992) 37 *R.D. McGill* 965.
- MARUSYK, R.W. et M.S. SWAIN, «A Question of Property Rights in the Human Body», (1989) 21 *Revue de droit d'Ottawa* 349.
- MATTHEWS, P., «Whose Body ? People as Property», (1983) 36 *Current Legal Problems* 193.
- MEMETEAU, G., «Cet obscur objet du désin», (1990) 21 *R.D.U.S.* 269.
- MUNZER, S.R., «Kant and Property Rights in Body Parts», (1993) 6 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 319.
- NEIRINCK, C., note sous Trib. gr. inst. Rennes, 30 juin 1993, J.C.P. 1994.II.22250.
- NORMAND, S. et J. GOSSELIN, «La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise», (1990) 31 *C. de D.* 679.
- O'CONNOR, J.J., «The Commercialization of Human Tissue - The Source of Legal, Ethical and Social Problems : an Area Better Suited to Legislative Resolution», (1990) 24 *Loyola of Los Angeles Law Review* 115.
- PARKER, P.M., «Recognizing Property Interests in Bodily Tissues», (1989) 10 *The Journal of Legal Medicine* 357.
- RADIN, M.J., «Property and Personhood», (1982) 34 *Stan. L. Rev.* 957.
- RASSAT, M.-L., «Le statut juridique du placenta humain», J.C.P. 1976.I.2777.
- RAYMOND, G., «Le statut juridique de l'embryon humain», *Gaz. Pal.* 1993.I.524.
- RITTER, K.P., «*Moore v. Regents of the University of California* : The Splenetic Debate Over Ownership of Human Tissue», (1992) 21 *Southwestern University Law Review* 1465.
- ROBERTSON, J.A., «In the Beginning : the Legal Status of Early Embryos», (1990) 76 *Virginia Law Review* 437.

- , «Resolving Disputes over Frozen Embryos», (1989) 19 *Hast. Cent. Rep.* 7.
- , «Symbolic Issues in Embryo Research», (1995) 25 *Hast. Cent. Rep.* 37.
- ROSENBERG, L.E., «Using Patient Materials for Product Development: A Dean's Perspective», (1985) 33 *Clinical Research* 452.
- SMITH, G.P., «Australia's Frozen «Orphan» Embryos: a Medical, Legal and Ethical Dilemma», (1985-86) 24 *Journal of Family Law* 27.
- VIGNEAU, D., «À propos des embryons surnuméraires : observations sur l'Avant-projet de loi relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'homme», dans *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse, 1989, p. 163.
- WAGNER, A.B., «The Legal Impact of Patient Materials Used for Product Development in the Biomedical Industry», (1985) 33 *Clinical Research* 444.
- WELLS, T., «The Implications of a Property Right in One's Body», (1990) 30 *Jurimetrics Journal* 371.
- , «What Research ? Which Embryos ?», (1995) 25 *Hast. Cent. Rep.* 36.

### Rapports et autres documents

- COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, «Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons ou de foetus humains morts à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques», dans *Rapport 1984*, Paris, La Documentation française, 1984.
- , «Avis sur les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation de cellules humaines et de leurs dérivés», dans *Éthique et recherche biomédicale : rapport 1987*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 18.
- , *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993.
- COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, par B. M. KNOPPERS, Document d'étude, Ottawa, La Commission, 1991.
- , *La procréation médicalement assistée*, Document de travail no 65, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992.
- , *Les crimes contre le foetus*, Document de travail no 58, Ottawa, La Commission, 1989.
- , *Prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains*, Document de travail no 66, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Sciences de la vie - De l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, 1988.
- MATTEI, J.-F., *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1994.
- THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, «Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies», dans *Fertility and Sterility*, septembre 1986, vol. 46, no 3, 76S-78S.
- U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells*, par G. B. WHITE et autres, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1987.



**APPLIED IMAGE, Inc**  
1653 East Main Street  
Rochester, NY 14609 USA  
Phone: 716/482-0300  
Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc., All Rights Reserved