

DIL
9

Florence Bellivier

Institut universitaire européen de Florence.

Octobre 1991.

LE CORPS HUMAIN ENTRE PROPRIETE INDIVIDUELLE
ET PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITE.

Mémoire de L.L.M. sous la direction de Messieurs les Professeurs
Teubner et Nerhot.

LAW
Fgp9
BEL

F. BELLIVIER

European University Library



3 0001 0015 0494 5

Fgpj
Fgpj

BFL

Florence Bellivier

Institut universitaire européen de Florence.

Octobre 1991.

LE CORPS HUMAIN ENTRE PROPRIETE INDIVIDUELLE
ET PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITE.

LAW F9p9
BEL

Mémoire de L.L.M. sous la direction de Messieurs les Professeurs
Teubner et Nerhot.

La nature du rapport existant entre le sujet et son propre corps, entre les corps des sujets, *via* la maîtrise que l'un peut exercer sur l'autre, ou entre le corps social et le corps des citoyens, voilà une vieille question philosophique, théologique, politique et juridique, qui s'est refait une jeunesse avec le développement des biotechnologies dans leur application à l'homme. Cet "ensemble de techniques et de connaissances liées à l'utilisation du vivant dans les processus de production, et issues des progrès récents de la biologie moléculaire"¹ a, en effet, accéléré un processus déjà bien entamé, celui de la patrimonialisation de la personne, qui rogne progressivement le principe séculaire selon lequel celle-ci est placée au-dessus des conventions. Dès 1932, on pouvait écrire : "sans pénétrer tout à fait dans le commerce juridique, elle [la personne] voit s'atténuer le splendide isolement où l'avait placée une longue évolution ; descendue du piédestal où l'avaient hissée la déclaration des Droits de l'homme et le code civil de 1804, elle devient volontiers matière à tractations, à abandons, à réparations, à combinaisons ; parfois elle est traitée comme une valeur économique et juridique, voire comme un colis ; elle se hausse ou elle s'abaisse, au niveau d'une chose ; elle se commercialise, elle se patrimonialise ; nous serions tenté de dire qu'elle

1. Ducos Ch. et Joly P.B. *Les biotechnologies*. Paris : éd. La Découverte, 1988, p. 5.

s'américanise."² A cette époque, la démonstration de cette affirmation reposait sur l'analyse de la clause d'inaliénabilité concernant les incapables, des conventions restrictives de la liberté du commerce, de l'industrie et du travail, du mécanisme des assurances sur la vie, des clauses de non-responsabilité (transport aérien), de la notion de risque accepté et, enfin, de l'obligation contractuelle de sécurité. Aujourd'hui, un nouvel argument vient conforter cette thèse : l'utilisation de plus en plus poussée du corps humain, de la conception à la mort, au moyen de techniques médicales toujours plus perfectionnées grâce aux percées foudroyantes de la biologie moléculaire ces trente dernières années, le tout s'inscrivant dans la logique générale du progrès scientifique, qui lui-même n'est pas univoque. En effet, si les fins poursuivies sont en principe thérapeutiques, elles ne le sont pas toujours en réalité, pour deux raisons : d'une part si la recherche pure est un leurre, en ce sens que toute découverte scientifique vise, à terme, à trouver une application pratique, il y a souvent un fossé, au moins temporel, entre celle-ci et celle-là ; d'autre part, la recherche scientifique est inséparable de la réalité économique dans laquelle elle se déploie, qui est celle du marché car le progrès coûte cher et peut rapporter beaucoup. D'où cette deuxième constatation : le corps, objet d'utilisations diverses, a acquis une valeur économique

2. Jossierand L. "La personne humaine dans le commerce juridique", *Dalloz*, Recueil hebdomadaire 1932, chronique, p. 1.

certaine, qui s'attache moins à l'ensemble qu'aux éléments qui le composent.³

Ainsi, le sang en vue de la transfusion, les organes pour les greffes, le sperme et les ovocytes pour l'insémination artificielle, le placenta pour la fabrication de cosmétiques, les embryons pour la recherche sur les débuts de la vie humaine, encore voilés de mystère, tous ces éléments ou produits, même s'ils ne sont pas toujours monnayés, ont une valeur d'échange considérable.

A ces constats il serait possible d'objecter qu'il n'y a là rien de renversant, que les cadavres sont disséqués depuis des siècles, que le don ou la vente du sang fonctionnent selon des mécanismes bien connus, qu'il n'y pas de différence fondamentale entre, par exemple, le don du sang et le don du sperme. Mais ce serait, semble-t-il, nier trois faits capitaux qui seront au centre des développements suivants. Tout d'abord, le rythme des découvertes scientifiques, des nouvelles technologies qui en découlent et, par conséquent, des problèmes divers qui en résultent rend précaire tout acquis sur telle position politique, sociale ou juridique⁴ ; ensuite, les nouvelles technologies ont, par le biais

3. "Dead or alive, the human body now has an intrinsic value. To be precise, that value inheres not in the body as an entity but in its component parts." (Scott R. *The body as property*. London : Allen Lane, 1981, p. 3).

4. Voici deux témoignages de la manière dont le droit peut se laisser dépasser par la science en mesurant mal la rapidité du rythme scientifique. En 1966, on pouvait écrire : "Passerait-on insensiblement de la simple évaluation du dommage à l'entrée de la personne dans le commerce juridique ? Certains indices le laisseraient parfois supposer : Aujourd'hui la vente de sang, demain peut-être la vente d'organes... mais l'évolution n'est pas telle qu'on puisse la tenir

des procréations médicalement assistées, bouleversé les conceptions les plus anciennes concernant la reproduction humaine : d'un point de vue technique, on peut, aujourd'hui, procréer sans recours à la sexualité, créer un embryon hors du corps de la femme, faire naître un enfant très longtemps après la mort de ses parents. Le fait que la technique rende possible ce qui, jusque-là, n'était qu'imaginé et abstraitement pensé, donne aux situations un caractère proprement inédit. Enfin, et surtout, ces phénomènes ont une dimension collective, à double titre, qui rend leur traitement très délicat : d'une part, vu les moyens d'extension des procédés techniques dans nos sociétés occidentales, les attentes de celles-ci en matière de santé et de bien-être, auxquelles il est répondu, du point de vue juridique, par une tendance à la multiplication des droits subjectifs, c'est une fraction de plus en plus large de la société qui est

pour opérée, loin de là. Irait-elle plus avant que, de toute manière, la barrière de l'ordre public interviendrait pour protéger l'homme contre les égarements de son propre consentement, en prohibant des contrats trop dangereux pour lui (expérimentation chirurgicale)." (Catala P. "La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne", *Rev. trim. dr. civ.* 1966, p. 210). Et en 1981 encore, on pouvait affirmer que la possibilité d'invoquer l'abus de droit pour sanctionner un excès dans la disposition de soi "n'est que théorique" et que "la tentation n'est pas très grande de considérer qu'un sujet serait créancier, emprunteur ou locataire de son corps. La doctrine n'y fait d'ailleurs jamais allusion." (Dijon X. *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*. Namur : Travaux de la faculté de droit de Namur n. 13, Société d'études morales, sociales et juridiques ; Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, Editeurs, 1982, p. 658 et p. 661). On verra que cet optimisme n'a pas été confirmé par les faits, que l'ordre public s'est affaibli et que des mécanismes du droit des biens ont été appliqués au corps humain.

touchée par ce vaste mouvement de mise à disposition des corps ; d'autre part, et plus profondément, les progrès de la génétique humaine ont mis au jour la notion de patrimoine génétique, tant individuel que collectif, ainsi que la possibilité, en intervenant sur celui-là, d'affecter celui-ci, et donc l'espèce humaine.

On l'aura compris, toutes ces questions, et d'autres, qu'on a regroupées sous le terme de bioéthique, font appel, pour leur résolution, à des disciplines très variées. Parmi elles, le droit, qui est voué à arbitrer les intérêts en conflit, notamment ceux qui opposent l'individu à la collectivité, est amené à se prononcer en tout premier lieu, par la voix des tribunaux et, le cas échéant, des lois. Or, dans la plupart des litiges survenus à ce jour, ce qui est en jeu c'est, par-delà la qualification des éléments et des produits du corps humain, la nature juridique du rapport du sujet à son corps et de celui de la collectivité aux corps de ses membres. En effet, on aura amplement l'occasion de le voir, les techniques précédemment décrites aboutissent inévitablement d'une part à la dissociation de la personne-sujet de son corps réifié, d'autre part, sur le plan collectif, à une mise à disposition des modes et produits de la reproduction, confiés à la maîtrise des scientifiques, avec l'humanité comme bénéficiaire déclaré. Or, dès lors que l'on a pour catégories de pensée des personnes d'un côté, des choses de l'autre, on rencontre le droit de propriété, modèle du droit subjectif, qui exprime la maîtrise des uns sur les autres. On

montrera qu'effectivement, c'est ce mode de pensée qui sous-tend les décisions et lois intervenues à ce propos, et qu'il est soit approuvé, ce qu'on constatera dans la première partie, soit rejeté, ce qui sera développé dans un deuxième temps. Face à ces solutions apparemment inconciliables, une troisième voie est-elle possible ? Si la difficulté du droit est de penser le rapport de l'individu à son corps sans tomber dans l'abîme du droit de propriété et tout en quittant les sphères idéales pour donner forme juridique à des pratiques déjà banalisées, alors la notion de patrimoine peut être utile à deux titres : d'une part, le patrimoine étant traditionnellement conçu comme le reflet de la personne sur le monde des choses, et le corps étant intuitivement perçu sur le mode, sinon de la propriété, du moins d'une certaine appartenance, le patrimoine peut s'avérer capable de restaurer une unité perdue ; d'autre part, le patrimoine -juridique- a pour fonction primordiale de préserver pour transmettre ; or la transmission (de quoi? à qui?) est le noeud du problème constitué par la découverte et l'utilisation du patrimoine génétique de chacun et de tous. C'est à quoi sera consacrée la troisième partie. Mais auparavant, il convient de faire quelques remarques sur le champ de cette étude.

Il est doublement restreint. D'une part, on s'est limité à quelques pays (la France, l'Angleterre, l'Allemagne et les Etats-Unis) dont on a jugé bon de présenter et comparer les solutions en raison de la vigueur avec laquelle telle ou telle thèse a été défendue ici ou là. On n'aura pas de mal à s'apercevoir, en

effet, de l'extrême diversité des solutions, non seulement d'un pays à l'autre, ce qui pourrait s'expliquer par la différence des traditions juridiques, mais encore au sein d'un même pays : preuve supplémentaire de la nécessité de résoudre le problème à la racine, en essayant d'élaborer un statut juridique du corps qui tache de rendre compte de l'ensemble des exigences en la matière, faute de quoi on pourrait aboutir à des situations irrémédiablement dommageables. On pense ici plus particulièrement aux divergences fondamentales qui séparent certains pays européens et qui imposent prudence et imagination aux constructeurs de l'Europe. D'autre part, parmi les décisions judiciaires et législations intervenues sur la question, dans chacun des pays évoqués plus haut, on n'a retenu que les plus suggestives, les plus riches et, en général, les plus récentes : aucun souci d'exhaustivité ne préside donc à cette étude dont le but n'est pas, rappelons-le, de dresser un tableau des problèmes juridiques liés à la bioéthique en Europe et aux Etats-Unis, mais de montrer comment une institution juridique, le patrimoine, peut contribuer à résoudre les apories suscitées par la qualification du corps humain modelé par les biotechnologies.

I. Le corps, objet de propriété.

Un certain nombre de solutions jurisprudentielles ou de lois promulguées récemment présupposent la qualification⁵ du corps comme objet de propriété. Avant de présenter les plus caractéristiques d'entre elles, il convient de faire quelques remarques plus générales. D'une part, une carte juridique se dessine, sur laquelle les Etats-Unis et la Grande-Bretagne figurent comme les pays ayant affirmé le plus ouvertement cette position. Des raisons proprement scientifiques (le rôle pionnier joué par ces pays, quoique de manière non exclusive, dans le domaine des biotechnologies) et juridiques (une conception différente de la propriété en général, segmentée en *common law*, unitaire en droit civil continental⁶ ; une différence dans la répartition des compétences entre le législatif et le judiciaire) peuvent expliquer ce phénomène. D'autre part, étant admis que personne n'entend rétablir l'esclavage, la qualification réelle du corps humain se présente toujours comme poursuivant une finalité protectrice. Mais là où le bât blesse, comme on le verra, c'est lorsqu'il s'agit d'équilibrer les intérêts en présence. Dire que le corps est un

5. On emploie ici le terme dans son acception juridique la plus simple : "Donner à un fait un objet le nom qui lui convient légalement, c'est procéder à sa qualification." (Carbonnier J. *Droit civil. Introduction*. Paris : P.U.F., 1988, p. 57).

6. Voir Hardiman R. "Towards the right of commerciality : recognizing property rights in the commercial value of human tissue", *U.C.L.A. Law Review*, vol. 34, number 1, oct. 1986, p.p. 207-264, plus particulièrement p. 214, note 31, *in fine*.

objet de propriété ne règle rien si on ne précise pas qui exactement en est le propriétaire et quels sont les droits de celui-ci. Or c'est bien là que surgissent les difficultés. Signalons d'emblée la plus importante d'entre elles: l'affirmation d'un droit de propriété de l'individu sur son corps se fait moins en opposition aux droits des autres individus considérés isolément qu'à ceux d'une collectivité dont l'étendue reste à déterminer (selon les cas, il s'agira des scientifiques, des malades, ou de la société tout entière, contemporaine ou à venir). C'est donc l'articulation de ces centres d'intérêts qui est au coeur du problème. Enfin, soulignons qu'il serait inexact de mettre sur le même plan des solutions qui ont expressément considéré le corps comme un objet appropriable et celles qui ne l'ont fait qu'implicitement. C'est pourquoi on envisagera ces deux catégories successivement.

A. Un cas de reconnaissance judiciaire du droit de propriété de l'individu sur ses tissus : *Moore v. regents of California*.⁷

L'affaire dont il est question ici présente, en raison des faits mêmes, des intérêts en jeu, et de l'argumentation juridique à laquelle elle a donné lieu un caractère exceptionnel qui n'a pas échappé aux commentateurs. Il est donc indispensable d'exposer, fût-ce succinctement, les faits de l'espèce, la question précisément posée aux juges, les arguments en présence, et enfin un bref commentaire.

1. Les données du problème.

En 1976, J. Moore, atteint de leucémie, subit un traitement au centre médical de l'Université de Californie, à Los Angeles (U.C.L.A.). Au cours des soins, en octobre 1976, on lui prélève sa rate, dont les cellules s'avèrent être uniques. Sans que J. Moore y ait aucunement consenti, les médecins tirent de ses cellules une lignée à partir de laquelle ils produisent des substances pharmaceutiques de haute valeur. Les médecins font breveter la lignée cellulaire, passent des accords avec des firmes pharmaceutiques et réalisent

7. *Moore v. Regents of California* (21 juillet 1988), 249 California Reporter 494 ; sur cette décision, voir les articles suivants : Edelman B. " L'Homme aux cellules d'or", *Dalloz*, 1989, chronique, p. 225 ; Hardiman R. *art. précité* ; Sherman R. "The selling of body parts", *The National Law Journal*, vol. 10, n. 13, Monday, December 7, 1987, p. 1, 32-33.

ainsi d'énormes profits. Pendant sept ans, ils continueront à prélever de la sorte les tissus de leur patient, à son insu.

Le 11 septembre, celui-ci intente un procès à ses médecins. De l'ensemble des fondements de son action, on n'en retiendra qu'un seul : l'action dénommée "conversion" en droit américain, équivalant à notre action en revendication qui est accordée à tout propriétaire pour faire reconnaître son titre.⁸ La Cour devait donc répondre à la question suivante : la rate de J. Moore était-elle sa propriété, c'est-à-dire une chose sur laquelle il pouvait exercer un droit "d'usage, de contrôle et de disposition" ?

2. La bataille judiciaire.

a) Les arguments de la Cour.

Ils sont tous proprement juridiques, à l'exception d'une réserve prudente, mais de taille.⁹ Vu la complexité de la question, les juges ont recours à des arguments hétérogènes qu'il est possible de classer de la manière suivante.

8. *Conversion* : "a distinct act of dominion wrongfully exerted over another's personal property in denial of or inconsistent with his title or rights therein, ... without the owner's consent and without lawful justification", arrêt cité, p. 503.

9. La Cour fait référence à l'esclavage, pour recommander la prudence dans l'examen de la question, mais aussi comme parade initiale (jugement cité, p. 504). Le problème est très souvent abordé sous cet angle : voir aussi Scott R. *The Body as property*. London : Allen Lane, 1981, p. 26 et p. 184.

- Qu'est-ce-que la propriété ?

En bonne logique, la Cour se devait de commencer par là, à savoir la majeure du syllogisme. Elle constate que la propriété ne se définit pas en fonction de choses ou d'objets particuliers, mais en fonction du droit ou de la maîtrise légitimement obtenu sur ceux-ci. La propriété n'est rien de plus qu'une "collection de droits".¹⁰

- Le corps, quant à lui, est déjà objet de propriété.

Les juges démontrent, à l'aide de cinq exemples, que le corps est d'ores et déjà soumis à une emprise qui s'assimile au droit de propriété. Le premier est constitué par les déchets humains sur lesquels les tribunaux ont reconnu, quoique de manière négative, un droit de propriété appartenant à l'individu.¹¹ Le second concerne le principe même du traitement médical que tout individu a le droit d'accepter ou de refuser.¹² Troisièmement, les juges accordent un droit de propriété limité sur les cadavres, aux fins d'enterrement.¹³ De même, quatrième exemple, la cornée fait l'objet d'un droit de disposition conféré aux

10. "A collection of rights", jugement cité, p. 504.

11. Voir *Venner v. State* (1976) : "it cannot 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, but which normally are discarded after their separation from the body", *ibid.*, p. 505.

12. La Cour se réfère à des décisions de 1914 et 1986 : "every human being (adult and with a sound mind) has the right to determine whether or not to submit to lawful medical treatment", *ibid.*, p. 505.

13. "Even though full property rights are not recognize (*sic*) in dead body (because of public health concerns), a limited property right has been found (for the purpose of determining who shall have the body's custody for burial and preservation of the remains), *ibid.*, p. 506.

héritiers du défunt.¹⁴ Enfin, la Cour cite le "Medical experiment Act" de 1978, qui équilibre les impératifs liés à l'expérimentation sur les corps avec les droits des individus à disposer d'eux-mêmes.¹⁵ De cet ensemble de solutions, la Cour tire la conclusion que la notion de maîtrise, qui est l'essence du droit de propriété, existe déjà relativement au corps humain.

- Que représentent les ressources génétiques pour la personne ?

Ici, la Cour raisonne par analogie puis *a fortiori*.

Elle dessine une analogie entre le droit qu'elle cherche à établir, la propriété de chaque individu sur ses cellules, et un droit déjà existant, celui de chacun à la protection de son nom et de son apparence.¹⁶ Or, selon la Cour, si le droit a estimé devoir protéger le nom et l'image des personnes, alors *a fortiori* doit-il le faire pour les ressources génétiques qui, encore plus profondément qu'un nom ou un visage, expriment l'unicité de chaque être.¹⁷

- Conditions d'un consentement valable.

Les juges donnent deux précisions : tout d'abord, à supposer que le patient ait, comme le prétendaient les médecins, abandonné ses tissus, cet

14. "Body parts are not free from the taking, but are subject to the heir's right to dispose of them", *ibid.*

15. D'où l'adoption d'une "experimental subject's bill of rights".

16. La Cour fait référence à *Lugosi v. Universal pictures* (1979) : "once protected by the law, [the right of a person to the use of his name and likeness]... is a right of value upon which plaintiff can capitalize by selling licenses", *ibid.*, p. 508.

17. *Ibid.*, p. 508.

abandon ne peut en aucun cas être présumé ; ensuite, il ne faut pas confondre le consentement donné à un traitement chirurgical avec le fait d'accepter une recherche médicale sur les tissus prélevés et leur exploitation. L'un n'implique pas l'autre.¹⁸

b) L'opinion dissidente.

Elle émane d'un seul juge, qui développe une argumentation en deux temps.

- Tout d'abord, retenant comme hypothèse la qualification de la majorité, le juge dissident démontre d'une part qu'elle est incompatible avec les règles légales gouvernant la propriété¹⁹, d'autre part qu'elle manquerait son but quant au dédommagement du patient. Si les cellules de la rate du patient sont sa propriété, alors, pour le dédommager, il faut déterminer la valeur de l'objet (la rate). Mais, pour ce faire, on doit se placer au moment où l'organe fut prélevé du corps du patient. En effet, dans l'action en "conversion", la valeur à prendre en compte pour l'octroi d'une compensation financière, est celle qu'avait l'objet au moment où le propriétaire en a été dépossédé. Or on peut soutenir qu'à ce moment précis la valeur de la rate était minimale et qu'elle ne s'est accrue qu'à raison du travail accompli par les médecins.²⁰ La

18. *Ibid.*, p. 510.

19. *Ibid.*, p. 534. Sur ce point, voir *infra* p. 18.

20. Voir jugement préc. p. 537.

valeur du matériel brut étant donc inférieure à celle du matériel travaillé, les dommages et intérêts accordés au plaignant seraient de toute façon négligeables.

- Dans un second temps, le juge dissident, s'écartant du cadre tracé par les juges majoritaires, critique leur démarche même, en s'appuyant sur des raisons à la fois éthiques et juridiques. Plus exactement, il estime que l'extension du droit de propriété est une question trop cruciale pour être réglée par le pouvoir judiciaire.²¹ Selon lui, les conséquences qu'emporterait la reconnaissance d'un droit de propriété de l'homme sur les produits de son corps (à savoir la création d'un marché avec tous les effets liés au fonctionnement même du marché) commandent à tout le moins la prudence.²²

Pour conclure avec cette présentation, ajoutons que la Cour suprême a eu à connaître de cette affaire et qu'elle a finalement décidé que J. Moore n'était pas propriétaire de ses cellules, et ce parce que la reconnaissance d'un tel droit pourrait avoir des effets pervers qui entraveraient la recherche scientifique elle-même ; en revanche, le patient a droit à des dommages et

21. D'après Hardiman R. *art. cit.*, p. 215, l'extension du droit de propriété, aux Etats-Unis, est une oeuvre largement jurisprudentielle. En France, pour juger de la légitimité de la reconnaissance, par les juges, d'un droit de propriété de l'individu sur ses cellules, il faudrait déterminer si la matière relève des principes fondamentaux de l'article 34 de la Constitution ou non.

22. Jugement préc., p.p. 538-540.

intérêts car les médecins ont commis une faute en ne lui procurant pas les informations indispensables à un consentement éclairé.²³

3. Commentaire.

La portée de cette décision peut être mesurée d'une part en examinant les seules conséquences de la solution qu'elle préconise, d'autre part en la confrontant à d'autres logiques et systèmes concevables.

a) La logique du droit de propriété.

Elle présente deux caractères.

Tout d'abord, dans l'esprit des juges, elle a une finalité protectrice des droits des individus. En l'occurrence, il s'agissait de préserver J. Moore d'une exploitation financière de son corps, dont lui-même ne tirait aucun profit. Dans une autre espèce, comparable puisqu'elle a trait à la protection des incapables, un tribunal a mis en oeuvre la logique du droit de propriété pour autoriser une atteinte au corps d'un incapable, l'opération étant censée, au bout du compte, protéger celui-là même à l'intégrité duquel on attentait.²⁴ Plus précisément, les juges ont permis à des médecins de prélever un rein de l'incapable pour le

23. L'arrêt utilise les expressions "breach of fiduciary duty" et "lack of informed consent". Voir California Reporter, 2, 7, 1, 146.

24. Voir Scott R. *op. cit.*, p.p. 108-109.

réimplanter sur son frère gravement malade. Ils se sont fondés sur la doctrine dite du jugement substitué en vertu de laquelle une cour en équité déclare légaux les actes effectués sur la propriété d'un incapable, au motif que celui-ci agirait de la sorte s'il était capable. En l'espèce, la Cour a décidé que cette doctrine pouvait être étendue des biens de l'incapable à son corps, rendant ainsi celui-ci objet de propriété. Quatre juges sur sept ont estimé qu'il était de l'intérêt de l'incapable de donner son rein à son frère.²⁵

Ensuite, l'argumentation de la Cour s'inscrit dans un courant influent de la pensée juridique américaine, qui tient pour acquise la valeur marchande du corps et son utilité pour l'économie du pays. Il est à cet égard remarquable que des raisonnements strictement économiques soient appliqués aux biotechnologies alors même qu'est en jeu le corps humain.²⁶ Pour les défenseurs de cette logique, la relation causale est évidente entre la commercialisation de fait d'une chose et son caractère appropriable, alors que le commerce supposant le marché et le marché la propriété, il conviendrait de remonter la chaîne des raisons. Or, quand bien même on l'admettrait en principe, le droit de propriété

25. Selon les juges, l'intérêt devait s'apprécier en fonction du lien unissant les frères et qui, en l'occurrence, était si fort que la survie du frère malade était indispensable à celle de l'incapable, spécialement quand surviendrait la mort des parents. Pour les juges dissidents, en revanche, même accomplie dans ces conditions, l'opération n'avait pas lieu au bénéfice de l'incapable, que la loi a pour mission de protéger. La solution de la majorité a été inégalement adoptée par la suite.

26. Voir par exemple la notion d'internalisation des coûts à propos de l'affaire Moore, dans Hardiman R. *art. cit.*, p.p. 227-228.

de l'individu sur son corps pose de sérieux problèmes lorsqu'on analyse ses implications. On avait déjà vu que le juge dissident, adoptant provisoirement la qualification de la Cour, avait fait valoir qu'elle entraînait en conflit avec les dispositions légales relatives à l'acquisition et la disposition de la propriété. Dans le même sens,²⁷ R. Hardiman, pourtant adepte de la commercialisation du corps humain, constate qu'affirmer purement et simplement l'individu propriétaire de son corps pose des problèmes de cohérence et n'est pas toujours souhaitable. L'auteur envisage cinq attributs de la propriété en *common law*, qu'on peut traduire par l'abandon, le dépôt, la revendication, l'accession et la confusion.²⁸ De cet exposé détaillé, retenons que si la transposition est parfois possible (ainsi la possession, par un hôpital, d'un tissu détaché du corps satisfait-elle aux deux critères du "bailment" : la détention matérielle effective et l'intention de détenir), elle ne l'est pas systématiquement (par exemple, vu les conditions juridiques de l'abandon²⁹, le tissu ne peut jamais être considéré comme ayant été abandonné), ou bien encore elle se heurte à des obstacles techniques. Il en est ainsi de l'évaluation des dommages en cas de conversion³⁰ ou de l'appréciation de l'existence d'une

27. *Art. cit.*, p.p. 242-258.

28. "Abandonment", "bailment", "conversion", "accession", "confusion".

29. L'intention et l'acte d'abandon doivent être simultanés ; la chose ne doit pas être abandonnée à quelqu'un ou en considération de quelque chose ; il doit y avoir eu possession vacante à un moment donné, *art. cit.*, p.p. 243-244.

30. Voir *supra*, p. 14 et Hardiman R. *art. cit.*, p. 248.

accession.³¹ Compte tenu de toutes ces difficultés, l'auteur propose de reconnaître au patient un droit sur son corps d'une nature plus limitée, qu'il appelle le "droit de commercialité".³² L'élaboration théorique de ce droit se fait par analogie avec le "droit de publicité" qui protège l'apparence, le nom ou la réputation.³³ Cette nouvelle prérogative, dont les caractéristiques essentielles seraient de n'apparaître que lorsque le corps est l'objet d'une exploitation lucrative et d'être transmissible, présenterait les avantages suivants : moyen de protéger le seul intérêt commercial de l'individu sur son corps, il ne remettrait pas en cause la nature altruiste des dons ; ne s'appliquant pas aux tissus humains utilisés à des fins de recherche pure, il ne provoquerait pas le manque de matériel qui pourrait affecter le recherche en général ; enfin, la reconnaissance de ce droit rassérènerait ceux que l'idée de la vente des corps choque, car il viserait principalement à déterminer les droits respectifs de chacun aux profits fournis par un nouveau produit.

Cette construction, pour être subtile³⁴, n'en reste pas moins marquée

31. *Ibid.*, p.p. 253-254. L'accession est appréciée au moyen de deux critères : l'identité physique de la chose et sa valeur relative. Les deux sont d'application malaisée aux objets manipulés par les biotechnologies.

32. "Right of commerciality", *ibid.*, p.p. 260-264.

33. "Right of publicity", *ibid.*, p.p. 259-260.

34. D'une subtilité parfois déconcertante. L'auteur lui-même n'y verrait-il qu'un maquillage séduisant lorsqu'il déclare, juste avant de conclure : "While the reality may not be very different, public acceptance would be vastly simplified." (p. 263) ?

par la logique marchande qui, quoiqu'apparemment dominante, n'est pas la seule concevable.

b) Hors de la logique du droit de propriété ?

La soumission du corps humain aux prescriptions du droit de propriété peut être critiquée de deux manières.

L'une, économique, consiste à dénoncer, de l'intérieur, les effets pervers des conditions du marché appliquées au corps humain. Que signifieraient et qu'impliqueraient, en effet, dans ce cas, l'exigence de qualité des produits, la compétition, la régulation de l'offre et de la demande, l'intégration des coûts?³⁵

L'autre, plus juridique, s'emploie à remonter la chaîne des causes et des effets et à s'interroger sur la mise dans le commerce juridique du corps³⁶ elle-même. On sait que de l'article 1128 du Code civil français ("Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions"), on a traditionnellement déduit le principe de l'indisponibilité du corps humain. Deux facteurs, cependant, viennent corriger cette interprétation : d'une part, la patrimonialisation effective du corps humain, d'autre part cette idée que "ce

35. Voir un résumé de ces critiques dans Hardiman R. *art. cit.*, p.p. 236-242.

36. Rappelons que cette expression désigne l'ensemble des rapports juridiques que les hommes ont entre eux relativement à l'utilisation des biens.

n'est [donc] pas le corps qui est ainsi protégé, placé hors de l'emprise des volontés par l'article 1128, mais la personne, abstraction juridique définie par ses attributs, eux-mêmes abstraits, qui sont censés constituer la trame de la dignité humaine."³⁷ Il demeure toutefois possible de réinscrire le principe originel dans l'ordre juridique³⁸, en en déterminant la force et le contenu. Affirmer que le corps humain est hors commerce juridique ne supprimerait pas les dons de sang, d'organes, de sperme etc. En effet, une classification existe déjà,³⁹ qui range les produits issus du corps humain soit dans la catégorie de l'échange (le sang en France), soit dans celle du marché non rémunéré⁴⁰, ou bien dans celle du marché rémunéré (déchets humains servant à la fabrication de cosmétiques). Il est notable, à cet égard, que même les adversaires de la réification des corps ne prônent pas à tout prix la gratuité, car celle-ci ne renvoie pas nécessairement "à l'idéal de solidarité mais à la reconstitution de l'esclavage"⁴¹, et ce par le biais de l'appropriation collective des corps. Dès

37. Hermitte M.A. "Le corps hors du commerce, hors du marché", *Archives de philosophie du droit*, tome 33, 1988, Sirey, p. 327.

38. C'est l'une des priorités du dernier rapport français sur la question, "Aux frontières de la vie : pour une démarche française en matière d'éthique biomédicale", rédigé en 1991 par Lenoir N., en collaboration avec Sturlèse B., non encore publié à ce jour (ci-dessous : *Rapport Lenoir*). Voir p. 373 et p.p. 377-378. Cette priorité est classée parmi les "urgences législatives".

39. Analysée par Hermitte M.A. *art. préc.*, p.p. 329-341.

40. Il y a bien situation de marché dans la mesure où l'on essaie de rendre l'offre adéquate à la demande. C'est le cas en France du don d'organes tel qu'il est organisé par la loi Caillavet de 1976.

41. Labrusse-Riou C. "La maîtrise du vivant : matière à procès", *Pouvoirs*, n. 56 "Bioéthique", P.U.F., 1991, p. 99.

lors, il reste une place dans cette qualification pour une véritable indisponibilité de certains éléments du corps, considérés dans leur signification vitale tant pour l'individu que pour la perpétuation de l'espèce: ceux qui servent à la reproduction. On verra que, pour ne pas rester lettre morte, cette affirmation présuppose une vision juridique de la personne incarnée vivant dans une collectivité.

Ainsi, la logique de la propriété appliquée au corps humain, bien que juridiquement insuffisante et moralement douteuse puisqu'elle ne voit en l'homme que l'appât du gain,⁴² semble, en raison de l'emprise qu'elle exerce déjà, et pas seulement aux Etats-Unis⁴³, difficile à contrecarrer. Cette emprise est également sensible, quoiqu'avec moins de force, dans un domaine encore plus délicat, celui de la reproduction.

42. Voir Hardiman R. *art cit.*, p. 235 : "[...] the prospect of financial benefit may promote the patient's physical and mental health by giving a purpose to his or her tragedy."

43. Voir Lemmenicier B. "Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ?", *Droits*, n. 13 "Biologie, personne et droit", P.U.F., avril 1991, p. 118 : "[...] l'idée simple que chacun est propriétaire de soi-même. Cette notion de droit [...] est universalisable, tout être humain potentiel ou non, tout esprit incorporé dans une machine biologique ou non bénéficie d'un droit de propriété sur cette machine parce qu'il en est l'occupant ou qu'il en a la possession. Elle n'est pas contredite par les actes spontanés des individus puisque ce droit de propriété accompagne la privatisation de plus en plus grande de l'individu sur ses actes comme sur l'usage de son corps."

B. Une reconnaissance implicite du caractère appropriable des produits et des moyens de la reproduction.

Ce qu'on se propose de démontrer ici, c'est que certaines lois et décisions judiciaires, concernant soit la recherche sur l'embryon soit les techniques de procréation, sont sous-tendues par une logique qui est celle du droit de propriété. Celle-ci, néanmoins n'éclate pas au grand jour en raison du domaine considéré. En effet, si l'on peut éventuellement concevoir une relation de propriété entre un individu et les éléments détachables de son corps, la nature exacte de ce lien devient plus difficile à cerner quand sont en jeu les modes et les produits biologiques de la reproduction car ceux-ci touchent à la propagation de l'espèce ainsi qu'à la façon dont la société structure ses liens de parenté.

On examinera successivement les problèmes liés à la recherche sur l'embryon, à l'insémination *post mortem*, et aux mères porteuses.

1. La loi anglaise de 1990.⁴⁴

Après l'avoir brièvement présentée, on exposera les arguments souvent virulents que les parties adverses se sont échangés lors du débat

44. The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (1990 c 37, Halsbury's Statutes service Issue 38 ; 28 Medicine, p. 105).

parlementaire, et on déterminera quel type de rapport de l'homme à son corps les solutions anglaises induisent.

a) Présentation.

Cette loi, qui encadre l'activité scientifique en matière de reproduction humaine et de recherche sur l'embryon, fut votée après des années de réflexion et de débats publics. Une procédure particulière fut suivie, la Chambre de Communes siégeant tout entière sous un autre nom, "The House in committee", qui aboutit, le 23 avril 1990, au rejet, par 364 voix contre 193, d'un amendement qui visait à déclarer illégale la recherche sur l'embryon humain. Un vote ultérieur admit finalement le principe d'une telle recherche durant les 14 jours qui suivent la fécondation. L'intensité du débat sur la question apparaît nettement à la lecture des travaux préparatoires.⁴⁵ Plus précisément, il s'agissait de décider si l'on devait ou non autoriser la poursuite des recherches menées sur l'embryon depuis quelques années. Résoudre ce problème supposait qu'on déterminât "le respect dû à l'embryon aux différentes étapes de son développement".⁴⁶ Il faut en effet, pour se rendre compte de l'enjeu du débat, comprendre que les embryons qui servent à la recherche sont détruits et que les intérêts en conflit sont donc ceux qu'on prête à l'embryon (chose ?

45. Voir *Hansard*, vol.171, n. 91, Monday 23 April 1990, p.p. 31-118.

46. *Ibid.*, p. 31.

personne ? personne potentielle ?) et ceux que revendique la science vouée à l'idée de progrès.

b) La teneur du débat.

- Arguments en faveur de la recherche sur l'embryon humain avant 14 jours.

Quoiqu'ils soient parfois avancés de manière confuse, ce qui est la loi du genre, on peut les classer ainsi :

* les arguments médicaux, eux-mêmes hétérogènes. En effet, les partisans de la recherche font remarquer d'une part que, même dans le cours de la nature, certains embryons n'arrivent pas à s'implanter dans l'utérus maternel⁴⁷ (pure donnée de l'expérience : curieux renversement par lequel la nature est invoquée pour justifier l'artifice) ; d'autre part, et principalement car c'est là que se noue le débat, que la vie humaine ne commence qu'avec la différenciation cellulaire, c'est-à-dire 14 jours après la fécondation, à l'apparition de la "ligne primitive"⁴⁸ (argument sous forme de postulat) ; ensuite que dans cinq domaines⁴⁹ la recherche sur l'embryon est valable du point de vue scientifique et se justifie par le bénéfice qu'elle procurera à l'humanité (argument

47. *Ibid.*, p. 39.

48. *Ibid.*, p.p. 33-34.

49. *Ibid.*, p. 35. Il s'agit du traitement de la stérilité, des causes des maladies congénitales, de celles des fausses couches, des techniques contraceptives, et enfin des méthodes permettant de détecter la présence d'un gène anormal dans l'embryon avant implantation.

supposant une estimation des profits et pertes, et au soutien duquel vient cet autre, selon lequel on ne peut pas vouloir des résultats positifs sans aussi accepter les éventuels échecs⁵⁰) ; enfin qu'à l'époque où elles sont intervenues, de nombreuses innovations médicales ont été taxées d'immoralité. Or la recherche sur l'embryon ne diffère pas de ces pratiques⁵¹ (argument analogique).

* un argument politique typique de nos sociétés libérales, celui du choix. La loi ne contraint personne, ni les patients qui peuvent, ou non, se soumettre aux nouveaux traitements qui leur sont offerts⁵², ni les médecins qu'abrite une clause de conscience légale.⁵³

* un argument juridique : mieux vaut contrôler la recherche plutôt que la laisser déployer ses activités sans bornes.⁵⁴

- Arguments contre la recherche sur l'embryon.

De la même manière, il est possible de distinguer :

* les arguments scientifiques : la vie débute avec la fécondation de l'ovule par le sperme⁵⁵ (postulat contraire au précédent) ; toutes les améliorations

50. *Ibid.*, p.p. 77-78.

51. *Ibid.*, p. 77 et p. 103.

52. *Ibid.*, p. 46.

53. Section 38 (1) de la loi : "No person who has a conscientious objection to participating in any activity governed by this Act shall be under any duty, however arising, to do so."

54. *Hansard*, vol. cit., p. 78.

55. *Ibid.*, p. 33.

souhaitées peuvent être réalisées par d'autres méthodes que la recherche sur l'embryon et, en ce qui concerne les maladies héréditaires, il serait préférable de recourir à la thérapie génique plutôt que de détruire l'embryon porteur du gène défectueux⁵⁶ (estimation des profits et pertes).

* un jugement sur la science elle-même et ses mécanismes : la crainte de la "pente glissante".⁵⁷ Aujourd'hui, les médecins disent avoir besoin de faire leurs recherches durant les 14 jours qui suivent la fécondation. Et si plus tard ils estiment que, pour la validité de l'expérience, le délai doit être prolongé?

* un argument logique : si les embryons n'étaient pas humains, on ne les prendrait pas comme objets d'expérience.⁵⁸

* un argument moral : la fin (la prévention des maladies génétiques et l'aide aux couples stériles) ne justifie pas les moyens (la destruction des embryons).⁵⁹

* un argument juridique (dans la mesure où le droit définit ce que sont le bien, l'intérêt de quelqu'un ou quelque chose) : rien ne doit être fait à l'embryon sinon pour son propre bien.⁶⁰

56. *Ibid.*, p.p. 40-41.

57. *Ibid.*, p. 41.

58. *Ibid.*, p. 53.

59. *Ibid.*, p. 40.

60. *Ibid.*

c) Commentaire.

De cette longue et cyclique discussion, qu'on a seulement résumée, deux traits méritent d'être soulignés.

En premier lieu, c'est l'existence d'arguments de nature très diverse qui attire l'attention : il est fait appel, on l'a vu, à l'objectivité ou, au contraire, aux dangers de la science, à une morale plus ou moins élaborée et, plus rarement, au droit. Comment expliquer cette hétérogénéité ? Il semble qu'il s'agisse d'une attitude à la fois ancienne et nouvelle. En effet, les débats relatifs à l'animation de l'embryon⁶¹, qui peuvent être considérés comme les ancêtres des discussions contemporaines, sont, eux, très anciens puisqu'ils remontent à la dernière période présocratique et à la médecine hippocratique. Or dès les débuts de cette réflexion s'articulent des plans différents : religieux, philosophique, biologique, puis juridique et moral.⁶² Toutefois, l'hétérogénéité dans l'argumentation semble encore plus remarquable de nos jours, alors d'une part qu'est en jeu l'élaboration de solutions proprement juridiques, d'autre part que, vu les progrès réalisés en embryologie, on pourrait s'imaginer, mais ce serait à tort, que la recherche de solutions juridiques à un problème précis en serait facilitée, à tout le moins

61. On entend par là "l'insertion d'un principe spirituel (l'esprit ou l'âme rationnelle) dans l'organisme embryonnaire humain". Voir Caspar Ph. *Penser l'embryon*. Paris : Editions Universitaires, 1991, p. 7.

62. *Ibid.*, p.p. 31-32 : ces deux dernières dimensions sont introduites par Plutarque.

techniquement, par le biais de l'expertise. Or, au contraire, plus se multiplient les découvertes scientifiques, plus vives sont les dissensions au sein de la communauté des chercheurs. C'est alors que les juristes, confrontés à des situations neuves, sinon par leurs données (on s'est depuis longtemps demandé ce qu'était un embryon), du moins par leurs possibles implications, se tournent vers la science afin de savoir ce qui est vrai ⁶³, et vers la religion, la morale ou le sens commun pour savoir ce qui doit être. On n'entamera pas ici le vaste débat relatif à l'autonomie du droit, mais ce qu'on voudrait seulement mettre en relief, sur la base des discussions parlementaires présentées, c'est qu'à suivre la science, le droit peut être amené à dire une chose (la vie commence avec la différenciation cellulaire) ou une autre (la vie commence avec la fécondation), et, par conséquent, à légitimer ceci ou cela. Or il est clair que si le droit a beaucoup à apprendre d'autres disciplines, l'activité normative n'en présente pas moins, par sa procédure, son rythme (tandis que la science procède par ruptures, le temps du droit est long), ses impératifs (mesurer et concilier des intérêts en conflit), une irréductible spécificité.

63. Pourtant, la science ne dit pas le vrai mais construit des modèles, et l'attitude scientifique consiste justement à révoquer en doute ces modèles (A. Danchin, conférence faite à Paris I, D.E.A. de droit privé, séminaire "Sciences de la vie, biotechnologies et droit", le 6 mars 1990).

En second lieu, une importance non négligeable est accordée, dans ce débat, à la terminologie. Si d'un côté on perçoit une légère réticence à parler de "destruction" de l'embryon,⁶⁴ il apparaît en revanche qu'un mot peut créer une catégorie : on se réfère ici à la notion centrale de la loi anglaise, celle de préembryon. Pour justifier l'expérimentation sur l'embryon, il a fallu créer une sous-catégorie, "qui n'est pas sympathique".⁶⁵ Or, dans les débats anglais, c'est ce terme même qui est en cause.⁶⁶ Quoi qu'il en soit, voilà l'exemple-type d'une réalité scientifique (à 14 jours apparaît la ligne primitive, signe de la différenciation des cellules) adoptée par les juristes comme catégorie (par opposition à l'embryon, puis au fœtus) par défaut, en ce sens qu'il ne lui est pas accordé protection.

D'où la question suivante : ces nouveaux venus sont-ils considérés par la loi anglaise comme des objets de propriété ? Deux faits iraient en ce sens. Premièrement, les actes effectués sur les pré-embryons (on les emmagasine, on les acquiert, on se les approprie⁶⁷) s'accomplissent généralement sur

64. *Hansard*, vol. cité, p.p. 34-35. "Destruction" évoque un acte volontaire, par opposition à la "mort naturelle" ("natural perishing"). Remarquable usage de l'euphémisme : "in practice the embryo is sometimes allowed to perish" (p. 35).

65. Hermitte, M.A. "L'Embryon aléatoire", dans *Le Magasin des enfants*, collectif dirigé par Testart J. Paris : éditions François Bourin, 1990, p. 241.

66. *Hansard*, vol. cité, p. 43 : "Some argue that it is wrong to talk about pre-embryos."

67. Voir dans la loi les sections 14, "Conditions of storage licences" ("[...] an embryo [...] acquired from a person to whom a licence applies[...].") et 15, "Conditions of research licences", (4) : "No embryo appropriated for the purposes of any project of research shall be kept or used otherwise than for the purposes of such a project."

n'importe quel objet. Une fois encore, le choix des mots a nécessairement un sens, surtout lorsqu'ils décrivent une réalité bien précise -et voici la seconde raison-, le détachement des embryons par rapport au corps d'où ils sont issus, qui s'inscrit à son tour dans un mouvement plus ample, celui de la mise à distance de son corps par le sujet. A cet égard, le parallèle avec la recherche sur l'animal est instructif : objet d'expérience, l'animal se réduit à un fait (une tumeur par exemple) ou à une fonction (la fonction respiratoire par exemple). Néanmoins, "l'animal dans la recherche est le plus souvent considéré non pas seulement comme un être vivant mais aussi comme modèle d'études. Cette place de modèle lui fait prendre une autre dimension."⁶⁸ Ces modèles presque parfaits se rapprochent de l'homme. Dès lors, "l'animal crée une indifférenciation qui émette et remet en cause le concept de personne".⁶⁹ Ainsi assisterait-on à deux mouvements contraires : tandis que l'animal, traditionnellement classé parmi les objets de propriété,⁷⁰ et donc utilisé comme un matériau d'expérience évident, accède progressivement, en sa qualité d'"être sensible" à un statut intermédiaire entre chose et personne,⁷¹ au sein

68. Renard J.P. "Ethique de la recherche sur l'animal et la personne humaine", *Lettre d'information du Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, Lettre n. 10, Paris, La Documentation française, 1987, p. 6.

69. *Ibid.*

70. Voir, en droit français, les articles 522, 524, 528, 564 et 1894 du Code civil.

71. Voir les articles 453 et suivants du Code pénal (L. 10 juillet 1976) et le décret du 19 octobre 1987 (n. 87-848).

du développement humain, des stades sont nettement distingués et, par là-même, des catégories créées dans des buts particuliers, liés à la recherche. Qu'on estime ou non que la recherche sur l'embryon bénéficie à l'humanité entière,⁷² il reste que par la technique de la congélation, un grand nombre d'embryons sont créés et stockés⁷³ à des fins présumées d'intérêt collectif. Il s'agit donc là d'un type d'appropriation nouveau : non celui de l'individu sur son corps, mais celui de la communauté scientifique sur les produits de la génération, la gestion de ces nouveaux objets étant assurée par un organisme *ad hoc*, "The Human Fertilisation and embryology Authority". Il faudra se demander si cette forme inédite de patrimoine d'affectation possède un quelconque fondement juridique.

2. L'insémination *post mortem*.

Cette fois, ce sont les moyens de la reproduction, et non plus ses produits, qu'il s'agit de qualifier. La pratique de l'insémination *post mortem*,

72. La réponse affirmative est une idée chère à certains députés britanniques. Voir *Hansard*, vol. cité, p. 47 : "Therefore, we are legislating for the future and for the future of later generations.

I hope that those generations will not have to say in years to come that on the night of 23 April 1990 the House of Commons turned its back on them by banning research and progress for better lives for people with problems."

73. Voir loi anglaise, annexe 2, § 3 (1) : "A licence under this paragraph may authorise any of the following -

- a) bringing about the creation of embryos *in vitro*, and
- b) keeping or using embryos,

for the purposes of a project of research specified in the licence."

Pour les buts en question, qui sont au nombre de cinq, voir *supra*, p. 25 note 49.

qui n'est certes pas répandue,⁷⁴ soulève, outre les problèmes liés à la conception du devoir médical (les médecins doivent-ils soigner la stérilité à tout prix, même si l'enfant est, dès sa conception, privé de père ?) et à l'ordre de la filiation, la question de savoir à qui appartient le sperme déposé par le mari. C'est en tout cas en ces termes que peut se lire la décision rendue par le tribunal de grande instance de Créteil le premier août 1984.⁷⁵

a) L'affaire.

Le 7 décembre 1981, un homme, atteint d'une grave maladie risquant de le rendre stérile, fait un dépôt de sperme au C.E.C.O.S.⁷⁶ du Kremlin-Bicêtre. Il vivait en concubinage avec une femme qu'il épouse deux jours avant sa mort survenue le 25 décembre 1983. Sa veuve demande alors au C.E.C.O.S. que lui soit restitué le sperme de son mari. Confrontée à un refus, la veuve assigne le C.E.C.O.S. devant le tribunal. Celui-ci devait dès lors se prononcer sur la validité, au regard des règles de droit existantes, d'une telle demande de "restitution". Il ordonne cette restitution "au médecin choisi par la bénéficiaire", en s'appuyant sur les arguments suivants : d'une part, le dossier

74. A ce jour, moins d'une dizaine de cas portés devant les juges français (*Rapport Lenoir préc.*, p. 32).

75. T.G.I. Créteil 1er août 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2ème semestre, journal du 18 septembre 1984, p. 560 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1984, p. 703, note Rubellin-Devichi.

76. Centre d'études et de conservation des oeufs et du sperme.

comportait un ensemble de témoignages et de présomptions établissant "sans équivoque, la volonté formelle du mari décédé, de rendre son épouse mère d'un enfant commun, que la conception de cet enfant survienne avant ou après sa mort"; d'autre part le dépôt de sperme dans un C.E.C.O.S. est un contrat spécifique qui emporte "pour le C.E.C.O.S. obligation de conservation et de restitution au donneur, ou de remise à celle à qui le sperme était destiné" ; enfin, "ni les conditions de conservation ou de remise du sperme d'un mari décédé, ni l'insémination de sa veuve ne sont interdites ou même organisées par un texte législatif ou réglementaire" et "elles ne heurtent pas le droit naturel, l'une des fins du mariage étant la procréation."

b) Commentaire.

L'analyse du consentement à laquelle s'est livré le tribunal, les conséquences implicites de sa décision sur la qualification du rapport de l'homme à son corps, et enfin les prolongements de cette solution sont particulièrement dignes d'intérêt.

Tout d'abord, le tribunal voit dans le dépôt fait au C.E.C.O.S. et le mariage *in extremis* le témoignage d'un désir de paternité. De l'analyse d'actes accomplis du vivant de l'individu, les juges déduisent l'existence d'une volonté dans la mort. Ils se fondent ainsi sur une volonté conçue comme rationnelle, non susceptible de fluctuations, et capable, par conséquent, de créer des

obligations, autrement dit sur le concept d'autonomie de la volonté dans son acception stricte. On peut d'autant plus s'étonner de l'interprétation volontariste retenue par les juges que, dans maints domaines, le souci du droit est au contraire de protéger un consentement tenu pour fragile vu les circonstances dans lesquelles il a été donné. Ainsi, l'ensemble du droit de la consommation, qui touche pourtant aux biens des personnes et non à leur état, s'emploie à aider la partie faible en accroissant le devoir d'information pesant sur l'autre partie, en instaurant délais et facultés de rétractation, bref en ébranlant la force obligatoire du contrat. Dans le domaine des donations, le droit entoure de garde-fous la volonté de la personne mourante.⁷⁷ On aurait donc pu imaginer que, dans l'examen du contrat passé entre le mari et le C.E.C.O.S., les juges tiennent compte de l'état psychologique particulier qui devait être celui de cet homme pressé par la maladie et la mort. Du reste, si le consentement du mari leur a paru certain, les juges ont été embarrassés par la qualification du contrat.

Dans un deuxième temps, en effet, le tribunal s'est attaché à déterminer les obligations du C.E.C.O.S. Certes, les juges insistent sur la nature singulière de l'objet du dépôt, à savoir "une sécrétion contenant le germe de la

77. Voir l'art. 909 du Code civil français qui frappe d'une incapacité de recevoir les "docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt."

vie, et destinée à la procréation d'un être humain", pour rejeter l'argumentation des demandeurs selon laquelle le contrat en cause était un contrat de dépôt régi par les articles 1915 et suivants du Code civil, ce qui aurait contraint le C.E.C.O.S., dépositaire, à "rendre identiquement la chose qu'il a reçue", et à la rendre à l'héritier du déposant, et à lui seul, en cas de mort du déposant. Selon le tribunal, la convention est, par son objet, un contrat *sui generis*, qualification qui n'est pas d'un grand secours, d'autant plus que les obligations mises à la charge du C.E.C.O.S., "conservation" et "restitution" s'appliquent en général à des choses, à des biens. Là aussi, on peut dire que la décision des juges reflète, dans le monde du droit, la réalité des moyens de reproduction issue des nouvelles technologies : parcellisation, séparation, autonomie des éléments par rapport au corps. Or il semble que les juges pensent cette mise à distance au moyen du droit de propriété. Certes, le tribunal n'a pas déclaré la femme propriétaire du sperme de son mari, mais elle lui accorde un droit d'usage et de disposition qui a les contours du droit de propriété sur une substance tenue pour spécifique mais malgré tout réifiée. On retrouverait là le droit de propriété conçu moins en fonction de ce à quoi il s'applique qu'en fonction du type de rapport unissant l'individu et ce qu'il veut s'approprier.

Il convient de remarquer en dernier lieu que l'insémination *post mortem* fait, malgré tout, l'objet d'une assez nette méfiance, de la part des C.E.C.O.S.

qui y voient un détournement de la finalité de leur tâche, même si, en pratique, il leur est difficile de refuser de conserver le sperme d'un homme atteint d'une maladie incurable et de le restituer à l'épouse du défunt ; et de la part des législateurs, mais ce dernier point mérite d'être nuancé. Si, en effet, la loi allemande de 1990⁷⁸ sanctionne pénalement le médecin qui se livre à une telle pratique,⁷⁹ la loi britannique en admet implicitement la validité lorsqu'elle envisage le cas de la mort de la personne qui a donné ses gamètes⁸⁰, et la loi espagnole du 22 novembre 1988, plus explicite apparemment, autorise l'insémination *post mortem* prévue dans le testament et effectuée dans un délai maximal de six mois après la mort du déposant.⁸¹ Par conséquent, si l'insémination *post mortem* est globalement entachée de soupçon, c'est davantage

78. Voir *infra*, p. 53.

79. § 4 (1) (3) : "Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...] wissentlich eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich befruchtet".

80. Voir Schedule 3 (2), b, de la loi préc. : tout consentement à un stockage de gamètes doit, entre autres conditions, notamment de délai, prévoir le sort des gamètes en cas de décès du déposant. "A consent to the storage of any gametes or any embryo must -

a) specify the maximum period of storage (if less than the statutory storage period), and

b) state what is to be done with the gametes or embryo if the person who gave the consent dies [...]

and may specify conditions subject to which the gametes or embryo may remain in storage."

81. Voir Pédrot Ph. "Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé", *J.C.P.* 1991, I, doctrine, n. 3483, p. 28.

Notons qu'en France, le rapport Lenoir, après avoir énuméré les obstacles à cette pratique (*Rapport préc.*, p. 32), estime que "sans aller jusqu'à pénaliser [...] l'insémination d'une femme avec le sperme de son mari décédé, il faut au moins poser clairement, au Parlement, la question de savoir s'il entre dans la vocation de la médecine de satisfaire les désirs ou de réaliser les fantasmes de procréation à soi seule, pour soi seule." (p. 60).

à cause de son fondement (une analyse quelque peu forcée du consentement du donneur) et son résultat possible (une filiation distendue dans le temps) que par la reconnaissance implicite d'un droit de propriété (de l'homme sur ses gamètes, de la femme sur celles de son mari) qu'ils est permis d'y déceler. Cette dernière interprétation vaut également pour un autre mode d'appropriation des moyens biologiques de la reproduction, celui que réalise la pratique des mères porteuses.

3. Les mères de substitution.

Il convient de remarquer que ce palliatif de la stérilité féminine n'est pas le fruit d'une technologie avancée, qu'il au contraire d'un usage ancien, même s'il se présente sous une forme différente lorsqu'il est combiné à l'insémination artificielle. En France, la maternité de substitution a donné lieu à une controverse judiciaire, intéressante dans la mesure où elle permet de démontrer le mécanisme d'appropriation des moyens biologiques de la reproduction, en l'occurrence ceux de la femme. On se réfère ici à une décision importante de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1990.⁸²

82. C.A. Paris, 15 juin 1990, *J.C.P.* 1991, II, jurisprudence, n. 21653, p. 107. En fait, le même jour, la Cour a rendu deux arrêts, quasiment identiques, sauf que l'un, celui qu'on analyse, est de droit interne, tandis que l'autre intéresse le droit international privé. Notons en outre que l'arrêt commenté ici a été cassé par la Cour de cassation. Voir *infra*, p. 66.

a) L'espèce.

Un couple stérile veut adopter un enfant déclaré comme étant né du mari mais sans indication de filiation maternelle. Le tribunal de grande instance de Paris rejette la demande, pour la raison principale que l'enfant était né d'une mère de substitution qui l'avait abandonné à la naissance, et qui avait ainsi, selon le tribunal, renoncé à ses droits sur son enfant hors de toute procédure légale garantissant sa libre volonté. L'épouse fait appel de ce jugement qui, effectivement, se trouve infirmé par la Cour d'appel de Paris dont la très longue argumentation est centrée autour de cette idée essentielle : le caractère volontaire de l'organisation des liens de filiation de l'enfant n'est en contradiction ni avec les principes généraux, ni avec les règles légales gouvernant la filiation et la parenté.

La Cour commence en effet par analyser l'engagement "par lequel la mère de substitution a accepté de mettre à la disposition d'autrui ses fonctions reproductrices et a promis de remettre l'enfant dès sa naissance à son père biologique aux fins de reconnaissance par lui-même et d'adoption par son épouse." La Cour considère cet engagement licite d'abord au regard des principes généraux : chaque être peut exercer ses "droits naturels" tant que, par cet exercice, il n'entrave pas ceux des autres membres de la société. Or, parmi les droits naturels figure celui de fonder une famille par la procréation, quand bien même celle-ci serait artificielle du moment qu'elle est "universellement

admise et reconnue", qu'elle exige le libre consentement des intéressés, et compte tenu du fait que, de toute façon, le droit admet déjà l'artifice dans la filiation (adoption plénière, reconnaissance formelle). Ensuite, la Cour estime que cet engagement est également conforme aux règles légales sur la filiation, tant internes (et là, la Cour vise les cas dans lesquels le droit admet déjà que la volonté librement manifestée peut atténuer les deux principes de l'indisponibilité de l'état de personnes et de la mise hors commerce du corps humain) qu'internationales (article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 8 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; préambule et art. 7 § 1 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, prônant le droit à la cohésion de la famille et au respect de la vie familiale, le tout fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant). De cet examen, la Cour conclut que "la maternité de substitution, en tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelles de ceux qui y souscrivent, hors de toutes préoccupations lucratives, doit être considérée comme licite et conforme à l'ordre public."

b) Commentaire.

Cette décision, très riche, a été commentée à plusieurs titres. On a, entre autres, mis en relief l'interprétation libérale de la Déclaration des

droits de l'homme et du citoyen qu'elle consacre, et le droit naturel moderne qu'elle effectue ; ⁸³ la manière dont elle écarte le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ; et enfin, point primordial pour la qualification juridique du rapport de l'homme à son corps, la façon dont l'arrêt a validé la disposition des facultés reproductrices du corps de la femme. ⁸⁴ On peut, en effet, analyser le contrat passé entre la mère biologique et le couple stérile comme comportant pour celle-là une obligation de faire un enfant (contrat d'entreprise), suivie de la cession de cet enfant, à titre gratuit ou onéreux, et de la renonciation à l'établissement de sa véritable filiation. "L'enfant y apparaît donc comme un objet à fabriquer puis à transmettre, autrement dit comme une chose dans le commerce juridique." ⁸⁵ La Cour de Paris, quant à elle, se réfugie dans le caractère altruiste de l'opération ("don altruiste") pour légitimer celle-ci, alors, on l'a vu, que le fait de la gratuité ne changeait pas fondamentalement la nature du processus d'appropriation cautionné par la Cour, et qui implique nécessairement "une qualification réelle, révélatrice de la matérialisation croissante du corps". ⁸⁶ On verra que, dans ce domaine, la qualification contraire a été vigoureusement défendue, en France et à l'étranger.

83. Voir note *J.C.P. préc.*, p.p. 108-110.

84. *Ibid.*, p.p. 114-115.

85. Labrusse C. "La maîtrise du vivant : matière à procès", art. préc., p.102.

86. *J.C.P.*, note préc., p. 115.

Ce panorama de quelques solutions jurisprudentielles et légales particulièrement révélatrices a tenté de mettre en lumière le processus par lequel le droit de propriété, directement pour les tissus, médiatement pour la reproduction, est appliqué au corps humain. Ce qui, pour le moment, est remarquable et rend l'analyse complexe, c'est la diversité des techniques juridiques employées (reconnaissance d'un droit de propriété pur et simple, ou bien d'un "droit de commercialité", création de catégories réifiantes, analyse des différentes étapes de la reproduction en termes de contrat : de dépôt, d'entreprise, de louage), des relations en jeu (le patient et son propre corps, les embryons et la communauté scientifique, la femme et son époux, un couple et une autre femme, les trois et l'enfant à naître), et enfin des buts explicites que ces procédés poursuivent (les uns individuels : ne pas laisser exploiter son corps sans en retirer un profit personnel, avoir un enfant quand la nature s'avère déficiente ; les autres collectifs : assurer les conditions du progrès de la recherche en vue du bien-être général de la population, procurer de nouveaux débouchés à l'économie). Appréhendé comme il l'est de manière différenciée selon la relation considérée, le corps se révèle être un objet juridique déconcertant pour qui veut en esquisser un statut. C'est ce problème qu'on abordera en troisième partie. Mais auparavant, il convient de montrer que, pour être dominante, la logique du droit de propriété appliquée au corps humain,

n'en est pas moins contrecarrée par la logique adverse qu'on se propose d'exposer à présent.

II. Le corps inappropriable.

Cette qualification est au centre de certaines solutions jurisprudentielles et dispositions législatives concernant la reproduction en général, ses moyens et produits en particulier. On examinera successivement le cas des embryons pour lesquels cette qualification apparaît clairement, puis celui des moyens biologiques de la reproduction, où le principe est également à l'oeuvre quoique de manière plus latente. Précisons qu'il sera moins indispensable d'entrer dans certains détails que pour la partie précédente, dans la mesure où les partis-pris étant, en ce domaine, très tranchés, les arguments de part et d'autre sont souvent de parfaits symétriques.

A. Les produits de la reproduction humaine : personnes ou objets?

Cette question fut explicitement posée dans le cas présenté ci-dessous, et c'est cette alternative fondamentale qui sous-tend également les principales options de la loi allemande de 1990 qu'on analysera ensuite.

1. *Davis v. Davis*.⁸⁷

a) Les faits.

Un couple stérile recourt à une fécondation *in vitro* avec cryoconservation (conservation par le froid). Neuf zygotes sont ainsi produits avec les ovules de la femme et le sperme du mari. On en implante deux chez la femme, mais sans succès. Les sept autres sont congelés de manière à ce qu'on puisse les implanter ultérieurement. Entre temps le couple se sépare. La femme introduit une action en divorce, d'où résulte un conflit sur la garde des sept embryons congelés. Selon le mari, ces embryons ne sont pas une quelconque forme de vie, mais la propriété jointe des deux parties ; dès lors, lui et sa femme doivent décider de concert ce qui adviendra des embryons qui, en attendant, doivent restés stockés. La femme soutient en revanche que les embryons, forme de vie à ses débuts, doivent lui être confiés aux fins d'implantation.

b) Les questions de droit.

Dans un premier temps, la Cour a posé le problème dans les termes suivants: les embryons constituent-ils une forme de vie ou des objets de

87. Sur cette affaire, voir Pieper M. "Frozen embryos - Persons or property ? : *Davis v. Davis*", *Creighton Law Review* 1990, vol. 23, p.p. 807-833 ; Corns Ch. "Deciding the fate of frozen embryos", *Law Institute Journal*, vol. 64, April 1990, p.p. 273-276.

propriété ? Pour le résoudre, elle s'est demandé si les embryons étaient des êtres humains. Elle a donc déplacé la question en substituant l'opposition objet / être humain à celle qui lui était proposée, vie / objet, mais qui ne fonctionne pas puisque le vivant peut être objet de propriété. Quatre experts furent consultés, qui fournirent tous une réponse différente, tant sur la notion d'"être" que sur celle d'"humanité". Notons que, là aussi, la catégorie de préembryon fut évoquée, mais pour être immédiatement rejetée par la Cour, au motif que le terme lui-même "créait une fausse distinction dans les étapes du développement cellulaire humain".⁸⁸ Après avoir brièvement objecté à quelques arguments mineurs,⁸⁹ la Cour décide que, quel que soit le nom qu'on donne à ces entités congelées, ce sont des êtres humains et non des objets de propriété. La Cour souscrit par là-même à la validité de la *summa divisio* entre les personnes et les choses.

Dans un deuxième temps, la Cour se demande quel est le statut juridique d'un embryon dans un cas de divorce. Pour répondre à cette interrogation, la Cour se réfère à une vieille doctrine de *common law*, "parens patriae", qui a

88. *Creighton Law Review*, art. cit., p. 812 : "The expert's use of the term preembryo created a false distinction between stages of human cellular development."

89. *Ibid.*, p. 814 : arguments tenant aux faibles capacités de développement et d'autonomie de l'embryon, réfutés par une simple analogie avec les nouveaux-nés auxquels pourtant nul ne conteste la qualité d'être humain ; argument selon lequel on devrait accorder aux sept embryons une mort passive. La Cour prend la proposition au pied de la lettre pour montrer que cette revendication prouve justement le caractère vivant de ces embryons. Voir même type de raisonnement logique *supra*, p. 27.

toujours gouverné le statut des enfants nés du mariage et qui se fonde sur la notion du plus grand intérêt de l'enfant.⁹⁰ Ici, par conséquent, la Cour assimile complètement l'embryon à l'enfant. Poursuivant son raisonnement, elle estime que le plus grand intérêt de l'embryon est d'être implanté car là réside son unique chance de survie. La Cour conclut donc en confiant la garde des sept embryons congelés à la mère.

c) Commentaire.

Remarquons tout d'abord que les faits ayant donné lieu à cette affaire sont typiques des impasses auxquelles peut aboutir la conjonction d'une technique et d'un désir humain. En clair, sans l'existence du procédé de la cryoconservation, une telle situation eût été impossible. Les inconvénients liés à la présence, dans les laboratoires, de milliers d'embryons congelés ont été suffisamment décrits pour qu'il soit superflu de revenir sur cette idée que le droit n'est pas obligé d'avaliser tous les résultats obtenus à partir de techniques scientifiques qui, un jour, seront peut-être considérées comme désuètes.

Ensuite, il faut examiner les critiques que cette décision a suscitées et y répondre.⁹¹

90. *Ibid.*, p. 815 : "The best interests of the child doctrine".

91. *Ibid.*, p.p. 828-831.

La première d'entre elles porte sur l'incompatibilité de la solution donnée dans *Davis v. Davis* avec le célèbre arrêt *Roe v. Wade*⁹² qui a déclaré que l'avortement était un droit constitutionnellement garanti durant le premier trimestre de la grossesse. D'après les juges de la Cour suprême, la catégorie des personnes n'était pas pertinente pour qualifier un fœtus de quelques semaines : on voit ici la règle de droit s'élaborer en fonction du but jugé opportun. Cet argument est digne d'attention car il a souvent été avancé par les partisans de la recherche sur l'embryon. Selon eux, en effet, refuser la qualification réelle de l'embryon conduit à remettre en cause les législations autorisant l'avortement. Pourtant, à y regarder de plus près, cet argument méconnaît la nature même du droit qui est "un monde de fictions dans lequel il est possible de superposer des régimes juridiques qui peuvent paraître contradictoires lors d'une lecture non juridique alors qu'ils sont le reflet de la multiplicité des relations dans lesquelles un même être est inséré."⁹³ Plus généralement, on a pu montrer que le mouvement du droit était fondamentalement "dialectique", en ce sens que chaque principe suppose l'existence de son contraire, le choix entre l'un ou l'autre s'opérant par la considération du but à atteindre ou de tel intérêt à préserver ou de telle règle de justice ou de

92. Cour suprême des Etats-Unis 1973. Voir références dans *C.L.R.*, art. cit., p. 817, notes 122 à 132.

93. Hermitte M.A. "L'embryon aléatoire", dans Testard J. *op. cit.*, p. 255, et l'auteur de donner l'exemple particulièrement éloquent de l'animal dans le droit.

morale.⁹⁴ Pourquoi, dès lors, l'embryon serait-il obligatoirement qualifié de manière univoque ? Au contraire, il semble que la qualification qu'il reçoit dépende largement de la relation dans laquelle il est inséré.⁹⁵ Dans l'espèce *Davis v. Davis*, en tout cas, il est clair que la qualification personnelle de l'embryon l'a emporté pour de nombreuses raisons, mais entre autres du fait du contexte : le droit du divorce. On pourrait donc imaginer un statut différencié de l'embryon selon qu'on l'envisage du point de vue des chercheurs, de sa mère quand il est dans son corps, ou du couple qui a manifesté une nette intention de le produire *in vitro*. Naturellement, ces régimes superposés ont l'inconvénient d'être délicats à mettre en oeuvre, mais il semble que la difficulté réside davantage dans le conflit de valeurs sous-jacent à ce débat que dans la technique juridique elle-même.

La deuxième critique confronte cette solution, fournie dans un cas précis, au droit pénal, au droit de la responsabilité civile et au droit des successions, pour démontrer que, là aussi, surgissent des incohérences. D'abord, la qualification personnelle de l'embryon irait à l'encontre des solutions généralement admises en droit pénal, selon lesquelles la mort d'un embryon ou

94. Bertrand, E. "Le Rôle de la dialectique en droit privé positif", *Dalloz*, 1951, Chron., p. 153.

95. Voir Hermitte M.A. "L'Embryon aléatoire", préc., p.p. 254-262, et l'analyse qui y est faite de l'art. 1 de la loi française sur l'interruption volontaire de grossesse de 1975, p.p. 255-257.

d'un foetus n'est constitutive d'un délit que si la victime est née vivante ou viable. Cette solution existe tant en *common law* qu'en droit français (notion de délit impossible). Se pose ici la question de l'autonomie du droit pénal par rapport au droit civil quant à la définition de la notion de personne. Or, d'une part, cette autonomie est logique, le droit pénal et le droit civil ne poursuivant pas les mêmes buts, celui-là protégeant davantage le corps concret que celui-ci. D'autre part, on peut observer, même en droit pénal, une évolution dans l'appréhension de la catégorie de personne appliquée à l'embryon. Une décision française, critiquée du reste,⁹⁶ considère qu'il y a eu homicide involontaire sur un enfant extrait mort-né du ventre de sa mère enceinte de neuf mois et blessée dans un accident de la circulation car "rien ne permet de dire que l'enfant était mort avant l'accident ; il doit être considéré comme ayant été vivant à un moment et viable en raison de son état de maturité." Par conséquent, et abstraction faite de cette dernière espèce, l'argument relatif à l'incompatibilité de la décision *David v. Davis* avec le droit pénal, sans être négligeable, perd de son poids quand on met en balance la nécessaire autonomie du droit pénal par rapport au droit civil. L'incohérence est-elle plus manifeste

96. C.A. Douai 2 juin 1987, *J.C.P.* éd. G, 1989, II, jurisprudence, n. 21250, p. 25, note Labbé, qui juge l'arrêt compréhensible moralement mais critiquable sur le terrain du droit, mais qui néanmoins suggère qu'il y a là carence du législateur. "Ne faudrait-il pas imaginer une circonstance aggravante tenant à la qualité de la victime lorsque celle-ci est enceinte?" (note citée, *in fine*).

en ce qui concerne le droit de la responsabilité civile ? Les opposants à la qualification personnelle de l'embryon congelé font valoir que, sur cette base, un enfant né vivant pourrait tenter des actions d'une part contre les médecins pour des dommages qu'il aurait subis alors qu'il était congelé, d'autre part contre ses parents pour l'attitude qu'ils ont eue durant la grossesse (abus de cigarettes, d'alcool etc.). De fait, une décision australienne très récente, dont on ne connaît pas bien les tenants et les aboutissants,⁹⁷ a accordé 12 millions de francs de dommages et intérêts à une jeune fille de 18 ans, incapable, qui intentait un procès à sa mère, parce que celle-ci, enceinte d'elle, n'avait pas mis sa ceinture de sécurité et avait eu un accident dont avait souffert le fœtus. Pour la défense, la fille ne pouvait être considérée comme victime de l'accident, un fœtus faisant partie intégrante de la personnalité de la mère. Selon le juge, au contraire, la personnalité d'un enfant entre sa conception et sa naissance est "identifiable et reconnaissable". Bien qu'il ne s'agisse pas là d'embryon congelé, l'arrêt est intéressant en ce qu'il désigne une situation paradoxale : plus d'un côté l'embryon est réifié par les techniques médicales, plus de l'autre côté il se voit accorder de droits, mais cela davantage au gré de circonstances parfois douteuses, qu'en vertu d'un statut juridique cohérent. Finalement, on a fait remarquer qu'attribuer la

97. Voir *Le Monde*, samedi 3 août 1991, p. 20.

personnalité juridique à un embryon congelé pourrait aboutir à ce que l'enfant hérite très longtemps après la mort de ses parents⁹⁸, ce qui perturberait le règlement des successions. Pour le coup, l'argument paraît faible, puisqu'il suffirait de fixer un terme légal à la cryoconservation. Du moins a-t-il l'avantage de faire prendre conscience des bouleversements de la filiation et des successions qu'entraîne la technique de la congélation des gamètes ou des embryons : le droit apparaît, dans ces situations, moins déficient que la technique.

Quant à la troisième critique, on ne la mentionnera que brièvement : comme le juge dissident dans l'affaire Moore, le commentateur de la décision *Davis v. Davis* aurait préféré que ce fût le pouvoir législatif qui se prononce sur une question aussi complexe que celle du commencement de la vie.

Quoi qu'il en soit, en l'absence de règles législatives précises, la Cour a appréhendé les embryons congelés sous la catégorie des personnes, ce qui, répétons-le, s'explique fortement par le contexte de l'arrêt, à savoir le droit de la famille et, plus exactement, le droit de la garde. Peut-être la

98. Voir la maxime romaine *infans conceptus*, analysée entre autres, par Hermitte M.A., "L'Embryon aléatoire", préc., p.p. 258-259.

qualification personnelle a-t-elle pu sembler imprudente⁹⁹, mais du moins affirme-t-elle sans ambiguïté que les embryons congelés ne sont pas des objets de propriété destructibles au gré des volontés. C'est également dans cette voie que se sont dirigés les parlementaires allemands en 1990.

2. La loi allemande du 13 décembre 1990.¹⁰⁰

On s'attachera à présenter les dispositions de cette loi qui, à l'opposé des prises de position anglaises, confèrent à l'embryon, à quelque stade que ce soit, un statut très protégé, puis on les commentera à la lumière du droit de propriété.

a) Présentation.

Comme la loi anglaise, le texte allemand vient après quatre ans de projets, discussions, amendements divers. Il est révélateur que le titre lui-même ait été débattu : le *Bundesrat* avait proposé d'intituler le texte législatif "Loi portant régulation de la fécondation artificielle humaine et des

99. Néanmoins, le concept de "personne humaine potentielle", adopté en France par le Comité national d'éthique est, lui aussi, loin d'avoir suscité une approbation sans mélange. Voir Hermitte M.A., "L'Embryon aléatoire", préc., p. 260 : "Le concept est utilitariste : il permet d'essayer de concilier le désir d'expérimenter sur l'embryon avec l'affirmation, résiduelle, d'un lien non défini avec le genre humain."

100. Bundesgesetzblatt 1990, Teil I, N. 69, S. 2745. Sur cette loi, voir Deutsch E. "Embryonenschutz in Deutschland", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, Heft 12, 721-725.

interventions sur les cellules germinales humaines (loi sur la médecine de la reproduction)"¹⁰¹, alors que le titre définitif, adopté sur proposition du *Bundestag*, est : "Loi sur la protection de l'embryon".¹⁰² Cette différence, a-t-on dit ¹⁰³, reflète deux tendances législatives divergentes : celle du *Bundesrat* consistait à réglementer un large champ et à poser des interdictions, dans la mesure du possible, tandis que le *Bundestag* ne voulait que prévenir les pratiques excessives tout en garantissant la liberté.

b) Contenu.

Les articles qui doivent être mis en relief, afin de les comparer aux dispositions britanniques correspondantes, sont ceux qui accordent une nette priorité à la protection de l'embryon sur la recherche pure. Sont particulièrement représentatifs de cette volonté : le § 2 qui punit de peines pouvant aller jusqu'à trois ans de prison et d'amendes quiconque aliène, acquiert, utilise un embryon humain à des fins autres que la conservation de ce dernier ¹⁰⁴ ; le § 3 qui inflige un an de prison et une amende à la personne qui

101. "Gesetz zur Regelung der künstlichen Befruchtung beim Menschen und von Eingriffen in menschliche Keimbahnzellen (Fortpflanzungsmedizinengesetz)".

102. "Embryonenschutzgesetz".

103. *Art. préc.*, p. 721.

104. § 2 (1) : "Wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluß seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo veräußert oder zu einem nicht seiner Enthaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

sélectionne les gamètes en fonction de leurs chromosomes sexuels, sauf si ce choix a pour but d'éviter que l'enfant à naître ne soit atteint de la maladie de Duchenne ou d'une autre maladie héréditaire très grave¹⁰⁵ ; le § 4 qui incrimine la fécondation artificielle non consentie et, surtout, l'insémination *post mortem*¹⁰⁶ ; et enfin le § 5 punissant quiconque modifie artificiellement l'information génétique contenue dans les cellules germinales, sauf dans des cas très précis où il est certain que les cellules ainsi modifiées ne seront pas réutilisées en vue d'une fécondation.¹⁰⁷

c) Commentaire.

Si les deux lois, britannique et allemande, créent de nouveaux délits punis de peines d'emprisonnement et d'amendes assez fortes, elles n'en diffèrent

105. § 3 : "Wer es unternimmt, eine menschliche Eizelle mit einer Samenzelle künstlich zu befruchten, die nach dem in ihr enthaltenen Geschlechtschromosom ausgewählt worden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Dies gilt nicht, wenn die Auswahl der Samenzelle durch einen Arzt dazu dient, das Kind vor der Erkrankung an einer Muskeldystrophie vom Typ Duchenne oder einer ähnlich schwerwiegenden geschlechtsgebundenen Erbkrankheit zu bewahren, und die dem Kind drohende Erkrankung von der nach Landsrecht zuständigen Stelle als entsprechend schwerwiegend anerkannt worden ist."

106. § 4 (1) : "Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. es unternimmt, eine Eizelle künstlich zu befruchten, ohne daß die Frau, deren Eizelle befruchtet wird, und der Mann, dessen Samenzelle für die Befruchtung verwendet wird, eingewilligt haben,

2. es unternimmt, auf eine Frau ohne deren Einwilligung einen Embryo zu übertragen, oder
3. wissentlich eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich befruchtet."

107. § 5 (1) "Wer die Erbinformation einer menschlichen Keimbahnzelle künstlich verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

(2) "Ebenso wird bestraft, wer eine menschliche Keimzelle mit künstlich veränderter Erbinformation zur Befruchtung verwendet."

Le § 4 prévoit les cas restrictifs dans lesquels le § 1 ne trouvera pas application.

pas moins grandement par leur forme et par les choix fondamentaux qui les inspirent.

La loi allemande est étonnamment brève : elle tient en trois pages, tandis que le texte anglais en compte une soixantaine, annexes comprises. Dès que les problèmes juridiques liés à la biologie firent leur apparition sur la scène politique et sociale, et que se posa la question de la pertinence et de la forme d'une législation en ce domaine, cette dichotomie apparut avec évidence : fallait-il essayer de tout prévoir ou fallait-il n'affirmer que quelques principes-cadres ? La loi allemande qui, dans l'ensemble, interdit plus qu'elle n'autorise¹⁰⁸, a logiquement opté pour la seconde solution, alors que les Anglais ont dû aller assez loin dans la réglementation des détails, puisqu'ils créent une structure complexe destinée à promouvoir et encadrer la recherche sur l'embryon. En France, le rapport Lenoir, dernier en date sur la question, estime qu'il s'agit là d'un domaine pour lequel "la nécessité d'une intervention législative immédiate n'est pas [aussi] claire et évidente" mais que dans l'éventualité d'une intervention parlementaire, il faudrait "encadrer la

108. Bien qu'on en ait fait une lecture contraire, voir *supra*, p. 54, note 104.

recherche sur l'embryon en considération du respect de la dignité humaine".¹⁰⁹

Le choix qui inspire la loi allemande est tout aussi remarquable : la recherche n'étant pas considérée comme une fin en soi mais uniquement comme un moyen de pallier la stérilité, toute intervention sur un embryon qui ne vise pas la conservation de cet embryon particulier et sa naissance en tant qu'enfant de ses deux parents, est interdite. Analysée au travers du prisme du droit de propriété, cette loi apparaît comme l'expression du refus de toute forme de patrimoine collectif constitué d'embryons et affecté à la recherche. Cependant, la loi n'est pas tombée dans les affres de la dichotomie entre les personnes et les choses. A aucun moment, en effet, il n'est dit que l'embryon est une personne mais, en refusant de segmenter le développement embryonnaire (la notion de préembryon est inexistante dans la loi) et en privilégiant la relation qu'entretient l'embryon, futur enfant, avec ses parents, la loi s'inscrit clairement en faux contre la qualification réelle de l'embryon. Cohérente, la loi agit sur la cause du problème, l'existence d'embryons surnuméraires, en

109. *Rapport Lenoir* préc., p. 373 et p. 386. Le rapport compare la recherche sur l'embryon à d'autres domaines, à savoir d'une part l'éthique biomédicale dont les principes devraient être mis en forme par une "loi-cadre" (p. 372), et d'autre part la non-commercialité du corps humain, la technique des empreintes génétiques et l'épidémiologie, que le projet qualifie d'"urgences législatives" (p. 373).

La France semblerait donc, contrairement à l'Allemagne, admettre la recherche sur l'embryon, à condition que ne soient pas produits d'embryons uniquement à des fins de recherche, qu'un embryon ayant fait l'objet d'une recherche ne soit pas réimplanté et que soit obtenu le consentement des géniteurs à la recherche (*Rapport préc.*, p. 390).

limitant le nombre autorisé de fécondations et d'implantations au cours d'un cycle.¹¹⁰

Pourtant, la loi n'a pas échappé à la critique.¹¹¹ Du point de vue de la technique législative, on lui a reproché son "éclectisme", visible notamment en son premier paragraphe qui présente une photographie des pratiques actuelles en matière de reproduction humaine. En outre, la loi pourrait être rapidement dépassée puisqu'elle n'a pas prévu les évolutions à venir. L'argument paraît faible : qu'est-ce qui empêche que des règlements viennent compléter et mettre à jour les grands principes ? Quant au contenu de la loi, on y a vu la manifestation d'une méfiance envers les hommes en général, et la communauté scientifique en particulier, toujours tentée par la démiurgie et l'eugénisme.¹¹² De fait, la loi condamne systématiquement les médecins, jamais la femme ou l'homme fournisseurs ou receveurs de gamètes ou d'embryons, et il est probable que le souvenir des politiques eugénistes de l'époque national-socialiste a pesé d'un poids non négligeable dans les prises de décision allemandes. A cet égard,

110. § 1 (1), 3.4.5. La disposition concernant les mères porteuses fournit un bon exemple de la manière *a priori* dont la loi traite les problèmes. Le § 1 (1), 6 et 7 condamne le médecin qui prélève l'embryon d'une femme, avant l'achèvement de la nidation, pour le réimplanter chez une autre femme, ou qui procède à l'insémination artificielle d'une femme prête à abandonner l'enfant à la naissance, ou qui plante un embryon chez une femme dans les mêmes conditions (mère porteuse). Ainsi espère-t-on prévenir le phénomène. Mais une fois la maternité de substitution effectuée et le médecin, le cas échéant condamné, les parents ne seront pas poursuivis. En outre, la loi se désintéresse de l'aspect civil du problème (validité ou non du contrat passé entre le couple et la mère porteuse).

111. Voir *Neue Juristische Wochenschrift*, art. préc., p.p. 724-725.

112. Voir les § 6 et 7 interdisant le clonage et la création de chimères et d'hybrides.

l'expérience allemande a une résonance européenne : dans les débats parlementaires anglais, il a souvent été question des risques d'eugénisme et de la rigueur de la solution allemande retenue pour conjurer ces risques.¹¹³

Néanmoins, certains députés anglais semblent avoir oublié que l'eugénisme est antérieur à l'époque national-socialiste et que ce fut une idéologie et une pratique communes à de nombreux pays occidentaux, lorsqu'ils minimisent les possibles dérives scientifiques afin de justifier la recherche.¹¹⁴ De cette critique en découle une autre, portant davantage sur les conséquences pratiques de l'attitude allemande face à la recherche : la loi ne manquera pas d'être transgressée par l'effectuation à l'étranger des procédés prohibés, et l'Allemagne se fera ainsi le champion de la morale, pendant que les autres pays continueront leurs percées scientifiques.¹¹⁵ C'est l'un des arguments avancés par le rapport Lenoir pour que la France se détourne du modèle législatif allemand : argument réaliste, mais dérisoire quand sont en jeu, non pas seulement des impératifs de concurrence économique, mais la définition de l'espèce humaine. On tentera de montrer que la loi allemande fait preuve d'une clairvoyance certaine en soulignant l'articulation entre le devenir de chaque

113. Voir *Hansard*, vol. cit., p.p. 51, 54, 57.

114. *Ibid.*, p. 63 : "It is true that some countries have banned research -that is most unfortunate- but I do not see why we should take lessons in morality from the Germans. I know that many other countries are looking to us to see what sort of legislation they should introduce."

115. *Neue Juristische Wochenschrift*, art. cit., p. 725.

embryon singulier et la conservation du patrimoine génétique collectif, et que, pour être pessimiste par sa défiance vis-à-vis du progrès scientifique, elle n'en tient pas moins compte, elle aussi, de l'intérêt des générations futures, en un sens précis qui reste à déterminer.

B. Les moyens de reproduction attirés dans la sphère de la personne.

Deux décisions émanant de juridictions françaises ayant eu à connaître, l'une de l'insémination artificielle avec donneur, l'autre de la maternité de substitution, illustrent le courant opposé à celui qu'on a décrit précédemment : toutes deux récusent l'application de la problématique du droit de propriété aux vecteurs et organes de la reproduction.

1. L'insémination artificielle avec donneur anonyme.¹¹⁶

a) La décision.

Il s'agit, dans cette affaire, d'un couple de concubins dont la femme, au moyen d'une insémination artificielle avec donneur anonyme, avait donné naissance à un enfant reconnu par le concubin. Plus tard, celui-ci se ravise et intente une action en annulation de reconnaissance, en application de l'article 339 du Code civil.¹¹⁷ La Cour déclare cette action recevable, au motif que le consentement donné par le concubin à l'insémination ne peut valoir renonciation

116. Cour d'appel de Toulouse, 21 septembre 1987, *Dalloz* 1988, jurisprudence, p. 184, note Huet-Weiller.

117. Art. 339, al. 1 : "La reconnaissance peut être contestée par toutes personnes qui y ont intérêt, même par son auteur."

à contester ensuite sa paternité,¹¹⁸ et qu'il est clair que le concubin ne peut être le père biologique de l'enfant. Puis la Cour s'attaque au problème principal, la responsabilité civile, et développe sur ce point une longue argumentation aboutissant à condamner le concubin "sans la malheureuse initiative duquel l'enfant ne serait pas né" à verser au tuteur *ad hoc* dudit enfant la somme de 100 000 francs à titre de dommages et intérêts. Quant à la concubine, elle ne reçoit rien de son ex-concubin, mais elle est seulement invitée, "dans la mesure où elle l'estimera fondé", à "rechercher la responsabilité du praticien qui s'est prêté à l'opération de fécondation." Or, ce qui retient l'attention, c'est que pour conclure à la responsabilité des deux concubins, la Cour s'est lancée dans une analyse plus générale de la procréation artificielle entre époux et entre concubins, avec recours à un donneur de sperme ou à une donneuse d'ovules. Selon elle, tant l'objet que la cause de telles conventions sont illicites car "ainsi qu'il a été excellemment écrit, le corps humain ne peut faire l'objet d'actes d'appropriation ou de disposition, il fait en effet partie du domaine de l'être et non pas de celui de l'avoir ; à la différence du don d'organe, le don de sperme aboutit à donner à l'enfant à naître l'être même du donneur, et l'autoriser aboutit à faire de la personne humaine une chose ; pareil don heurte en outre de front le principe de

118. Art. 311-9 du Code civil : "Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation."

l'indisponibilité de l'état des personnes, celui-ci ne pouvant faire l'objet de cessions à titre onéreux ou gratuit."

b) Commentaire.

On s'attachera moins à la solution retenue par la Cour d'appel, qui a été suffisamment commentée et critiquée, notamment au regard de la nature du préjudice subi et de la faute génératrice, qu'à sa motivation et au rôle que la Cour estime être le sien. Relevons toutefois deux éléments qui montrent la ligne jurisprudentielle discontinue qui se dessine à ce propos : d'une part, le T.G.I. de Bobigny a, le 18 janvier 1990,¹¹⁹ a jugé recevable l'action en désaveu de paternité engagée par le mari dont la femme s'était fait inséminer artificiellement,¹²⁰ mais non fondée en l'absence de motifs circonstanciés (autrement dit, la preuve de l'adultère de la femme au moment de la conception de l'enfant), car une telle action "aboutirait à supprimer à un enfant, dont la conception a été voulue délibérément, une paternité, alors même qu'il serait dans l'impossibilité d'en établir une autre à l'égard d'un père biologique qui, de par l'organisation du procédé de l'insémination artificielle pratiquée dans le cadre d'un organisme comme le C.E.C.O.S., est inconnu et doit le rester." Le

119. T.G.I. Bobigny, 18 janvier 1990, *Dalloz* 1990, jurisprudence, p. 332, note Saujot.

120. Pour la même raison que précédemment : "S'agissant d'une action intéressant l'état des personnes et donc d'ordre public, le consentement du demandeur à l'insémination de son épouse ne peut s'analyser en une renonciation à toute action postérieure en désaveu."

tribunal constate donc que, dans un tel cas, la recherche de la vérité biologique mène à une "impasse" et admet, dans ces conditions, que la volonté de parents qui "s'est superposée sciemment, et grâce aux techniques scientifiques, au jeu de la filiation légitime tel qu'envisagé par le système légal", "puisse jouer un rôle positif à côté de la loi et qu'il faille en tirer les conséquences."

D'autre part, le pourvoi formé contre l'arrêt du 21 septembre 1987 a été rejeté par la Cour de cassation¹²¹, mais au moyen de la technique judiciaire de la substitution de motifs. La raison retenue par la Cour de cassation pour justifier la condamnation du concubin est que celui-ci, en acceptant l'insémination artificielle de sa concubine et en reconnaissant un enfant qui ne pouvait être le sien, "contracte vis-à-vis de l'enfant et de la mère l'obligation de se comporter comme un père en subvenant notamment aux besoins de l'enfant qu'il a reconnu." Aussi le raisonnement de la Cour de cassation diffère-t-il sensiblement de celui de la Cour d'appel : "à la différence de celle-ci, elle considère que le préjudice réparable n'est pas la naissance de l'enfant mais la disparition des obligations attachées à la paternité mensongèrement reconnue ; et que la faute génératrice de ce préjudice ne réside

121. Civ. 1ère 10 juillet 1990, *Dalloz* 1990, jurisprudence, p. 517, note Huet-Weiller ; *Rev. trim. dr. civ.* 90 (1), janv.-mars 1991, p.119, observ. Jourdain.

pas dans la conclusion d'une convention illicite, mais dans l'inexécution de l'engagement pris par l'auteur de la reconnaissance."¹²²

Bien qu'il n'ait pas été repris par la Cour de cassation, l'argument tenant au caractère illicite de la convention de procréation artificielle avec recours à un donneur, avancé par la Cour d'appel, retient l'attention par la critique radicale du progrès scientifique qu'il implique. En effet, la Cour disjoint le domaine de la science de celui du droit, lorsqu'elle qualifie les procréations médicalement assistées de "recherches et pratiques certes cohérentes sur le strict plan scientifique, mais incohérentes sur le plan de leurs conséquences, du respect de la loi, et de la morale." Même si la solution de la Cour peut sembler outrée (en passant, les juges ne manquent pas de suggérer leur hostilité à la loi sur l'avortement) et fautive quant à la définition du préjudice (en France, jusqu'à nouvel ordre, la naissance d'un enfant n'est pas considérée comme un préjudice), elle n'en demeure pas moins marquante par deux aspects. Tout d'abord, la Cour se désigne comme une juridiction au sens plein du terme.¹²³ Ensuite, elle tire les conséquences

122. Huet-Weiller, note préc., p. 518.

123. "Attendu que le législateur n'est pas intervenu devant le bouleversement complet qu'imposent les chercheurs non seulement à nombre de dispositions légales applicables en matière d'état civil mais encore à celles relatives à l'état des personnes et même au droit naturel le plus élémentaire ; qu'il incombe dès lors aux tribunaux d'assurer en fonction du droit positif existant le respect des droits de la personne humaine" face aux recherches scientifiques, et non d'"entériner" celles-ci systématiquement.

logiques de la nature spécifique des moyens de la reproduction, qui ne sont pas des choses comme les autres étant donné leur rôle dans la transmission de la vie. Elle nous rappelle qu'une technique qui nous semble aller de soi aujourd'hui (en l'occurrence les procréations médicalement assistées) n'est en fait acceptée que par une transformation de la perception que l'homme a des conditions fondamentales de son existence, qui n'est certes pas répréhensible en elle-même mais dont il est utile de prendre conscience. Enfin, une fois acceptée cette métamorphose, reste le noyau dur, juridique, de l'argumentation : l'indisponibilité des moyens de la reproduction et de l'état des personnes. C'est ce bastion dont la Cour de cassation a jugé bon de rappeler l'existence, à propos de la maternité de substitution.

2. La maternité de substitution.¹²⁴

a) La décision.

Cet arrêt solennel entend mettre fin à la bataille judiciaire qui a lieu en France ces dernières années au sujet des mères porteuses. Un pourvoi dans l'intérêt de la loi a été formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris analysé plus haut. Celui-ci est effectivement cassé par l'Assemblée plénière qui

124. A.P. 31 mai 1991, *Dalloz* 1991, jurisprudence, p. 417, note Thouvenin.

réitère la solution qu'avait déjà formulée la Cour de cassation en 1989.¹²⁵

Après avoir visé les articles 6, 1128 et 353 du Code civil¹²⁶, la cour réaffirme que "la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à la naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes" et constitue, plus précisément, un détournement de l'institution de l'adoption.

b) Commentaire.

Rappelons que le principe de l'indisponibilité de l'état signifie que "la filiation est un rapport institué par le Droit et non un rapport négocié, et que nul ne peut s'instituer père ou mère par le seul effet de sa volonté", qu'il s'agit là d'un de ces "principes généraux du droit sur lequel, au demeurant, s'accordent anthropologues, psychanalystes et la plupart des juristes", même s'il vacille quelque peu en droit positif, "en raison du rôle grandissant que ce dernier reconnaît, au détriment de l'ordre public, aux volontés individuelles dans l'établissement de la parenté."¹²⁷ Ainsi, et contrairement à la Cour

125. Civ. 1ère 13 décembre 1989, *J.C.P.*1990, II, n. 21526, note Sériaux.

126. Sur l'art. 1128, voir supra, p. 20 ; l'art. 6 subordonne la validité des conventions particulières au respect de l'ordre public et des bonnes moeurs ; quant à l'article 353, il formule certaines des conditions de validité de l'adoption, notamment la conformité à l'intérêt de l'enfant.

127. Note sous l'arrêt C.A. 15 juin préc., p. 112.

d'appel de Paris, la Cour de cassation souscrit à l'idée selon laquelle "le contrat et l'état des personnes ne font pas bon ménage".¹²⁸ Ce qui demeure complexe, c'est l'articulation entre les deux principes : l'indisponibilité du corps humain et celle de l'état des personnes. Lequel soutient l'autre ? S'il est vrai que "le véritable fondement de l'indisponibilité du corps en ses facultés reproductrices doit être tiré de l'indisponibilité de l'état et de la personne elle-même en son identité, telles que le droit les détermine",¹²⁹ on saisit mal, inversement, comment la libre disposition des moyens de reproduction n'entraînerait pas celle de la personne : on se heurte, encore une fois, au problème de l'élaboration, par le droit civil, d'un "statut de la personne charnelle".¹³⁰

L'insistance avec laquelle a été présenté le débat français ne doit pas conduire à imaginer que l'Hexagone aurait l'exclusivité de la pratique des mères porteuses et des problèmes qui en sont issus. On a avancé, sans pouvoir le vérifier, le chiffre de 3700 enfants nés, dans le monde, par ce procédé.¹³¹ Combiné à la technique de l'insémination artificielle, le procédé aboutit même à des résultats qui posent de sérieux problèmes d'ordre des générations. Ainsi, aux Etats-Unis, une femme est actuellement enceinte de jumeaux obtenus par

128. *Ibid.*, p. 114.

129. *Ibid.*

130. *Ibid.*, p. 115.

131. *Rapport Lenoir préc.*, p. 44.

fécondation *in vitro* à partir d'ovules de sa fille et de spermatozoïdes de son gendre.¹³² Reste que la pratique est assez généralement réprouvée par les gouvernements qui ont été amenés à se prononcer sur la question. On a vu que la loi allemande de 1990 condamne pénalement les médecins qui réalisent des maternités de substitution par insémination artificielle, ce qui laisse en suspens la question de la validité des contrats passés entre le couple et la mère porteuse, tandis que la loi anglaise, elle, s'attaque aux contrats eux-mêmes, les déclarant nuls et non avenues.¹³³ Quant à la future et hypothétique loi française, si elle se conformait aux propositions du rapport Lenoir, elle incriminerait l'entremise en matière de mères porteuses.¹³⁴

Ainsi, quoique les techniques employées pour la combattre varient, la maternité de substitution est en général bannie, au motif -minimal mais on a vu que l'argumentation pouvait être développée- qu'elle suppose une exploitation du corps de la femme et une réification de l'enfant, donc parce qu'elle s'analyse en un mécanisme d'appropriation d'autrui.

Différents arguments (la vie commence dès la conception ; la connaissance pure n'est pas une fin en soi ; disposer de ses moyens de reproduction revient à

132. *Le Monde*, jeudi 8 août 1991, p. 6.

133. Section 36 de la loi : "No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it."

134. *Rapport Lenoir* préc., p. 381.

s'aliéner soi-même) viennent au soutien de la thèse qui défend le caractère inappropriable des produits et des facultés de la reproduction.

Constatant, par conséquent, que sur les mêmes sujets, deux logiques radicalement adverses, celle de la personne et celle de l'objet, s'affrontent, et qu'il ne s'agit pas là d'un vain débat, puisqu'il naît dans la pratique, se déploie devant les tribunaux et produit des effets sur la cohérence même du droit,¹³⁵ force est d'essayer d'imaginer quels concepts, systèmes ou institutions pourraient rendre compte du rapport de l'homme à son corps, celui-ci étant considéré organiquement, fonctionnellement, et du point de vue de sa structure génétique. On se propose de rechercher à présent si la notion de patrimoine, projection de la personne dans le monde des choses, est opératoire dans ce domaine.

135. Cohérence entre les diverses branches du droit ; problèmes liés à la répartition des compétences ; fonction de la discipline juridique au sein de la société.

III. Le corps entre patrimoine individuel et patrimoine collectif.

Le panorama jurisprudentiel et législatif précédent a mis en lumière des incohérences, qui s'expliquent certes par l'extrême complexité de la question et par les forces opposées qui s'y croisent, mais également parce que, hormis en cas d'atteinte corporelle, exigeant réparation (droit des assurances, du travail, de la responsabilité civile, droit pénal), le droit pense avec difficulté, non pas tant le corps concret que le mode d'appartenance du sujet à son propre corps. La question n'est pas neuve, on l'a vu, mais elle s'est trouvée radicalement modifiée par l'application des biotechnologies à l'homme et, en ces termes nouveaux, elle a déjà reçu des éléments de réponse, sous une forme soit pragmatique, soit plus théorique. On en fournira deux exemples.

La réponse apportée par R. Scott à la question : "à qui appartient votre corps ?" semble assez révélatrice de la manière anglo-saxonne d'aborder le problème. Après avoir passé en revue et analysé tous les cas de figure où le problème surgit (dons d'organes, soit de corps morts, soit de personnes encore vivantes ; euthanasie ; insémination artificielle), l'auteur fait la synthèse des contraintes sociales rencontrées pour déclarer finalement que le principe à respecter en priorité est le suivant : l'individu n'est pas débiteur de son

corps envers la société.¹³⁶ Il en résulte que la loi préconisée par l'auteur réglementant les dons d'organes entre vivants serait formulée positivement, et non négativement, et autoriserait les dons faits par des adultes, sains d'esprit, sur la base d'un consentement libre et éclairé.¹³⁷ En revanche, le principe qui sous-tend les propositions avancées par l'auteur concernant les cadavres est celui de l'utilité commune¹³⁸, parce que la liberté de l'individu ne s'entend pas de celle de son cadavre. Par conséquent, la nécessité d'un consentement au prélèvement d'organes sur des cadavres est éliminée. Bien sûr, la mise en oeuvre de ce principe commande l'adoption de mesures de protection.¹³⁹ Néanmoins, autant les enjeux pratiques du débat sont clairement désignés, autant la distinction entre corps morts et personnes vivantes, qui est la pierre de touche de cette construction, semble insuffisante pour élaborer un statut. D'abord, il n'est pas si sûr que l'atteinte, sans consentement préalable, à un cadavre ne soit pas, dans une certaine mesure, une atteinte aux vivants. Ensuite, au sein des vivants, les exemples précédents ont montré que l'affirmation du principe selon lequel l'individu n'est pas débiteur envers la

136. Scott R. *op. cit.*, p. 255.

137. Pour les cas plus complexes (dons de tissus non régénérables, dons faits par les mineurs et les incapables), voir les p.p. 255-258.

138. *Ibid.*, p. 260.

139. *Ibid.*, p.p. 260-261 : possibilité pour chacun de manifester la volonté contraire durant sa vie ; grande publicité de la loi et de ses objectifs ; insistance sur le devoir d'humanité des médecins.

société n'était pas assez protecteur. Plus particulièrement, il ne rend pas compte de toutes les situations nouvelles d'appropriation des produits et des facultés de la reproduction, ni du fait qu'il est des cas où l'individu doit être protégé de la volonté de maîtrise d'un autre ou même de la sienne propre, ce qui souligne, si besoin en était, le désarroi de la pensée face à la vitesse des découvertes scientifiques et de leurs applications techniques.¹⁴⁰ Du reste, l'auteur termine par ce propos sibyllin : "Quels que puissent être nos attributs métaphysiques, le corps est la seule chose qui identifie chacun de nous comme être humain."¹⁴¹

Tout autre, beaucoup plus continentale, est la réflexion de X. Dijon sur "le sujet de droit en son corps". Elle consiste à examiner, par le biais de trois exemples (le droit à l'image, la relation thérapeutique, le suicide), la relation d'un sujet de droit à son propre corps pour voir si on peut lui appliquer la catégorie du droit subjectif.¹⁴² L'idée fondamentale, en effet, c'est que le droit subjectif ne se laisse appréhender en toutes ses dimensions que si l'on tient compte, entre autres, du fait que le sujet de droit est par nature un être corporel. Il ne s'agit pas ici de résumer une pensée aussi riche,

140. Le livre en question ne date que de 1981.

141. *Ibid.*, p. 263.

142. A la fin de son développement, l'auteur propose la définition suivante, qui met l'accent sur la difficulté à penser ensemble des contraires malgré tout inséparables : le droit subjectif est "prérogative du sujet subsistant dans une relation", Dijon X. *op. cit.*, p. 706.

qui reprend la distinction classique entre pouvoir de vouloir et intérêt juridiquement protégé, ainsi que la question de l'unicité ou de la dualité du droit subjectif, mais retenons-en la conclusion : "A force de multiplier entre le sujet de droit et son propre corps les droits subjectifs de protection et de disposition, on risque tout ensemble de chosifier le sujet, et de le couper de son insertion finale."¹⁴³ De la confrontation entre le corps et le droit subjectif, celui-ci "ne sort pas vainqueur ; déchiré d'abord en ses deux éléments, il doit avouer que ni l'un ni l'autre finalement ne conviennent pour régir cet objet si particulier qu'est le corps humain."¹⁴⁴ Faut-il terminer par une note sombre et décider que la relation du sujet à son propre corps est de l'ordre de l'impensable juridique ?

Sans prétendre suggérer une analyse qui fasse écho aux doutes de X. Dijon, on va, plus simplement, et en gardant présentes à l'esprit les situations concrètes exposées plus haut, au cœur desquelles se loge le problème de la transmission, étayer l'hypothèse selon laquelle la notion juridique de patrimoine, dans sa pluricité même, peut contribuer à l'élaboration de la relation du sujet à son corps. Trois éléments permettent, semble-t-il, d'avancer une telle hypothèse. D'une part, on a eu l'occasion de constater que la jurisprudence avait du mal à échapper à la dichotomie personnes / choses. Or le

143. *Ibid.*, p. 721.

144. *Ibid.*, p. 714.

patrimoine étant, rappelons-le, le reflet de la personnalité juridique sur le monde des choses, il peut aider à faire le lien. D'autre part, la notion de patrimoine génétique ayant clairement fait son entrée sur la scène scientifique et dans le monde du droit, il paraît de bonne méthode d'en vérifier la pertinence juridique. Enfin, et surtout, les problèmes qui se sont avérés les plus délicats, à savoir ceux que pose la transmission du patrimoine par la génération biologique, invitent à réfléchir à ce qui, dans la manipulation d'un homme singulier, affecte, par-delà sa personne, l'humanité entière à laquelle, du reste, la notion de patrimoine commun de l'humanité donne une expression juridique, encore floue, certes, mais réelle. Plus précisément, c'est à l'articulation entre patrimoine individuel et patrimoine collectif qu'on s'arrêtera, tant il est vrai que les pratiques ci-dessus évoquées se caractérisent leur rationalisation et que "toute rationalisation emporte des dangers pour la dignité humaine en faisant passer l'offre de l'individuel au collectif."¹⁴⁵

145. Hermitte, M.A. "Le Corps hors du commerce, hors du marché", art. cit., p. 325.

A. Le concept de patrimoine individuel appliqué au corps humain.

La théorie d'Aubry et Rau, que la tradition juridique a rangée au panthéon des classiques, est le point de passage obligé pour l'étude de la notion de patrimoine. Rappelons brièvement que celui-ci y est défini comme "une universalité de droit en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique."¹⁴⁶ Plus précisément, "le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de ses droits réels et de ses droits personnels proprement dits (*jura obligationum*), en tant qu'on envisage les objets sur lesquels ils portent sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire comme des biens."¹⁴⁷ De cette définition résultent les propositions suivantes : le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens sans distinction, et même ses biens innés ; le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits, donc une universalité de droit, une pure abstraction ; la même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine ; les objets extérieurs sont éléments du patrimoine, non en vertu de leur nature propre, mais en leur qualité de biens, et eu égard à leur valeur pécuniaire (d'où la règle de la subrogation réelle) ; pour déterminer la

146. Aubry et Rau, *op.cit.*, § 162.

147. *Ibid.*, § 573.

consistance du patrimoine, il faut déduire le passif de l'actif, mais le fait que le passif soit supérieur à l'actif n'exclut pas l'existence du patrimoine, qui comprend aussi les dettes.¹⁴⁸ De l'indéfectible lien qui unit le patrimoine et la personnalité et qui, au cours des éditions successives a été de plus en plus mis en exergue,¹⁴⁹ se déduisent deux doublets. D'une part, le patrimoine est inaliénable, en ce sens que si on peut certes disposer isolément de tous ses biens, on ne saurait aliéner le patrimoine dans son ensemble sans s'aliéner soi-même¹⁵⁰ mais il est transmissible à cause de mort par le truchement de la fiction romaine de la continuation de la personne juridique du défunt en ses héritiers.¹⁵¹ D'autre part, il est unique à chaque individu qui, pauvre ou riche, le possède " *ipso jure*, et en vertu de sa personnalité"¹⁵², et indivisible, ce qui signifie que "tous les biens qui composent le patrimoine d'une personne sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes les obligations qui pèsent sur cette personne, quelle que soit d'ailleurs l'époque où ces biens ont été acquis, et celle où les obligations ont pris naissance."¹⁵³

148. *Ibid.*, § 573 en entier.

149. Ainsi, dans la quatrième édition, le patrimoine devient-il "l'émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle" (Aubry et Rau, 4ème éd., t. VI, p. 228, note 1, cité par Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon 1910, p.9) ; puis, dans la sixième édition, on peut lire : "L'idée de patrimoine est le corollaire de l'idée de personnalité." (Aubry et Rau, *Droit civil français*, 6ème éd. par P. Esmein, t. IX, 1953, § 573).

150. *Ibid.*, § 576.

151. *Ibid.*, § 577.

152. *Ibid.*, § 575.

153. *Ibid.*

Cette théorie, qui rend largement, quoiqu'imparfaitement,¹⁵⁴ compte de l'état actuel du droit français, pourrait-elle s'appliquer au corps humain, plus particulièrement à sa structure génétique ? Il convient de prendre la mesure de la capacité d'adaptation de la théorie classique au corps du sujet.

1. L'extensivité de la théorie.

Trois raisons, bien différentes les unes des autres, viennent à l'appui de l'idée selon laquelle la construction d'Aubry et Rau, en tant qu'elle lie indissociablement le patrimoine et la personnalité, peut fournir une base solide pour l'élaboration juridique de la relation du sujet à son corps.

La première, ce sont la médecine et la biologie qui la fournissent. En effet, d'une part l'expérience médicale la plus banale nous enseigne que, même dans l'hypothèse d'une interchangeabilité des éléments constitutifs du corps techniquement réalisable (l'exemple le plus net étant la greffe d'organes), la conscience du corps, elle, est une. Ainsi s'expliquent les troubles ressentis par certaines personnes greffées qui rejettent psychologiquement l'organe étranger ; ou bien encore ce syndrome connu en psychiatrie sous le nom de syndrome de Cotard, observé dans les mélancolies délirantes et qui se signale

154. Voir Cornu, G. *Droit civil, Introduction, les personnes et les biens*. Paris : éd. Montchrestien, 1989, p. 282 : la conception française du patrimoine a été ébranlée par la consécration de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (loi du 11 juillet 1985, art. 1 et 2) et l'exploitation agricole à responsabilité limitée (même loi, art. 11).

par l'impression d'une modification, d'une négation corporelle, ou d'une absence d'organes, par une dépersonnalisation aboutissant à la négation du corps. D'autre part, les découvertes les plus récentes de la biologie moléculaire ont démontré que le matériel génétique, qui s'entend "en compréhension [d'] une structure biochimique spécifique [l'acide désoxyribonucléique] assurant des fonctions informatives particulières" et "en extension [du] gène, [du] génome et [du] génome collectif"¹⁵⁵ fait l'identité de la personne corporelle dont il est nécessaire et suffisant à assurer la genèse. Par conséquent, ni la médecine ni la biologie moléculaire n'ignorent la personne en son corps ; plus exactement, tant la perception subjective de soi que l'analyse objective de la structure moléculaire vérifient le fait que chaque personne forme, en son corps, un tout unique.

La seconde raison tient aux traits principaux, déjà soulignés, de la théorie d'Aubry et Rau. C'est justement ce qu'on lui a reproché à la fin du siècle dernier, à savoir son caractère abstrait,¹⁵⁶ qui peut être utile à présent. Il ne s'agit pas de lui faire dire n'importe quoi à tout prix, ni de gommer le contexte politique et social qui lui a donné naissance (la France

155. Galloux J.C. "De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant", *R.R.J. Droit prospectif*, 1989-3, éd. des Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 522.

156. Voir Gazin, *op. cit.*, p.p. 6-7, qui stigmatise la "logique formelle", les "conceptions pures" de cet "échafaudage dressé *a priori* par l'esprit".

bourgeoise et libérale du milieu du siècle dernier), encore qu'il ne faille pas oublier que nos deux professeurs de droit strasbourgeois se sont inspirés de la théorie allemande de Zachariae) mais, simplement, de la mettre à l'épreuve de la nouveauté.¹⁵⁷ On y est incité premièrement par la définition assez large qu'Aubry et Rau ont donnée à la notion de bien, à partir de celle d'utilité des choses pour la personne, ce qui permet d'inclure dans le patrimoine ce qu'Aubry et Rau nomment les biens innés, autrement dit les droits de la personnalité ; deuxièmement par l'abstraction extrême avec laquelle Aubry et Rau conçoivent le patrimoine : ne vont-ils pas jusqu'à affirmer que l'indigent lui-même en possède un ?

Enfin, l'évolution historique récente de la consistance du patrimoine constitue une troisième raison en faveur de l'analogie. En effet, on a montré que, depuis le siècle dernier, de nouveaux biens étaient apparus, et qu'on pouvait les décrire de la manière suivante : ils sont complexes (du fait de la pluralité des éléments dont ils sont formés : la propriété littéraire et artistique, par exemple, comporte le droit moral et le droit pécuniaire), abstraits (ainsi des propriétés intellectuelles qui ne se composent que de prérogatives incorporelles, mais tous les biens complexes ne sont pas formés

157. Remarquons, même si les procédés diffèrent un peu, que la pensée juridique a l'habitude de faire du neuf avec du vieux. Ainsi les juges savent-ils fort bien donner à un texte de loi un sens qui, à l'origine, n'était pas le sien (voir, par exemple, les interprétations, qui tournent à la création, des articles 1382 ou 2279 du Code civil français).

exclusivement d'éléments incorporels) et ils portent l'empreinte d'une activité individuelle, qui tantôt ajoute une valeur à celles des ressources naturelles, tantôt crée intégralement cette valeur par le seul effet du travail.¹⁵⁸ Dans une certaine mesure, les ressources génétiques humaines satisfont à ces trois critères : complexité de leur structure, abstraction de l'information qu'elles véhiculent, et enfin, quant à l'estimation de leur valeur, poids du travail effectué par l'homme sur ces ressources, encore que ce dernier point, jusqu'à présent mal élucidé, soit susceptible de soulever des difficultés en cas de litiges.¹⁵⁹

De quelle manière, dès lors, et en quel sens, peut-on s'aider de la théorie classique du patrimoine pour donner forme à la relation du sujet à son corps ? Evacuons d'emblée une première possibilité, pourtant tout à fait concevable, qui consisterait à inclure le corps, ou plus précisément les ressources génétiques, dans le patrimoine que tout individu possède nécessairement, parce qu'il est une personne juridique. Cette analyse, qui suppose de qualifier les ressources génétiques de choses,¹⁶⁰ puis de biens¹⁶¹,

158. Catala P. "La transformation du patrimoine dans la droit civil moderne", *Rev. trim. dr. civ.* 1966, p.p. 185-215, plus particulièrement p.p. 200-204.

159. Voir *supra*, p. 14.

160. On renvoie ici à Galloux J.C. *Essai de définition d'un statut juridique du matériel génétique* (thèse Université de Bordeaux I, 1988) et "De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant", *R.R.J. Droit prospectif*, 1989-3,

voire de biens innés¹⁶², n'est que médiocrement intéressante quand il s'agit de déterminer le type de rapport qu'entretient le sujet avec son corps propre, puisqu'on a affaire, en fin de compte, dans cette hypothèse, à un mode classique d'appartenance, la propriété, qui dissocie le corps objet du sujet propriétaire au lieu de restituer l'unicité de la personne en son corps.

Qu'en est-il alors de la deuxième possibilité, qui consiste à ériger le matériel corporel en patrimoine autonome, le "patrimoine génétique" ? Du point de vue de certaines de ses caractéristiques -transmissibilité, unicité et indivisibilité-, l'application de la théorie d'Aubry et Rau aux ressources génétiques est pertinente. En effet, celles-ci sont à l'évidence transmissibles: l'hérédité biologique est la transmission, au moment de la fécondation du nouvel être humain, d'un message génétique individualisé par rapport à celui de ses parents. Néanmoins, une différence de taille sépare le patrimoine juridique du patrimoine génétique : alors que celui-là ne se transmet qu'à cause de mort, la transmission biologique, elle, advient du vivant des individus, sauf l'exception

p.p. 521-550, qui a démontré que "le matériel génétique, quelle que soit son origine animale, végétale, ou humaine, et à quelque niveau qu'on l'appréhende, est une chose", ce qui, d'après l'auteur, "n'implique aucune dévalorisation du vivant", pas plus que "son appropriation ou son commerce" (*art. cit.*, p. 550).

161. A partir de la notion large d'utilité de la chose en question pour l'homme.

162. Biens pour lesquels l'*intuitus personae* est essentiel, aujourd'hui appelés droits de la personnalité. S'il est aisé de constater et de réaffirmer qu'au sens propre, le corps est un bien inné, on se heurte en revanche à l'obstacle que constitue le régime actuel de droits de la personnalité : ceux-ci, en effet, sont dans le commerce.

constituée par l'insémination *post mortem* dont on a vu les incohérences juridiques. En outre, les ressources génétiques sont uniques en ce sens qu'elles représentent l'image biologique de chaque individu. Enfin, c'est la combinaison de l'ensemble de ces ressources qui est indivisiblement affectée à l'expression de l'identité biologique de la personne. Les résultats de la biologie moléculaire confortent donc partiellement l'hypothèse selon laquelle le patrimoine au sens classique peut servir de référence dans l'élaboration de la notion juridique de patrimoine génétique. Cependant, c'est plus la proposition centrale d'Aubry et Rau (la liaison indéfectible entre le patrimoine et la personnalité) que ses corollaires qui permet à l'analogie de rendre tous ses fruits. En effet, étant donné d'un côté l'extrême abstraction du patrimoine classique, de l'autre l'enseignement de la biologie sur le rôle du matériel génétique dans la genèse corporelle, enfin ce fait primordial de l'ancrage de la personnalité juridique dans le corps concret et la nécessité, pour le droit, de protéger une certaine idée qu'il se fait de la personne par le biais de la protection de sa manifestation immédiate, le corps, la théorie d'Aubry et Rau appliquée, dans sa version épurée, aux ressources génétiques s'avère être d'un intérêt aussi réel qu'inattendu. Toutefois, les limites de l'analogie sont aisément repérables.

2. Les apories.

Elles sont au nombre de deux.

D'une part, l'un des attributs constitutifs du patrimoine juridique, l'inaliénabilité, convient particulièrement mal au corps humain. Tous les développements antérieurs ont en effet montré combien les éléments du corps (les organes, régénérables ou non, les vecteurs de la reproduction, mais aussi ses produits, en particulier les préembryons) étaient non seulement aliénables mais aliénés de fait, mouvement que les techniques de génie génétique¹⁶³ ne font qu'accentuer. Certes, à cela on pourrait objecter que dans les pratiques évoquées, notamment les thérapies géniques, ce n'est jamais qu'une partie détachable du corps qui est ainsi mise à disposition, sans que la cohérence de l'ensemble ne s'en trouve affectée. Reste d'une part que les biologistes eux-mêmes insistent sur la solidarité de tous les gènes dans la genèse et la maintenance de la personne corporelle, d'autre part, et plus généralement, que l'expérience du corps, objective ou subjective, n'est pas celle d'une entité sécable, et ce *a fortiori* dans le mécanisme de la transmission, enfin que l'aliénation ultime -l'esclavage- est interdite. Dès lors, il semble possible de réaffirmer l'inaliénabilité du corps dans son ensemble, la proposition étant surtout, mais non exclusivement, prescriptive.

163. Ces techniques ont "pour but d'isoler ou de modifier (en l'amplifiant) le fonctionnement d'un gène de structure, en l'incorporant dans le génome d'un autre organisme, capable de transmettre les caractères nouvellement acquis et d'assurer le fonctionnement du gène incorporé." (Ayraud N. et Lambert J.C., D.C.E.M.- Médecine, Génétique, n. 21, éd. Heures de France, 1987, p. 16).

D'autre part, et là réside la difficulté majeure, le patrimoine individuel reste malgré tout dans l'orbite du droit de propriété. Il existe bien, au sein du patrimoine, des degrés dans la patrimonialité¹⁶⁴, mais le rapport de l'homme à son patrimoine est de toute façon marqué du sceau de la propriété. "Le droit de l'homme sur son patrimoine est un droit de propriété".¹⁶⁵ Or on a montré les insuffisances du droit de propriété, forme la plus pure du droit subjectif, quand il s'agit de qualifier la relation de l'homme à son corps.

Il n'en demeure pas moins que la fonction principale du patrimoine est de préserver pour transmettre, et que ce n'est pas un hasard si la notion a tendance à refaire surface quand un péril menace tel ou tel bien. Or ce qui aujourd'hui paraît en danger, c'est la définition et la conservation de l'espèce humaine, et ce en raison des résultats possibles de l'intervention de la technique sur la reproduction. D'où l'émergence de l'idée d'un patrimoine génétique collectif à protéger en vue de sa transmission aux générations futures.

164. Catala P. *art. préc.*, p. 207 : "Plus forts sont l'inituitus personae et le caractère complexe ou abstrait des biens, plus nombreux sont les obstacles à leur pleine patrimonialité."

165. Aubry et Rau. *op. cit.*, § 575. Voir aussi le § 576 pour l'exposé des droits qui sont compris dans la propriété du patrimoine : droit de l'administrer, d'en percevoir les revenus, de disposer de la totalité ou d'une partie aliquote du patrimoine ; droit de revendication.

B. Le patrimoine génétique collectif.

Les théories juridiques du patrimoine considéré dans sa dimension collective sont centrées, non sur la notion de personne comme la conception classique, mais sur celle de but. On se réfère ici d'une part à la théorie des patrimoines à but émanant de l'école allemande des pandectistes¹⁶⁶, de l'autre à la notion de patrimoine commun de l'humanité, ressortissant au droit international public.¹⁶⁷ Celle-ci pouvant être tenue pour une variante contemporaine et à grande échelle de celle-là, il sera question, dans les lignes suivantes, de patrimoine d'affectation, soit *stricto sensu*, soit *lato sensu*.

Rappelons que la théorie allemande peut être dessinée à gros traits comme érigeant en patrimoine séparé tout ensemble de biens utilisés à une fin commune et déterminée. Pour Brinz, le patrimoine d'une personne n'est qu'une forme possible du patrimoine¹⁶⁸ et, bien qu'il présuppose la possibilité de l'existence de patrimoines sans sujet, le patrimoine à but n'est pas une fiction.¹⁶⁹ L'obstacle à dépasser est cette habitude qu'on a contractée de

166. Brinz A. *Lehrbuch der Pandekten*, Dritter Band, zweite Abteilung, 1. Lieferung (das Zweckvermögen), zweite veränderte Auflage, Verlag von Andreas Deichert, 1888, 453-586.

167. Kiss A.C. *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, tome 175, 1983.

168. *Ibid.*, p. 474 : "Allmählig wird erkannt, daß das Vermögen der Person nur eine Art des Vermögens ist".

169. *Ibid.*, p. 473 : "Das Zweckvermögen ist keine Fiktion. Daß es auf der Voraussetzung subjektlosen Vermögens beruht, ist richtig."

penser et de nommer les droits du patrimoine comme étant exercés par une personne, mode de pensée inadapté au caractère impersonnel des objets considérés en fonction de leur but. Mais cette hypothèse une fois admise, buts et patrimoines sont en relation d'équivalence.¹⁷⁰ Pour avoir une idée du fonctionnement du système, prenons l'exemple du patrimoine des corporations. L'entité à prendre en compte est la corporation dans son ensemble et dans son unicité. Ne fait pas partie de son patrimoine ce qui relève exclusivement de l'un ou l'autre but de la corporation, ni ce qui appartient aux membres de la corporation, même collectivement.¹⁷¹ On sait l'impulsion qu'a donnée, en Allemagne, cette conception à la création de fondations et de corporations.

La théorie du patrimoine commun de l'humanité, quant à elle, est née il y a peu d'années afin de rendre compte du régime juridique des objets suivants : l'espace extra-atmosphérique et les corps célestes, l'Antartique, le spectre des fréquences radio-électriques, le patrimoine culturel (archéologique et artistique), le patrimoine naturel (espèces et espèces sauvages) et d'autres éléments essentiels de la biosphère (la couche d'ozone, le climat global, le patrimoine génétique animal et végétal¹⁷²). Elle se fonde sur l'idée qu' "au-delà des fluctuations de l'histoire, il existe un élément constant, fondamental,

170. *Ibid.*, § 434 : "So viele gibt es als Zwecke, für welche Vermögen gehören kann."

171. *Ibid.*, § 437.

172. Kiss n'envisage pas le cas du patrimoine génétique humain, ce qui explique qu'une fois encore on ait recours au mécanisme de l'analogie.

l'intérêt de l'humanité"¹⁷³ qui commande qu'un certain nombre de ressources soient également partagées entre tous et sauvegardées pour les générations à venir. Tel qu'il fonctionne actuellement, le patrimoine commun de l'humanité présente les caractères suivants : les Etats, tout en pouvant utiliser l'espace considéré ou les ressources qui s'y trouvent, ne peuvent en acquérir la souveraineté ; seules des fins pacifiques peuvent être poursuivies dans l'utilisation des espaces ou des ressources en question ; la gestion en est assurée par l'ensemble des utilisateurs, réels ou potentiels, ou en leur nom, par exemple par une institution internationale ; l'utilisation du patrimoine doit être rationnelle : elle doit permettre, s'il y a lieu, le renouvellement des richesses et, s'il s'agit de ressources non renouvelables, une exploitation maximale constante tenant compte des besoins de l'avenir ; les avantages tirés de l'exploitation du patrimoine commun de l'humanité doivent être équitablement répartis entre les différents Etats.¹⁷⁴

Les utilisations qui affectent le corps humain, surtout dans sa fonction reproductrice, ayant pour bénéficiaire, réel ou supposé, l'humanité, et l'expression de patrimoine génétique collectif étant entrée dans le vocabulaire scientifique courant, il convient dès lors de comprendre, à partir des cas réels

173. Kiss A.C. *op.cit.*, p. 113.

174. *Ibid.*, p. 135.

où elle est mise en oeuvre, quelle pourrait être la signification juridique de la notion, puis d'analyser les difficultés rencontrées.

1. Ancrage dans la réalité.

L'ensemble des techniques liées à la reproduction d'une part, au génie génétique de l'autre ont partie liée avec la notion de patrimoine collectif, et ce en plusieurs sens.

La recherche sur l'embryon conduit à la création et, par voie de conséquence à la gestion, d'un stock d'embryons affecté à la recherche, autrement dit à l'existence d'un patrimoine à but, entendu soit strictement, auquel cas ce serait la propriété des scientifiques, soit largement (patrimoine commun de l'humanité). Des objets (ou du moins les qualifie-t-on ainsi, pour les besoins de la cause) sont rassemblés sous la considération du bien qu'ils peuvent procurer à l'humanité, du fait des progrès que l'expérimentation permettra de réaliser.

Les projets très récents de lecture de la carte génomique humaine¹⁷⁵ reposent, eux aussi, sur la notion de patrimoine humain collectif. Il s'agit d'une vaste entreprise, américaine, japonaise et européenne, dont les enjeux

175. Sur ce projet, voir Gros F. *La civilisation du gène*. Paris : éd. Hachette, collection "Questions de science", 1989, p.p. 118-126 ; très récemment, Nau J.Y. "La très grande bibliothèque des gènes humains", *Le Monde*, mercredi 4 septembre 1991, p. 13.

financiers et médicaux sont immenses, qui consiste à identifier les trois milliards de paires de bases qui constituent le génome humain, afin de combattre les trois mille maladies répertoriées héréditairement transmissibles. Les découvertes se multiplient à grande vitesse. Ainsi, en un an, quatre-vingts affections d'origine génétique ont bénéficié de ces recherches. "Au total, la liste des pathologies dont la cause première, moléculaire, a, de la sorte, pu être élucidée, dépassera bientôt les cinq cents."¹⁷⁶ Là aussi, il y a affectation d'un bien (les ressources génétiques) à la réalisation d'un but (la prévention des maladies héréditaires), avec l'humanité comme bénéficiaire, bref un patrimoine commun de l'humanité caractérisé dont pourtant le régime juridique est complètement flou.

Ces pratiques ne laissent pas de contenir des ambiguïtés de principe et des se heurter, par voie de conséquence, à des obstacles de mise en oeuvre.

2. Les difficultés.

Elles sont de deux ordres : d'abord la détermination du but, ensuite l'affirmation de l'humanité comme sujet de droits.

a) La détermination du but.

176. Nau J.Y. *art. cit.*



Un consensus sur le choix des finalités, quand c'est l'espèce humaine qui est en jeu, semble difficile à atteindre. Reprenons les deux exemples précédents. On a vu que les tenants de la recherche sur l'embryon soutenaient que celle-ci, en permettant d'améliorer la connaissance des causes de la stérilité et la prévention des maladies génétiques, visait directement le bien des générations futures. Les débats parlementaires ont même pris sur ce point une tournure théâtrale, les partisans de la recherche considérant le moment où ils parlaient comme celui où l'avenir de l'humanité, ni plus ni moins, se jouait. Or c'est bien aussi une certaine vision de l'humanité future, diamétralement opposée, qui est sous-jacente à la loi allemande. Il n'est pas exact, en effet, d'assimiler le bannissement de la recherche sur l'embryon avec la négation de toute perspective d'avenir. Simplement, la recherche scientifique ne poursuit pas les mêmes buts selon la loi anglaise (le progrès, en vue, à plus ou moins long terme, d'éliminer les tares et l'infertilité) ou d'après la loi allemande (soigner, dans la mesure du possible, la stérilité, mais pas à n'importe quel prix ; transmettre un patrimoine plutôt que l'améliorer). Une alternative identique se retrouve pour la cartographie de génome humain. Le but de la connaissance pure une fois évacué, il s'agit de déterminer quelles seront les applications de ces nouveaux procédés. Or il y a là matière à réflexion quand on connaît d'une part les situations pour le moins délicates auxquelles la science médicale aboutit, en raison, principalement, de l'absence de coïncidence



entre la découverte de l'origine moléculaire d'une maladie et celle d'une thérapeutique efficace ; d'autre part l'existence d'un profond désaccord sur l'appréciation des bienfaits ou des méfaits de ces techniques nouvelles relativement au devenir de l'espèce humaine.

Les choses seraient trop simples, en effet, si la lecture de la carte génomique de l'homme ne conduisait qu'à repérer les gènes porteurs d'une maladie assurément incurable, auquel cas la proposition d'un avortement de la femme enceinte d'un fœtus porteur du gène défectueux se heurte, du moins pour les partisans de l'avortement, à peu de difficultés. Mais d'autres situations sont plus compliquées, par exemple celle qui résulte de la découverte, cette année, de l'origine moléculaire du syndrome de l'X fragile, qui se manifeste par une altération profonde des facultés intellectuelles et dont la transmission héréditaire était jusque-là mal connue. Or, sans entrer dans les détails techniques, retenons que le gène défectueux ne se transmet pas systématiquement à la génération suivante et qu'il se transmet différemment aux filles et aux garçons, de sorte que "chez une femme enceinte et connue pour être vectrice potentielle de la tare génétique, le diagnostic prénatal soulèvera une série de questions difficiles autant qu'inédites."¹⁷⁷ Les médecins sont assurément conscients de la nécessité de mettre en place un "conseil génétique" auprès des

177. *Ibid.*

familles concernées, mais est-ce suffisant ? En outre, on ne fait qu'entrevoir les risques que comporte l'application pratique de telles découvertes quand la maladie s'avère être répandue dans une population donnée, notamment ceux liés à l'estimation du rapport coût / bénéfice du dépistage. Bref, la nécessité se fait déjà jour de mesures législatives qui "protègent au plus vite l'individu contre ce qui pourrait rapidement apparaître comme une forme moderne et perverse de colonisation du génome humain."¹⁷⁸ C'est d'autant plus vrai que le statut du patrimoine génétique humain ne fait pas l'objet d'un consensus philosophique.

Un courant non négligeable de la pensée américaine¹⁷⁹ s'emploie à démontrer que les techniques de génie génétique, employées avec la prudence qui s'impose, ne représentent pas un mal en elles-mêmes. L'argumentation est la suivante : il n'y a aucune raison de penser que la condition biologique humaine est un fait nécessaire. Elle est au contraire le fruit de mutations dues au hasard. Dès lors, nos caractères biologiques peuvent fort légitimement, d'un point de vue moral, subir des changements volontaires. Pourquoi, en effet, la nature aurait-elle fait les choses au mieux ? Nombreux sont ceux qui voudraient éviter, pour eux-mêmes et pour leur descendance, la survenance de telle ou telle

178. *Ibid.*

179. Voir Engelhardt, H. Tristram, Jr. "Human nature technologically revisited", *Social philosophy and policy* Vol. 8 Issue 1, autumn 1990, published by Basil Blackwell, Oxford and Cambridge M.A., p.p. 181-191. En France, ce courant est représenté, entre autres, par P.A. Taguieff. Voir notamment son article intitulé "Du fantôme au débat", dans *Pouvoirs*, préc., p.p. 23-64.

maladie. Mieux, le génie génétique permettrait, non seulement de prévenir les maladies, mais encore d'améliorer certaines caractéristiques humaines, comme la capacité respiratoire ou l'intelligence.¹⁸⁰ Ce qui est donc jugé moralement juste et socialement souhaitable n'est donc rien d'autre, dans cette perspective, qu'un eugénisme négatif. La réalisation la meilleure de l'humanité passe par l'amélioration de son patrimoine génétique : préoccupation ancienne, mais aujourd'hui techniquement possible. On ne se lancera pas ici dans une polémique philosophique sur le rapport de l'homme et de la nature qui est à l'oeuvre dans cette proposition d'amélioration du patrimoine génétique humain. Il suffit ici, pour en dénoncer les faiblesses, de relever qu'une fois encore ce qui est considéré comme acquis dans ce type de thèse, c'est la toute puissance d'une science sûre d'elle, alors qu'on a suffisamment mis en lumière les désaccords, sur des points cruciaux, d'une communauté qui parle toujours en un temps donné, provisoirement. Que les solutions juridiques élaborées par la société prennent les dernières découvertes de la science comme référence absolue semble donc relever de l'absurde. Bref, une fois d'accord sur le fait qu'on cherche le bien de l'humanité, on n'a rien réglé car on ne sait ni qui a la

180. *Ibid.*, p. 186. En bref : "If there is no normative design in nature disclosable in secular terms, then from a secular point of view there will be no moral difference in principle between curing a defect (i.e., restoring the *de facto* 'design' of humans) and enhancing human capacities (i.e., altering the *de facto* 'design' of humans in order to achieve better the goals persons have -which goals themselves are likely to change)."

capacité de le dire, ni sur quelle base. C'est pourquoi la prudence minimale commande, au point de vue législatif, l'adoption d'un principe visant à la protection, et non à l'amélioration, du patrimoine génétique, encore qu'énoncé sous cette simple forme il paraisse insuffisant.¹⁸¹

b) L'humanité sujet de droit ?

L'humanité comme sujet des droits qui lui sont conférés par la science n'est pas moins problématique, mais il faut distinguer ici deux facettes de la question : la possibilité théorique que l'humanité à venir soit la bénéficiaire des actes accomplis aujourd'hui et les moyens techniques par lesquels l'humanité présente pourrait exercer ses droits.

181. C'est ce que propose le rapport Lenoir, p. 379, au titre des urgences législatives. L'adoption de ce principe signifierait l'interdiction de la "création de clones humains ou de chimères, de la sélection ou des pratiques de tri eugénique des caractéristiques non pathologiques (sexe, traits physiques de l'enfant à naître) pour convenance personnelle ou sociale." Mais elle n'entraînerait pas l'interdiction des "modifications génétiques opérées dans le cadre des expériences de thérapies géniques somatiques. Elle laisserait en outre ouvert le débat sur les thérapies germinales qui, actuellement et pour quelques (*sic*) temps encore semblent exclues, en raison des incertitudes pesant sur leurs conséquences." (*Rapport préc.*, p. 380). On peut s'interroger sur la signification exacte de ce principe, et sur la part d'angélisme qu'il comporte formulé ainsi, si par ailleurs la recherche sur l'embryon était acceptée et compte tenu de la fragilité des frontières séparant telle ou telle expérience scientifique (en l'occurrence, thérapie somatique / thérapie germinale).

C'est le même souci qu'on décèle dans l'apparition de ce nouveau droit qu'est le "droit à un patrimoine génétique non manipulé", auquel s'est intéressé le Parlement européen (voir notamment le rapport du 19 décembre 1988) et dont les difficultés de mise en oeuvre (faudra-t-il définir des critères de normalité génétique ?) sont bien décrits dans Musumeci A. "Profili costituzionali del diritto ad un patrimonio genetico non manipolato. Fondamenti e limiti.", *Nomos. Le attualità nel diritto*, anno III, ott.-dic. 1990, 4, p.p. 55-74.

Que la vie sociale, politique et juridique doive tenir compte, non pas des seuls intérêts à court terme des vivants, mais également de ceux des futurs êtres humains est une idée qui a trouvé une vigueur nouvelle ces dernières années à l'occasion des bouleversements de l'environnement engendrés par la technologie. D'une part, elle se situe au centre des préoccupations de certains philosophes. Ainsi, H. Jonas¹⁸², s'interrogeant, comme H. T. Engelhardt, sur le nouveau rapport de l'homme à la nature induit par les avatars modernes de la technique, mais arrivant à des conclusions opposées, explique que la technologie d'aujourd'hui nous contraint à choisir entre des solutions extrêmes, aux effets éloignés dans le temps, et dont on ne sait qu'une chose, c'est qu'elles concernent toute la nature terrestre, et plus exactement le type de créatures qui habiteront -ou non- notre globe.¹⁸³ C'est, semble-t-il, dans le prolongement de ce type de réflexion qu'a émergé l'idée de la nécessité d'un "pacte nouveau à signer avec le monde : le contrat naturel" qui reconnaisse "un équilibre entre notre puissance actuelle et les forces du monde."¹⁸⁴ Juridiquement, elle prend corps peu à peu, et plusieurs techniques sont concevables pour sa mise en

182. Jonas H. "Technology and Responsibility : The Ethics of an Endangered Future", *Responsibilities to future generations. Environmental ethics*. New-York, edited by Ernest Partridge, Prometheus books, 1981, p.p. 23-36.

183. *Ibid.*, p. 34 : "The one thing we can really know of them [the extremes of remote effects] is their extremism as such -that they concern the total condition of nature on our globe and the very kind of creatures that shall, or shall not, populate it."

184. Serres M. *Le Contrat naturel*. Paris : éd. François Bourin, 1990, p. 33 et p. 78.

oeuvre. A cet égard, un texte de Demogue¹⁸⁵ sur la notion de sujet de droit comme technique juridique est prophétique et peut fournir de fructueuses indications pour la compréhension du patrimoine génétique de l'humanité. Distinguant les sujets de jouissance des sujets de disposition, Demogue, très proche de la théorie des patrimoines sans sujet, ne voit aucun inconvénient à inclure dans la première classe les hommes non vivants, morts ou à venir¹⁸⁶, et même les animaux¹⁸⁷, alors que les sujets de disposition, en revanche, doivent, pour exercer leurs droits, être raisonnables et actuellement vivants.¹⁸⁸ Et Demogue d'ajouter que d'autres techniques sont concevables afin de parvenir au même résultat. Effectivement, le *trust* s'analyse en ce sens. On sait que cette institution anglo-américaine reçoit classiquement la définition suivante :

"Lorsqu'une personne a dans son patrimoine des droits dont elle est titulaire ou qu'elle est tenue d'exercer dans l'intérêt ou pour le compte d'une ou plusieurs autres personnes ou encore pour l'accomplissement d'un ou plusieurs buts déterminés, elle est considérée avoir ces droits *in trust* dans l'intérêt du ou des bénéficiaires ou pour l'accomplissement du ou des buts dont il s'agit. le titulaire de ces droits est un *trustee*..., lequel dispose de pouvoirs

185. Demogue R. "La notion de sujet de droit, caractères et conséquences", *Rev. trim. dr. civ.* 1909, p.p. 611-655.

186. *Ibid.*, p. 634.

187. *Ibid.*, p. 637.

188. *Ibid.*, p. 646.

fiduciaires et est uni au bénéficiaire en vertu d'une relation fiduciaire."¹⁸⁹ Or A.C. Kiss la range parmi les antécédents et concepts parallèles au patrimoine commun de l'humanité, et ce en raison des buts assignés au *trustee*, de l'extensivité de la notion de bien telle qu'elle est comprise par le *trust*, de la conciliation possible du *trust* avec la notion, reconnue par la jurisprudence américaine, d'intérêt futur, et enfin en raison de l'existence, à côté du *trust* de droit privé, de la doctrine du "public trust" en vertu de laquelle l'Etat est le *trustee* des ressources naturelles qu'il a le devoir de gérer dans l'intérêt du public en général.¹⁹⁰ Ainsi semble-t-il socialement souhaitable et juridiquement possible de faire de l'humanité future le bénéficiaire des choix d'aujourd'hui.

Plus ardue est la condition de l'humanité présente en tant que sujet de droit actif, tant il est vrai que le droit international public connaît essentiellement, sinon uniquement, en fait de sujets de droit, les Etats et les organisations internationales. Certes, la théorie du dédoublement des Etats en une fonction interne et une fonction internationale¹⁹¹ permet-elle aux Etats de gérer les espaces communs à l'humanité et, de surcroît, il existe déjà des organes supra-nationaux habilités à gérer certains espaces communs (par exemple

189. Larroumet Ch. "La fiducie inspirée du trust", *Dalloz*, 17 mai 1990, chron., p. 119, citant Halsbury's laws of England.

190. Kiss A.C. *op. cit.* p.p. 129-131.

191. *Ibid.*, p.p. 126-127.

l'Autorité internationale des fonds marins). Cependant, outre que l'idée d'une humanité gestionnaire rationnelle de ses ressources est critiquable¹⁹², on imagine mal, *a fortiori*, comment ce schéma pourrait fonctionner pour les ressources génétiques humaines, sauf à tomber dans la nationalisation des corps (ou leur internationalisation).

Finalement, il apparaît que la notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée au corps humain est féconde, mais d'application délicate et dangereuse. Féconde, elle l'est incontestablement par l'accent, tout à fait essentiel, qu'elle met sur la valeur de la transmission. On pourrait interpréter la loi allemande de 1990 comme une expression de cette tendance, fondée sur l'idée, ancienne¹⁹³ mais quelque peu oubliée, qu'il n'y a pas de solution de continuité entre l'embryon et l'espèce, et que la protection de celle-ci exclut la recherche destructrice sur celui-là. Délicate, elle l'est à l'évidence, en raison de la configuration du monde juridique qui connaît mal les intermédiaires actifs¹⁹⁴ entre l'individu et l'Etat. Quant aux dérives possibles, elles sont

192. Et critiquée par Edelman B. dans *L'Homme. la nature et le droit*. Paris : éd. Bourgois, 1988, p. 140.

193. Voir Caspar Ph. *op. cit.*, p. 18 : dès l'origine de la réflexion sur le sujet, "les problèmes embryologiques sont articulés aux thèses générales de l'apparition sur la terre de la vie humaine, laquelle se déploie toujours sur le fond d'une cosmogonie philosophique."

194. Encore qu'il ne faille pas négliger une des évolutions notables du droit contemporain, à savoir la prise en compte de plus en plus large de la dimension collective des phénomènes juridiques, et ce par le biais d'un accès facilité au prétoire pour les groupements (on pense ici à certains aspects du droit de la consommation et de l'écologie).

par trop évidentes, en raison de l'absence de consensus fondamental sur les buts assignés à la recherche scientifique.

Est-ce à dire que les théories juridiques du patrimoine se révèlent inopérantes appliquées à la relation du sujet à son propre corps ? On ne le pense pas et, en conclusion, on résumera les diverses propositions qu'on peut esquisser à partir de l'observation de l'expérience et de l'enseignement théorique puis on indiquera le chemin qui reste à parcourir.

La revue des décisions judiciaires et des législations où s'est posée la question de la qualification juridique du rapport de l'homme à son corps a mis en lumière une ligne de partage entre les tenants d'une logique de marché appliquée au corps humain d'un côté, et les défenseurs de l'indisponibilité de l'autre. Pratiquement, cela se traduit par deux attitudes du droit face aux percées scientifiques : cautionnement ou réserve. Cependant, deux éléments viennent compliquer les choses. D'une part, le caractère éclaté des solutions dû, comme on l'a vu, à l'absence d'un statut juridique du corps qui soit cohérent, aboutit à d'évidentes contradictions, d'abord entre les solutions nouvelles et les principes juridiques prévalant dans tel ou tel domaine, ensuite entre les nouveaux droits qui ont vocation à émerger. Principalement, la reconnaissance d'un droit de propriété de l'individu sur son propre corps, en vue de le protéger de l'envahissement de la science et du marché, se heurte à l'évidence aux droits que la collectivité peut revendiquer sur son propre patrimoine génétique, ces droits eux-mêmes s'opposant les uns aux autres (que doit-on transmettre ? De prétendues améliorations uniformisantes ou la diversité conservée ?). D'autre part il est indispensable de sortir de l'impasse, et de le faire, sans s'aligner sur la logique dominante du moment, et en évitant tant l'angélisme associé à une croyance béate en l'idée de progrès qu'un catastrophisme paralysant.

Deux caractères du patrimoine juridique semblent, dans cette perspective, pouvoir être transposés au patrimoine génétique. D'une part, l'indéfectible lien entre le patrimoine et la personnalité peut, s'il est mis en relief, empêcher l'invasion de la science dans le corps humain (ainsi serait justifiée, par exemple, la condamnation des médecins dans l'affaire J. Moore, sans qu'il soit besoin de recourir au droit de propriété) et fonder ce droit naissant qu'est le droit de chacun à sa propre identité génétique. D'autre part, à supposer consensuelle l'idée selon laquelle la meilleure chose que l'humanité ait à préserver pour la transmettre c'est sa diversité, l'institution du patrimoine se révèle alors efficace, non seulement pour justifier l'interdiction des manipulations génétiques affectant, d'une façon ou d'une autre, l'espèce humaine, mais encore pour restreindre autant que faire se peut les pratiques qui impliquent une mise à disposition, quelle qu'elle soit, des vecteurs et des produits de la génération humaine, quand elle ne poursuit pas un but strictement thérapeutique d'une personne donnée, à un moment donné. En bref, l'accent mis sur la transmission de chaque patrimoine individuel représentatif de chaque personne à l'humanité future permettrait, non pas d'arrêter la marche de la science, ce qui serait aussi injuste que vain, mais de cesser d'arrimer les solutions politiques, au sens large, aux futurs progrès scientifiques, et d'intégrer *a priori*, dans l'élaboration du droit, l'incertitude et le risque. On peut certes le faire *a posteriori*, comme le propose une initiative parlementaire

italienne¹⁹⁵, en créant un fonds pour l'indemnisation des dommages biologiques et le recouvrement de l'intégrité psycho-physique", mais ce type de solutions, qui, sous couvert de réalisme, cautionne la survenance du pire, semble au contraire relever de la plus haute hypocrisie : on ne peut pas à la fois réclamer la reconnaissance d'un droit à l'intégrité du patrimoine génétique et envisager déjà qu'il puisse y être porté atteinte, même si ce n'est qu'à l'échelle individuelle. Ou alors, on est convaincu qu'entre chaque individu et l'humanité, il n'y a pas de continuité, et on cesse de faire semblant de vouloir faire le bien de celle-ci.

On ne prétendra pas que le patrimoine, tel qu'on l'a défini, soit la panacée universelle, tant s'en faut. On voulait seulement rappeler que la notion présente cet avantage d'apparaître au moment des périls,¹⁹⁶ et d'avoir fait ses preuves dans des domaines bien différents, certes, mais qui peuvent servir de référence, notamment l'art et l'écologie. Appliquée au corps, elle permet de

195. Voir Musemecci A. *art. cit.*, p. 70.

196. Sur les conditions de la naissance de la notion : "Nous ne l'ignorons pas, il est question tous les jours dans les discussions de notre époque du 'patrimoine culturel' qui embrasserait légendes, mémoires, la langue même ; du patrimoine 'écologique' qui concerne les particularités attachantes, sensibles, vitales, de la nature ; les dernières années ont même vu apparaître la métaphore saisissante du patrimoine 'génétique'... En s'élargissant, la notion prend une valeur affective plus marquée pour désigner certaines conditions fondamentales de l'existence nationale, voire de l'existence humaine. Cette évolution ne fait peut-être que traduire le trouble de la conscience collective face à des menaces, plus ou moins précises et plus ou moins obscures, pour son intégrité." (Chastel A. "La notion de patrimoine", dans *Les lieux de mémoire*, sous la direction de Nora P. Paris : Gallimard, 1986, tome II (La nation**), p. 405).

sortir de la logique individuelle du droit de propriété, tout en tenant à chaque bout de la chaîne, la personne et l'humanité. Reste, en fonction de toutes ces situations nouvelles, et en partant du noyau dur de la notion, la transmission, et du problème essentiel qu'elle suscite, l'articulation de l'individuel et du collectif, à en reconstruire l'unité.

Bibliographie.

J.C. Galloux, dans sa thèse intitulée *Essai de définition d'un statut juridique du matériel génétique* (Université de Bordeaux I, 1988), a effectué un travail bibliographique très complet, comprenant des références juridiques, philosophiques et scientifiques. On y renvoie donc (thèse préc., p.p. 533-602) et on ne fera figurer ci-après que les ouvrages auxquels on s'est particulièrement référé ainsi que ceux parus depuis 1988 et qui sont liés, non seulement à la bioéthique en général, mais aussi au sujet traité dans la présente étude. On distingue dans cette bibliographie ce qui relève du droit proprement dit et ce qui appartient à d'autres disciplines (la philosophie, la biologie, l'histoire) qui se trouvent ici mises en relation du fait même que la bioéthique a pour trait principal d'être pluridisciplinaire.

DROIT.

A. Ouvrages.

- Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariae. Paris : Cosse, 1857 et 1863, tomes II et V, troisième édition, §162 et s. ; § 573 et s.
- Aubry et Rau. *Droit civil français*. Paris : sixième édition par P. Esmein, 1953, tome IX, § 573 et s.
- Brinz. *Lehrbuch der Pandekten*. Dritter Band, zweite Abteilung, 1. Lieferung (das Zweckvermögen), zweite veränderte Auflage, Verlag von Andreas Deichert, 1888, 453-586.
- Carbonnier J. *Droit civil. Introduction*. Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1988.
- Cornu G. *Droit civil. Introduction, les personnes et les biens*. Paris : éd. Montchrestien, 1989.
- Dijon X. *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*. Namur : Travaux de la faculté de droit n. 13, Société d'études morales, sociales et juridiques ; Bruxelles : Maison Ferdinand Larcier, Editeurs, 1982.
- Gazin. *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*. Thèse Dijon, 1910.
- Kiss A.C. *La notion de patrimoine commun de l'humanité*. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (1982 II n. 175). La Hague, Boston, Londres : 1983, p.p. 103-256.
- Scott R. *The body as property*. London : Allen Lane, 1981.

- Zénati F. *Les biens*. Paris : P.U.F. 1988.

- Débats parlementaires anglais sur la question : Parliamentary debates (Hansard), Monday 23 April 1990, volume 171, n. 91. London : HMSO.

- Rapport du Parlement européen du 19 décembre 1988 sur les problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique (P.E. DOC. A 2-327 / 88/ B).

- Rapport rédigé par Lenoir N., en collaboration avec Sturlèse B. *Aux frontières de la vie : pour une démarche française en matière d'éthique biomédicale*, à paraître.

- *Recueil international de lois sur la procréation médicalement assistée*, réuni et édité par Jan Stepan. Publications de L'Institut suisse de droit comparé, 15. Schulthess Polygraphischer Verlag·Zürich 1990.

B. Articles.¹⁹⁷

- Bertrand E. "Le rôle de la dialectique en droit privé positif, *Dalloz* 1951, chronique, p.p. 151-154.

- Catala P. "La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne", *Rev. trim. dr. civ.* 1966, p.p. 185-215.

197. Ci-dessous : J.C.P. = Semaine juridique ; U.C.L.A. = University of California, Los Angeles; Rev. trim. dr. civ. = Revue trimestrielle de droit civil.

- Chemillier-Gendreau M. "L'humanité peut-elle être un sujet de droit international ? ", *Actes*, sept. 1989, n. 67-68, p.p. 14-18.
- Corns Ch. "Deciding the fate of frozen embryos", *Law Institute Journal*, vol. 64, avril 1990, p.p. 273-276.
- Demogue. "La notion de sujet de droit, caractères et conséquences", *Rev. trim. dr. civ.* 1909, p.p. 611-655.
- Deutsch E. "Embryonenschutz in Deutschland", *Neue Juristische Wochenschrift*, 20 März 1991, Heft 12, 721-725.
- Donner H. et Simon J. "Genomanalyse und Verfassung", *Die öffentliche Verwaltung*, November 1990, Heft 21, 907-918.
- Dupuy R.J. "Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité", *Droits*, I, 1985, P.U.F. p.p. 63-71.
- Edelman B. "L'homme aux cellules d'or", *Dalloz* 1989, chronique, p.p. 225-230.
- Edelman B. et Labrusse C., observations sous C.A. Paris 15 juin 1990, *J.C.P.* 1991, II, n. 21653, p.p. 107-115.
- Galloux J.C. "De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant", *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, 1989-3, p.p. 521-550.
- Hardiman R. "Towards the right of commerciality : recognizing property rights in the commercial value of human tissue", *U.C.L.A. Law Review*, vol. 34, number 1, oct. 1986, p.p. 207-264.

- Hermitte M.A. "Le corps hors du commerce, hors du marché", *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1988, tome 33, p.p. 323-346.
- Huet-Weiller D., note sous C.A. Toulouse 21 septembre 1987, *Dalloz* 1988, jurisprudence, p.p. 186-188 ; note sous civ. 1ère 10 juillet 1990, *Dalloz* 1990, jurisprudence, p.p. 517-519.
- Josserand. "La personne humaine dans le commerce juridique", *Dalloz* 1932, chronique, p.p. 1-4.
- Jourdain P., observations sous civ. 1ère 10 juillet 1990, *Rev. trim. dr. civ.* janv.-mars 1991, p. 119.
- Labbé X., note sous C.A. Douai 2 juin 1987, *J.C.P.* 1989, II, jurisprudence n. 21250, p.p. 25-28.
- Larroumet Ch. "La fiducie inspirée du trust", *Dalloz* 1990, chronique, p.p. 119-121.
- Musumeci A. "Profili costituzionali del diritto ad un patrimonio genetico non manipolato. Fondamenti e limiti", *Nomos : Le attualità nel diritto*, anno III, ott.-dic. 1990 (4), p.p. 55-74.
- Pédrot Ph. "Le statut juridique de l'embryon et du foetus humain en droit comparé", *J.C.P.* 1991, doctrine, I, n. 3483, p.p. 26-30.
- Pieper Mark A. "Frozen Embryos - Persons or Property ? *Davis v. Davis*", *Creighton Law Review* 1990, vol. 23, p.p. 807-833.

- Romi R. "Sur la notion de patrimoine commun de l'humanité en droit de l'environnement", *Actes*, sept. 1989, p.p. 64-67.
- Rubellin-Devichi J., note sous T.G.I. Créteil 1er août 1984, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, p. 703.
- Saujot C., note sous T.G.I. Bobigny 18 janvier 1990, *Dalloz* 1990, jurisprudence, p.p. 334-336.
- Sériaux A., note sous civ. 1ère 13 décembre 1989, *J.C.P.* 1990, II, n. 21526.
- Sherman R. "The selling of body parts", *The National Law Journal*, vol. 10, n. 13, Monday, December 7, 1987, p. 1, p.p. 32-33.
- Thouvenin D. note, sous A.P. 31 mai 1991, *Dalloz* 1991, jurisprudence, p. 417.

SCIENCE, ETHIQUE, HISTOIRE.

A. Ouvrages.

- Ayraud N. et Lambert J.C. *DCEM-MEDECINE, Génétique*. Paris : éd. Heures de France, 1987, n. 21.
- Caspar Ph. *Penser l'embryon d'Hippocrate à nos jours*. Paris : éd. Universitaires, 1991.
- Ducos Ch. et Joly P.B. *Les biotechnologies*. Paris : éd. La Découverte, 1988.

- Edelman B., Hermitte M.A., Labrusse C., Rémond-Gouilloud M. *L'homme, la nature et le droit*. Paris : éd. Bourgois, 1988.

- Gros F. *La civilisation du gène*. Paris : éd. Hachette, 1989.

- Serres M. *Le contrat naturel*. Paris : éd. François Bourin, 1990.

-Collectif dirigé par Testard J. *Le magasin des enfants*. Paris : éd. François Bourin, 1990.

- *Patrimoine génétique et droits de l'humanité, Livre blanc des recommandations*. Paris : éd. Osiris, 1989.

- *Responsibilities to future generations. Environmental ethics*, edited by Ernest Partridge. New-York : Prometheus books, 1981.

B. Articles.

- Ensemble de la revue *Esprit*, "La bioéthique en panne ?", Paris, nov. 1989.

- Ensemble de la revue *Pouvoirs*, "Bioéthique", Paris, P.U.F., n. 56, janv. 1991.

- Ensemble de la revue *Droits*, "Biologie, personne et droit", Paris, P.U.F., n. 13, avril 1991.

- Chastel A. "La notion de patrimoine", dans *Les lieux de mémoire*, sous la direction de P. Nora. Paris : Gallimard, 1986, tome II (La Nation **), p.p. 405-450.
- Engelhardt H. Tristram. "Human nature technologically revisited", *Social Philosophy and Policy* Vol. 8 Issue 1. Oxford and Cambridge M.A. : published by Basil Blackwell, autumn 1990, p.p. 181-191.
- Renard J.P. "Ethique de la recherche sur l'animal et la personne humaine", *Lettre d'information du Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*. Paris : La Documentation française, 1987, lettre n. 10, p. 6.

TABLE DES MATIERES.

pages

Introduction	1
I. Le corps, objet de propriété	8.
A. Un cas de reconnaissance judiciaire du droit de propriété de l'individu sur ses tissus : Moore v. regents of California.....	10
1. Les données du problème.....	10
2. La bataille judiciaire.....	11
a) Les arguments de la Cour.....	11
b) L'opinion dissidente.....	14
3. Commentaire.....	16
a) La logique du droit de propriété.....	16
b) Hors de la logique du droit de propriété ?.....	20
B. Une reconnaissance implicite du caractère appropriable des produits et moyens de la reproduction.....	23
1. La loi anglaise de 1990.....	23
a) Présentation.....	24

b) La teneur du débat.....	25
c) Commentaire.....	28
2. L'insémination post mortem.....	32
a) L'affaire.....	33
b) Commentaire.....	34
3. Les mères de substitution.....	38
a) L'espèce.....	39
b) Commentaire.....	40
II. Le corps inappropriable.....	44
A. Les produits de la reproduction humaine : personnes ou objets?.....	44
1. Davis v. Davis.....	45
a) Les faits.....	45
b) Les questions de droit.....	45
c) Commentaire.....	47
2. La loi allemande du 13 décembre 1990.....	53
a) Présentation.....	53
b) Contenu.....	54
c) Commentaire.....	55

B. Les moyens de la reproduction attirés dans la sphère de la personne.....	61
1. L'insémination artificielle avec donneur anonyme.....	61
a) La décision.....	61
b) Commentaire.....	63
2. La maternité de substitution.....	66
a) La décision.....	66
b) Commentaire.....	67
 III. Le corps entre patrimoine individuel et patrimoine collectif.....	 71
A. Le concept de patrimoine individuel appliqué au corps humain.....	76
1. L'extensivité de la théorie.....	78
2. Les apories.....	83
B. Le patrimoine génétique collectif.....	86
1. Ancrage dans la réalité.....	89
2. Les difficultés.....	90
a) La détermination du but.....	90
b) L'humanité, sujet de droit ?.....	95

Conclusion.....	101
Bibliographie.....	105
Table des matières.....	113

