
Le statut des gamètes humains en droit français contemporain

Jean-Christophe Galloux*

Après avoir fait un historique sur le statut juridique des gamètes humains en droit français, l'auteur se penche, d'abord, sur la nature juridique des gamètes humains et conclut que ceux-ci sont des choses qui, cependant, commandent un régime juridique propre. Il analyse donc, d'une part, ces choses en rapport avec les personnes. Il note qu'avant 1994, s'il est ardu de qualifier les gamètes de choses ou de personnes, il est plus important de connaître l'utilisation qui en sera permise par la loi. Suite à l'adoption des lois de 1994, par contre, le corps humain est désormais considéré comme une chose, de sorte que les gamètes sont eux aussi des choses aussi bien dans le corps qu'excrétés, recueillis ou prélevés hors de lui. D'autre part, l'auteur analyse les gamètes comme des choses particulières. Il note que dans la hiérarchie de l'activité biologique corporelle, les gamètes occupent une place proche de celle de l'embryon.

Ensuite, l'auteur traite du régime juridique des gamètes humains. Ces derniers subissent une double série d'opérations. Premièrement, leur recueil exige un acte de disposition du donneur et il est soumis à des modalités juridiques et pratiques. Deuxièmement, une fois les gamètes recueillis, seule leur utilisation aux fins de procréation est autorisée par la loi.

En conclusion, l'auteur reconnaît que le statut juridique des gamètes humains en droit français s'est considérablement éclairci depuis les lois adoptées en 1994. Il soulève finalement que les lois de 1994 ayant été votées pour une période de cinq ans, un nouvel examen permettra sans doute de remédier aux imperfections toujours présentes.

After detailing the history of the juridical status of human gametes under French law, the author examines the juridical nature of human gametes and concludes that they are objects requiring their own legal regime. The author then compares these objects to persons. He notes that, before 1994, it was more important to discern the legally permissible uses of human gametes than it was to determine whether they were objects or persons. Conversely, after the adoption of the 1994 laws, the human body was considered an object; gametes were thus considered objects whether they were within the body or extracted therefrom. The author analyzes gametes as particular objects, however, noting that within the hierarchy of biological activity, gametes occupy a place close to that of the embryo.

The author then surveys the legal regime regarding human gametes, which consists of two stages. First, collecting the gametes requires the donor's act of alienation and is subject to juridical and practical variations. Second, once the gametes are collected, the law only authorizes their use for purposes of procreation.

The author concludes with the recognition that French law governing the juridical status of human gametes has been clarified since the adoption of the 1994 laws. On a final note, the author mentions that the 1994 laws remain in force for a period of five years and that following that period, a new examination of them will no doubt provide an opportunity to remedy their imperfections.

* Agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de Versailles, codirecteur du DESS du droit des hautes technologies.

© Revue de droit de McGill
McGill Law Journal 1995

Mode de référence : (1995) 40 R.D. McGill 993

To be cited as : (1995) 40 McGill L.J. 993

Sommaire

Introduction

I. La nature juridique des gamètes humains

A. *Les gamètes humains : des choses et non pas des personnes*

1. La nature juridique des gamètes avant les lois de 1994

a. Les pratiques médicales

b. La jurisprudence

c. La doctrine

2. La nature juridique des gamètes selon les lois de 1994

B. *Les gamètes humains : des choses particulières*

1. Les gamètes «en tant que tels»

2. Les gamètes, le corps, les éléments et les produits du corps

a. La distinction des gamètes et des autres matériels biologiques

b. L'absence de distinction entre les gamètes

II. Le régime juridique des gamètes humains

A. *La disposition initiale des gamètes*

1. L'auteur de la disposition

a. La situation antérieure aux lois de 1994

b. Les règles nouvelles

2. Les modalités de la disposition

a. Les modalités juridiques du don de gamètes

b. Les modalités pratiques du don de gamètes

B. *L'utilisation des gamètes*

1. La destination exclusivement procréative des gamètes

2. Le contrôle des dérives eugéniques

Conclusion

Introduction

La génération est la continuation de la Création¹.

Pie XII

Ce ne sont, en réalité, ni des paternités ni des maternités qui sont données, mais seulement des gamètes².

F. Terre

Les gamètes humains, sperme et ovules, ne sont entrés que récemment dans le champ de l'analyse juridique. Il a fallu attendre le développement des techniques de procréation médicalement assistée au cours du dernier quart de ce siècle pour que paraissent des études doctrinales et des décisions jurisprudentielles à leur égard, ou que des textes les visent.

Entre la première insémination réalisée³ à l'aide du sperme d'un tiers par le docteur américain Pancoast en 1884 et l'ouverture du premier Centre d'étude et de conservation du sperme (C.E.C.O.S) en France à l'hôpital Bicêtre en 1973, les juristes ont eu bien peu l'occasion de se prononcer sur le statut juridique des gamètes humains. À partir de ce moment, les techniques de la procréation médicalement assistée vont sortir de la clandestinité auréolées d'une caution scientifique et médicale en même temps que les gamètes vont entrer sur le marché des produits et éléments d'origine humaine nécessaires à l'économie médicale.

Le silence du droit civil français pendant cette période s'explique par le double phénomène de la condamnation morale de l'insémination artificielle et de l'absence de perception de ces matériels biologiques en tant que tels par le système juridique.

L'insémination artificielle a sans doute été pratiquée de façon marginale pendant des années dans le secret des cabinets médicaux, cette pratique ayant été limitée par l'impossibilité de conserver le sperme (du moins, jusqu'aux années quarante)⁴. Quant

¹ Pie XII, «L'Encyclique "Humani Generis" du 12 août 1950 sur certaines opinions fausses qui menacent de ruiner les fondements de la doctrine chrétienne» dans *L'Encyclique «Humani Generis»: Texte latin et traduction française*, Paris, Casterman, 1951, 91 ; voir aussi G. Vandebroek et L. Renwart, «L'Encyclique "Humani Generis" et les sciences naturelles» dans *L'Encyclique «Humani Generis»*, *ibid.*, 75 à la p. 82 et s.

² F. Terre, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987 à la p. 165.

³ Du moins, la première insémination avec donneur (I.A.D.) rapportée. Des pratiques «sauvages» semblent avoir existé dès 1780 (N.-J. Mazon, «L'insémination artificielle: Une réalité ignorée par le législateur» J.C.P. 1978.J.2899.

⁴ L'activité privée d'insémination artificielle a perduré, de façon officielle et licite jusqu'à l'entrée en vigueur des *Décrets du 8 avril 1988 (Décret n° 88-327 du 8 avril 1988 relatif aux activités de pro-*

au don d'ovules, il resta longtemps inenvisageable pour une cause identique et en raison de la nécessité d'une intervention médicale devant figurer dans leur recueil. Néanmoins, dès 1949, l'Académie des sciences morales et politiques condamnait le don de sperme qui constituait une «atteinte aux assises du mariage, de la famille et de la société.»⁵ La même année, le pape Pie XII interdisait le recours à l'insémination artificielle, même homologue, se fondant sur la nature personnelle de l'acte conjugal et de la procréation humaine⁶. La Commission de réforme du code civil, au cours des années 1950-1951, discuta également de l'insémination artificielle, mais les débats n'aboutirent pas : la moralité et la licéité de l'acte demeuraient en question même si l'on pressentait que cette pratique ne remettait pas en cause l'ordre juridique de la famille⁷.

Hormis l'hypothèse d'une utilisation des gamètes pour une procréation non naturelle, point n'était besoin de s'interroger sur leur statut juridique : ils n'avaient pas d'existence autonome. Il n'est jamais venu à l'esprit de quiconque pendant des siècles de qualifier l'acte conjugal en un don de matériel génétique⁸. Le mariage n'emporte, en droit français, aucune obligation formelle de procréer à la charge des conjoints, et donc de livrer leurs gamètes⁹. Il établit plutôt une sorte de cogestion sur ceux-ci qui se déduit de la liberté de procréer, laquelle demeure la décision du couple¹⁰. Pour les juristes, les gamètes n'existaient donc pas encore.

création médicalement assistée, J.O., 9 avril 1988, 4707 ; *Décret n° 88-328 du 8 avril 1988 portant création de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction*, J.O., 9 avril 1988, 4708 [ci-après *Décrets du 8 avril 1988*]), parallèlement à l'activité hospitalière des C.É.C.O.S. Dans les années quatre-vingts, cette activité privée a été tenue pour marginale, en dépit de l'absence de données chiffrées (voir F. Giraud, «Droit et procréation artificielle» (1986) 117 *Regards sur l'actualité* 19). On peut donc en déduire que l'activité privée d'insémination artificielle, en cabinet médical, existait avant la création des C.É.C.O.S. de façon tout aussi marginale. Actuellement elle est interdite : en ce sens, la circulaire du ministère de la Santé du 30 septembre 1993, relative à la conservation et au transfert des gamètes et des embryons humains dans les centres autorisés, dans laquelle il est demandé aux préfets de faire connaître aux personnes qui exercent des activités de procréation médicalement assistée sans autorisation, qu'elles engagent leur responsabilité civile et pénale. Néanmoins, pour un exemple d'insémination avec du sperme frais, voir Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 1944, Bull. civ. 1994.J.69, n° 89.

⁵ Sur cette question, voir A. Brunois, «L'enfant médicalement assisté, une interrogation universelle» (13 mars 1993) *Les Petites Affiches* 31.

⁶ Pie XII, «La fécondation artificielle en face de la morale et du droit: Allocution de S.S. Pie XII aux membres du IV^e Congrès international des médecins catholiques» (1949) 46 *La documentation eatholique* 1345 à la p. 1349 ; Pie XII, «Actes de S.S. Pie XII: L'apostolat des sages-femmes: Questions morales de vie conjugale» (1951) 48 *La documentation catholique* 1473 à la p. 1489.

⁷ Voir notamment M.-A. Hermitte, «Le corps hors du commerce, hors du marché» (1988) 33 *Archives de la Philosophie du Droit* 323 à la p. 337.

⁸ Voir J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée: Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993 à la p. 91.

⁹ Sur l'ensemble de cette question, voir J.-C. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de doctorat d'habilitation en droit, université de Bordeaux 1, 1988 à la p. 262 et s. [non publiée ; ci-après *Essai de définition*].

¹⁰ Voir ci-dessous la partie I.A.1.b.

L'excrétion de gamètes dans un but non procréatif relevait de l'interdit le plus absolu : comme tous les écoulements corporels, elle s'apparentait à une faute, celle résultant de pratiques onaniques¹¹ ou de la prostitution¹², ou encore à une impureté¹³. Conséquemment, si les gamètes acquéraient une existence distincte du corps par leur émission hors de celui-ci et en dehors de l'utérus de la femme¹⁴, ils ne pouvaient constituer un objet appréhendable par le droit. Ils demeuraient un phénomène anormal, inqualifiable, provoquant un sentiment ambigu de répulsion et de respect quasiment sacré qu'enregistre la figure de la pollution canonique.

Du point de vue historique, les statuts juridiques du sang et des gamètes (du sperme dans un premier temps) se trouvent intimement liés, pour des raisons religieuses et ethnologiques évidentes qui ne sauraient être développées ici¹⁵. Le sang fait son entrée sur la scène juridique en France dans les années cinquante, avec l'organisation de la transfusion sanguine : le sang ne se contente plus de circuler immédiatement du bras du donneur au bras du receveur, il est prélevé, stocké, fractionné, distribué. «À travers tout ce circuit, il pénètre dans le domaine du Droit.»¹⁶ La *Loi du 21 juillet 1952*¹⁷ encadra les diverses activités liées à la transfusion sanguine mais se garda de se prononcer sur le statut juridique du sang¹⁸. Pour les gamètes, la nécessité d'une analyse juridique s'imposa avec la création des C.É.C.O.S. et du marché du sperme qu'elle engendra.

L'interdit moral frappant les techniques de procréation médicalement assistée, s'il n'a pas été levé dans les années soixante-dix¹⁹, s'est trouvé dépassé, dans l'esprit d'une majorité du public, par la légitimité conférée au don de gamètes par les milieux médical et scientifique. «La science»²⁰ permet de «soigner» l'infertilité des couples en utili-

¹¹ Sur le crime d'Onan (Genèse 38, 8-9).

¹² Parent-Duchatelct, médecin hygiéniste du 19^e siècle, définit la prostitution comme «un égoût dont la seule particularité est son caractère séminal» (cité par A. Corbin, *Les filles de noce: misère sexuelle et prostitution aux 19^e et 20^e siècles*, Paris, Aubier, 1978 à la p. 16).

¹³ Pour la femme (Lévitique 15, 19-30).

¹⁴ En ce sens, voir Baud, *supra* note 8 à la p. 113.

¹⁵ Le sperme est parfois qualifié de «sang blanchi» (J.-P. Roux, *Le sang: Mythes, symboles et réalités*, Paris, Fayard, 1988 à la p. 58). Sur l'ensemble de cette problématique, voir Baud, *ibid.* à la p. 112 et s.

¹⁶ R. Savatier, «De sanguine jus» D.1954.Chron.141.

¹⁷ *Loi n° 52-854 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés*, J.O., 22 juillet 1952, 7357.

¹⁸ *Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament*, J.O., 5 janvier 1993, 237. Cette loi n'est pas beaucoup plus explicite.

¹⁹ La plus grande tolérance affichée par le public et les autorités civiles à l'égard de ces techniques a notamment conduit le Magistère catholique à rappeler les préceptes en la matière (voir Congrégation pour la Doctrine de la Foi, *Le don de la vie: Respect de la vie humaine naissante et dignité de la procréation*, 2^e éd., Paris, Cerf, 1987).

²⁰ Qu'il nous soit permis ici de mettre ce terme entre guillemets puisque pour certaines techniques comme l'insémination artificielle, il ne pouvait s'agir véritablement d'innovations technologiques ; tout ceci était courant depuis des années dans l'art vétérinaire.

sant les gamètes d'un tiers. Les techniques de procréation médicalement assistée relèvent dès lors de la thérapeutique ; les gamètes sortent du domaine du sacré pour entrer dans celui de la pharmacie. Un tiers qui donne ses gamètes accomplit une sorte «d'acte de sauvetage» à l'instar du donneur de sang²¹. Il s'agit d'un acte hautement solidaire et donc socialement acceptable. Pour parachever cette vision ennoblissante de la procréation médicalement assistée, il convenait de réserver au profit d'un corps médical spécial l'organisation du nouveau marché des gamètes ainsi ouvert. Ce fût le rôle des C.É.C.O.S., rassemblés au sein d'une fédération le 23 mars 1982. Ils se dotèrent dès leur création d'un code d'éthique propre²² qui préfigura les règles juridiques qui furent par la suite adoptées.

Les techniques de procréation médicalement assistée sortaient de la clandestinité et revendiquaient le statut d'une thérapie soulevant ainsi la question de la nature et du régime juridiques des gamètes humains : recueillis, stockés, triés, analysés, conditionnés et distribués, ils ne pouvaient plus échapper à l'appréhension du droit.

La question de la licéité des techniques de procréation médicalement assistée agita encore les esprits des juristes traditionnels au cours des années suivantes²³, mais la pratique se développant pour atteindre une vitesse de croisière, si l'on peut dire, d'environ 2,000 naissances par an grâce à ces techniques, il alla de soi, pour les responsables politiques; qu'elle ne pouvait plus être remise en cause²⁴. Les autorités de l'État ont en cela suivi le courant doctrinal dominant du positivisme sociologique²⁵. Devenu un «fait social», le don de gamètes «ne soulève plus guère de problèmes éthiques,» proclamait notamment le Comité national d'éthique dans son rapport du 15 décembre 1989²⁶. La

²¹ Baud, *supra* note 8 à la p. 191.

²² «L'insémination artificielle», *Actes du congrès international de médecine légale et de médecine sociale, Dijon 11-14 mai 1977*, Paris, Masson, 1978.

²³ Voir par ex. P. Kayser, «Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle» D.1987.Chron.189 ; P. Kayser, «Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée» D.1989.Chron.193.

²⁴ Cette volonté d'avaliser les pratiques sociales résulte très expressément des travaux parlementaires des lois du 29 juillet 1994 (*Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (1)*), J.O., 30 juillet 1994, 11056 ; *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, J.O., 30 juillet 1994, 11060 [ci-après *Lois de 1994*]). Voir par ex. J.-F. Mattei, J.O. Débats Ass. nationale, 20 avril 1994, 946 ; S. Veil, J.O. Débats Sénat, 19 janvier 1994, 235.

²⁵ Pour un bon exemple d'analyse réductionniste de ce type, voir Hermitte, *supra* note 7 à la p. 337, qui qualifie les considérations religieuses ou transcendantes de «ridicules» pour ne s'attacher qu'aux «représentations culturelles».

²⁶ État des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons (15 décembre 1989) Paris ; *Rapport fait au nom de la Commission spéciale (1) sur les projets de loi: 1- (n° 2599), relatif au corps humain et modifiant le code civil; 2- (n° 2600), relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique; 3- (n° 2601), relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, t. 2, J.O. Documents Ass. nationale, n°

levée de l'illicéité potentielle de ces activités s'est donc opérée subrepticement et par étapes, comme pour éviter d'ouvrir un débat par trop métaphysique qui se serait révélé politiquement peu payant. L'activité des C.É.C.O.S., constitués pour la plupart en associations régies par la *Loi du 1^{er} juillet 1901*,²⁷ s'est d'abord inscrite dans le cadre hospitalier défini par les articles 34 et 48 de la *Loi du 31 décembre 1970*²⁸. Les paillettes de sperme congelé ont vu leur prix fixé par arrêté ministériel dès 1980 afin d'être prises en charge par la sécurité sociale²⁹. Par deux simples décrets du 8 avril 1988, les activités de procréation médicalement assistée se voyaient expressément réglementées et, par la même occasion, juridiquement reconnues³⁰. Le Conseil d'État a estimé que le gouvernement pouvait administrer ces activités à défaut de tout texte législatif, mais «sur un plan technique» seulement³¹. La reconnaissance législative de la licéité d'une partie de ces activités, l'insémination artificielle et le don de sperme, a été le fait de l'article 13 d'une loi «portant diverses dispositions d'ordre social» du 31 décembre 1991, texte qui n'a été précédé d'aucun débat parlementaire sur ce point³².

Finalement, les deux lois de 1994, dites «bioéthiques», ont parachevé cette évolution, en introduisant, tant dans le *Code civil* que dans le *Code de la santé publique*, une réglementation particulière à l'ensemble des techniques de procréation médicalement assistée³³. Ces dispositions législatives doivent être complétées par l'article 18 de la *Loi du 31 décembre 1992* qui régit l'importation et l'exportation des gamètes³⁴. On reste dans l'attente des dispositions réglementaires qui viendront préciser l'ensemble de cet édifice législatif sous peu³⁵.

Ces textes, qui empruntent beaucoup aux solutions pratiques, jurisprudentielles et doctrinales précédemment dégagées, établissent ainsi un statut juridique des activités d'assistance médicale à la procréation, non un statut juridique des gamètes humains. Dans ce domaine, comme d'une façon générale, dans l'ensemble du domaine médical

2871, 30 juin 1992 à la p. 78 (Président : Y. Bioulac ; rapporteur : B. Bioulac) [ci-après *Rapport n° 2871*].

²⁷ D.1901.Lég.105.

²⁸ *Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière*, J.O., 3 janvier 1971, 67.

²⁹ *Arrêté du 22 août 1980 fixant le tarif de responsabilité applicable aux produits d'origine humaine utilisés pour les inséminations artificielles*, J.O., 19 septembre 1980 (N.C.), 8362. Cet arrêté a fixé leur prix à 240 francs.

³⁰ *Décrets du 8 avril 1988*, supra note 4.

³¹ Cons. d'État, 21 juillet 1989, *Association des médecins pour le respect de la vie*, (1990) 106 Rev. D.P. & S.P. 279 (concl. B. Stirn).

³² *Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social*, J.O., 4 janvier 1992, 178.

³³ *Lois de 1994*, supra note 24. Pour le commentaire de ces textes, voir J.-C. Galloux, dir., *Bioéthique: Les lois du 29 juillet 1994* (14 décembre 1994) 149 Les Petites Affiches [ci-après *Bioéthique*].

³⁴ *Loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation et à la complémentarité entre les services de police, de gendarmerie et de douane*, J.O., 5 janvier 1993, 198 [ci-après *Loi du 31 décembre 1992*].

³⁵ Les seules activités d'assistance médicale à la procréation devraient nécessiter la publication de dix décrets en Conseil d'État.

ou biologique, «on perçût d'abord l'activité humaine avant de voir le produit humain.»³⁶ Il convient donc de subsumer ce statut sous celui des activités réglementées qui le prennent pour objet. Si le régime juridique des gamètes humains apparaît désormais clairement posé au travers de ces activités (II), leur nature juridique suscite encore des controverses (I).

I. La nature juridique des gamètes humains

Quelle est la nature juridique des gamètes humains ? Assurément, ils concentrent, comme le sang et même davantage que lui, la quintessence de la sacralité corporelle : le premier représente la vie circulant dans le corps, les seconds la vie transmise. Cette sacralité est le signe de la personne. La primauté de la personne, affirmée solennellement par l'article 16 du *Code civil* dans sa rédaction issue des lois de 1994, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci. Le droit au respect du corps humain participe du respect de cette dignité, tel que nous le rappelle l'article 16-1 du même code. Les gamètes constituent des parties de ce corps et sont à l'origine de ce qui sera le corps de l'enfant. Elles doivent donc bénéficier du même respect. Voilà comment peut se résumer brièvement, au regard des principes généraux posés par les lois de 1994, la protection accordée aux gamètes humains comme à tous les éléments et les produits du corps humain. Toutefois, il n'est pas répondu à notre question initiale. En effet, la reconnaissance ou l'affirmation de droits de la personnalité comme le droit au respect du corps humain, de ses éléments ou de ses produits, ne saurait se substituer à une recherche sur la nature intrinsèque des gamètes³⁷. Pour y répondre, il convient de confronter les gamètes humains aux différentes classifications juridiques : en premier lieu, la *summa divisio* entre choses et personnes et en second lieu, les diverses catégories de matériels biologiques d'origine humaine créées par le législateur en 1994. Ces catégories commandent un régime juridique propre pour les gamètes. Ces derniers appartiennent au monde des choses, mais ils ne sont ni des choses, ni des matériels biologiques comme les autres.

A. Les gamètes humains : des choses et non pas des personnes

La division du monde juridique en deux catégories distinctes, les choses et les personnes, relève de l'expérience première³⁸. Sans elle, le droit ne pourrait se concevoir puisque l'une des fins essentielles du droit consiste à attribuer aux personnes la part des choses qu'elles méritent³⁹. Cette division n'a pas été remise en cause par les lois de

³⁶ Baud, *supra* note 8 à la p. 205.

³⁷ Pour une opinion singulière contraire qui estime que la définition d'une prérogative permet de s'affranchir d'une réflexion sur l'objet sur lequel elle s'exerce, voir L. Cadet, «La notion d'information génétique en droit français» dans B.-M. Knoppers, L. Cadet et C.M. Laberge, dir., *La génétique humaine: De l'information à l'informatisation*, Montréal, Thémis/Litec, 1992, 41.

³⁸ Elle se trouve unanimement reconnue en doctrine. Sur l'ensemble de cette question, voir *Essai de définition*, *supra* note 9 à la p. 3 et s.

³⁹ Voir M. Villey, *Philosophie du droit*, t. 1, Paris, Dalloz, 1986 aux n° 25-36.

1994⁴⁰, en dépit de tentatives timides en ce sens⁴¹. Il était tentant de rechercher une catégorie intermédiaire entre les choses et les personnes pour y ranger le corps humain, ses éléments ou ses produits et donc les gamètes. Cependant, les solutions dégagées antérieurement ne le permettaient pas.

1. La nature juridique des gamètes avant les lois de 1994

À titre préalable, il doit être précisé que l'ensemble des juristes français définit les gamètes, conformément à la terminologie médicale, comme les seules cellules sexuelles, germinales, haploïdes, c'est-à-dire les spermatozoïdes et les ovules qui ne se rencontrent que dans les gonades⁴².

L'embarras de la doctrine et de la jurisprudence face à la qualification juridique des gamètes utilisés dans les processus d'assistance médicale à la procréation participe de la difficulté à définir le corps humain selon les catégories juridiques reçues⁴³. Le problème pouvait passer pour plus simple avec les gamètes puisque appréhendés par le droit, ils sont détachés du corps humain ; toutefois, c'était sans compter avec leur destination naturelle procréative qui renforce leur charge symbolique.

La position de la majorité de la communauté juridique française se trouve bien résumée, avec ses réticences, ses contradictions et ses interrogations, par monsieur L. Cadiet :

À cette question [de la nature des gamètes], le droit français n'offre aucune solution assurée [...] . Provisoirement, deux propositions semblent cependant pouvoir être avancées. D'une part, le sperme, l'ovule et l'embryon ne sont pas des choses, mais participent de la personne humaine et sont donc, à ce titre, inaliénables. D'autre part, le sperme, l'ovule et l'embryon font d'ores et déjà l'objet d'un certain nombre d'opérations juridiques (don, «dépôt» au C.É.C.O.S.) et médicales (I.A.C., I.A.D., F.I.V.E.T.E. [...]) qui traduisent nécessairement une nouvelle atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain. Sauf règles particulières, ces opérations de procréation assistée ne sont pas, en principe illicites du point de vue du droit positif⁴⁴.

En d'autres termes, il est choquant de qualifier les gamètes humains de choses en raison des liens évidents et étroits qu'ils entretiennent avec le corps des personnes⁴⁵ ; ils ne sont donc pas des choses. Sont-ils des personnes ? Pas davantage. Ils sont cependant inaliénables et, non sans contradiction, peuvent être l'objet d'opérations juridiques licites.

⁴⁰ M. Vauzelle, J.O. Débats Ass. nationale, 20 novembre 1992, 5826.

⁴¹ Rapport n° 2871, *supra* note 26, t. 1 à la p. 107.

⁴² Voir par ex. A. Giudicelli, *Génétique humaine et droit: À la redécouverte de l'homme*, thèse de doctorat en droit, université de Poitiers, 1993 à la p. 16 [non publiée].

⁴³ Pour une étude historique de l'ensemble de ces difficultés, voir Baud, *supra* note 8.

⁴⁴ *Juris-classeur civil*, art. 1598, «Vente», par L. Cadiet.

⁴⁵ On retranchera de cette analyse ce qui a trait à l'embryon qui ne se confond pas, évidemment, avec les gamètes, et dont le statut n'entre pas dans le cadre de notre étude.

En fait, l'examen des pratiques médicales, de la jurisprudence et de la doctrine vient confirmer, par-delà les réticences et les circonlocutions employées par la majorité des juristes français, le caractère réel des gamètes humains.

a. *Les pratiques médicales*

Les pratiques médicales utilisant les gamètes se limitent à l'insémination artificielle et au don d'ovocytes. Elles ont été largement pratiquées en France depuis le début des années soixante-dix en milieu hospitalier et sous la responsabilité des C.É.C.O.S.⁴⁶

En principe, les gamètes mâles recueillis de donneurs bénévoles ne sont pas achetés par ces centres. Toutefois, pendant longtemps, certaines unités comme le Centre d'étude de la fertilité et de la reproduction (C.É.F.E.R.) de Marseille a rémunéré les donneurs. Par ailleurs, de véritables conventions sont passées entre des centres du type des C.É.C.O.S. et les receveurs par lesquelles ces derniers acceptent les conditions de délivrance des gamètes, comme, par exemple, l'exigence de la présence du mari ou du concubin lors de l'utilisation des paillettes de sperme congelé⁴⁷. Les utilisateurs finaux doivent supporter le coût des gamètes, notamment les paillettes précitées. Un arrêté ministériel fixe le prix de ce produit qui ne se confond pas avec le coût du service⁴⁸.

Les dons d'ovocytes sont couramment pratiqués en France depuis le début des années soixante-dix. Ils sont généralement réalisés dans les centres spécialisés pour les fécondations *in vitro* (F.I.V.) en milieu hospitalier. Bien entendu, si un parallèle peut être établi d'un point de vue juridique entre le don d'ovocytes et le don de sperme, il n'en n'est pas de même au plan médical. L'innocuité du don n'est pas totale puisque la coelioscopie⁴⁹ impose une anesthésie générale. Des incidents et même un accident mortel ont été rapportés au cours d'un prélèvement pérécho-graphique⁵⁰. En ce sens, ce type de don se rapproche des prélèvements d'organes, sans pourtant que les règles régissant ceux-ci aient pu y être appliquées. Il s'agit en toute hypothèse d'un acte médical qui doit répondre aux exigences posées pour sa licéité, notamment celle de la finalité thérapeutique. Y en a-t-il une en l'espèce ? La question a été peu débattue en doctrine. Quant aux praticiens, ils l'ont admis *de facto*.

⁴⁶ Voir M.-O. Alnot *et al.*, *Les procréations artificielles: Rapport préliminaire au Premier ministre*, Paris, Documentation française, 1986.

⁴⁷ Voir Trib. gr. inst. Toulouse, 26 mars 1991, J.C.P. 1992.II.21807 (note P. Pédrot) [ci-après Trib. gr. inst. Toulouse, 26 mars 1991].

⁴⁸ Arrêté du 28 septembre 1984 modifiant l'arrêté du 22 août 1980 fixant le tarif de responsabilité applicable aux produits d'origine humaine utilisés pour les inséminations artificielles, J.O., 12 octobre 1984 (N.C.), 9353. Cet arrêté a fixé le prix des paillettes à 255 francs.

⁴⁹ La coelioscopie constitue un examen des organes génitaux féminins et du petit bassin.

⁵⁰ Un prélèvement pérécho-graphique est effectué à la suite d'un examen coelioscopique (voir Alnot *et al.*, *supra* note 46 à la p. 88).

Ainsi, la pratique médicale appréhende-t-elle, en principe, les gamètes de la même manière que les autres matériels biologiques d'origine humaine et établit-elle par conventions leurs cession, conservation ou délivrance. D'un point de vue juridique, les gamètes humains sont traités comme des objets de droit, des choses.

b. *La jurisprudence*

Une certaine jurisprudence relative aux procréations médicalement assistées s'est développé sous l'empire du droit antérieur aux lois de 1994 ; cependant, peu de décisions ont statué sur la qualification des gamètes, la majorité se bornant à l'examen de questions de filiation.

Dans l'affaire la plus ancienne, malheureusement non publiée, la Cour d'appel de Rennes avait ordonné à un C.É.C.O.S. auprès duquel un mari avait déposé ses gamètes avant son décès, «la remise du sperme [...] au notaire chargé de liquider la succession.»⁵¹ Ainsi énoncée, la solution du litige suppose la reconnaissance, au moins implicite, de la nature réelle du sperme.

Le 1^{er} août 1984, le Tribunal de grande instance de Créteil⁵² a confirmé ce point de vue de façon encore plus explicite. Un époux, se sachant atteint d'un cancer aux testicules, effectua sur les conseils de son médecin un dépôt de sperme auprès d'un C.É.C.O.S. avant de suivre un traitement de chimiothérapie. Il décéda peu après et sa veuve réclama au C.É.C.O.S. les paillettes de sperme congelé afin de se faire inséminer. Devant le refus opposé par le Centre, la veuve saisit le tribunal afin d'ordonner la restitution des gamètes. Le procureur rappela au tribunal que «[l]e sperme humain [...] est porteur de vie. Il est lié à une liberté fondamentale: celle de donner la vie.»⁵³ Le tribunal fit droit à la demande présentée par la veuve. Il a estimé que le sperme déposé auprès du C.É.C.O.S. était une chose mais une chose hors du commerce juridique, de sorte que les règles du contrat de dépôt, contrat nommé selon le *Code civil*, ne pouvaient s'appliquer en l'espèce : «Il apparaît que la convention [par laquelle le défunt avait remis son sperme au C.É.C.O.S.] [...] constituait un contrat spécifique comportant pour le C.É.C.O.S. obligation de conservation et de restitution au donneur, ou de remise à celle à qui le sperme était destiné.»⁵⁴

La qualité de chose, au sens de la *summa divisio* du droit se trouve ainsi confirmée pour le sperme. En effet, la chose hors du commerce au sens de l'article 1128 du *Code*

⁵¹ D. Huet-Weiller, «Le droit de la filiation face aux nouveaux modes de procréation» (1987) R. de métaphysique et de morale 331 à la p. 340.

⁵² Trib. gr. inst. Créteil, 1^{er} août 1984, J.C.P. 1984.II.20321 (note S. Corone) [ci-après Trib. gr. inst. Créteil, 1^{er} août 1984].

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

civil français⁵⁵ entre incontestablement dans le domaine des choses et même, paradoxalement, dans le domaine des biens juridiques⁵⁶. Le tribunal, sans crainte de contredire le caractère extracommercial du sperme, fait par ailleurs de celui-ci l'objet d'un contrat «spécifique» dont il valide l'existence. Une telle convention eut été jugée contraire à l'ordre public si elle avait porté sur une personne.

Pourtant, dans un arrêt du 21 septembre 1987, la Cour d'appel de Toulouse décidait que «[t]ant la cause que l'objet d'une convention passée entre époux ou concubins tendant à un recours à un tiers donneur de sperme ou une femme donnant ses ovules présentent un caractère illicite.»⁵⁷ Selon la Cour, «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.»⁵⁸ Les gamètes sont-ils la personne même, ou l'activité d'I.A.D. est-elle contraire à l'ordre public en raison des manipulations des structures de la parenté qu'elle engendre ? En effet, il ne faut pas oublier que la qualification réelle des gamètes ne préjuge en aucun cas du régime des actes dont ils peuvent être l'objet. Affirmer que les gamètes sont des choses ne conduit pas nécessairement à conclure à la licéité du don de sperme ou d'ovocytes. Ceci étant précisé, il nous semble que la Cour d'appel de Toulouse a davantage promu la seconde des deux solutions ci-dessus exposées.

Le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Toulouse le 26 mars 1991⁵⁹ rompit avec cette jurisprudence comme avec celle de Créteil, pour des faits d'espèce similaires (demande de restitution de paillettes de sperme dans le cadre d'une convention intitulée «autoconservation de sperme», formée par une veuve auprès d'un C.É.C.O.S.). La convention passée avec le C.É.C.O.S. a été reconnue licite de même que la clause selon laquelle le sperme ne «pourrait être utilisé qu'en présence et avec le consentement du déposant.»⁶⁰ Acceptant de se placer sur le terrain contractuel, le tribunal a ainsi accredité l'idée que l'objet de la convention était licite et qu'en conséquence le sperme pouvait faire l'objet de conventions, bien que la «nature extrapatrimoniale du sperme» soit par ailleurs affirmée. Ils ont tenté de surmonter la contradiction entre cette nature extrapatrimoniale et la possibilité de conclure un contrat ayant pour objet du sperme dans l'habile attendu suivant, qui renoue avec l'habituel jeu de masque entre la qualification de l'activité et celle des matériels biologiques en cause :

[L]'élément fondamental qui caractérise cette convention et doit commander sa qualification juridique n'est pas l'opération préliminaire de prélèvement du sperme mais l'ensemble de la prestation médicale destinée à sauvegarder les chances de procréation d'un homme dont l'aboutissement sera l'insémination

⁵⁵ Voir aussi art. 1373 C.c.Q.

⁵⁶ En ce sens, sur la notion de chose hors du commerce, voir J.-C. Galloux, «Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: L'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français» (1989) 30 C. de D. 1011.

⁵⁷ Toulouse, 21 septembre 1987, D.1987.Jur.184 à la p. 185 (note D. Huet-Weiller).

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Trib. gr. inst. Toulouse, 26 mars 1991, *supra* note 47.

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 66.

artificielle. Tel est le véritable objet d'un contrat dont la chose dépasse largement la seule matière — le sperme — prélevée⁶¹.

Le sperme est une matière, il est une chose, même s'il apparaît de nature «extrapatrimoniale».

Le Tribunal de grande instance de Rennes, dans une décision du 30 juin 1993 relative à une demande de restitution d'embryons congelés⁶², a pareillement reconnu comme licite au regard, notamment, des dispositions de l'article 1128 du *Code civil*, une convention régissant le prélèvement des ovocytes et leur fécondation dans la mesure où «elle prévoit et organise un acte de thérapie d'une stérilité, par des méthodes non hétérogènes.»⁶³ Les ovocytes, comme le sperme, sont un remède, une substance employée pour combattre la maladie que serait la stérilité d'un couple. Une personne serait-elle un remède ?

Les dernières illustrations jurisprudentielles seront utilisées comme des arguments *a fortiori*. Tant les Tribunaux de grande instance de Rennes et de Toulouse, que la Cour d'appel de Toulouse ont dénié à des embryons humains conçus *in vitro* la qualité de personne, malgré que leurs mères, devenues veuves avant leur transfert *in utero*, réclament cette qualité⁶⁴. Sur ce point, la jurisprudence des tribunaux de l'ordre judiciaire s'oppose à celle du Conseil d'État, qui, par deux arrêts du 21 décembre 1990, a traité l'embryon humain comme une personne ayant droit à la vie au sens de l'article 2 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁶⁵ et de l'article 6 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶⁶. Ce droit demeure cependant relatif en raison de la dérogation que lui apporte la *Loi du 17 janvier 1975*⁶⁷ sur l'interruption volontaire de grossesse. La non-reconnaissance de la personnalité juridique des embryons humains plaide pour l'attribution de la qualité réelle aux gamètes humains dont tous conviennent qu'ils sont quelque chose de moins que l'embryon aussi bien du point de vue moral que du point de vue biologique.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Trib. gr. inst. Rennes, 30 juin 1993, J.C.P. 1994.II.22250 (note C. Neirinck).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.* ; voir aussi D. Vigneau, «Dessine-moi un embryon» (14 décembre 1994) 149 Les Petites Affiches 64.

⁶⁵ 4 novembre 1950, J.O., 4 mai 1974, 4750.

⁶⁶ 19 décembre 1966, J.O., 1^{er} février 1981, 398; Cons. d'État, 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Rec. 1990.368 (concl. M. Stim), D.1991.Jur.283 (note P. Sabourin) ; Cons. d'État, 21 décembre 1990, *Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement et Association des médecins pour le respect de la vie*, D.1991.Inf.247, J.C.P. 1989.IV.310.

⁶⁷ *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse (I)*, J.O., 18 janvier 1975, 739.

c. La doctrine

La doctrine dominante s'est rangée autour de l'avis de monsieur le doyen Cornu qui assimile les gamètes à des «forces génétiques» :

[C]e ne sont pas des choses. Ce ne sont pas des organes du corps humain, mais parmi les produits de ce corps, ce sont des éléments radicalement différents des autres produits [...] Parce qu'en ces forces génétiques résident — latentes et non encore surgissantes — les capacités de reproduction de l'espèce humaine, les sources de la vie. Le principe est que ceux qui s'en délivrent n'ont aucune disposition de ce dépôt que l'humanité a mis en eux. Don du sperme ou d'ovule ? C'est un mot commode pour exclure toute rémunération [...] Ces forces génétiques sont en qui les a, comme un dépôt inaliénable et saéré, les potentialités de l'espèce (ils seraient un peu à la personne ce que la force atomique est aux choses)⁶⁸.

Les gamètes, en raison des forces mystérieuses qu'ils convoient et qu'ils recèlent, relèveraient plutôt du monde des personnes.

D'autres auteurs ont adopté la position contraire, comme monsieur Labbée, pour qui la qualité réelle des gamètes ne fait aucun doute : «[C]e qui importe en fait,» écrit-il dans son commentaire du jugement rendu par le tribunal de Créteil, «est qu'en reconnaissant expressément la validité du don, le droit reconnaît à l'organe, ou au produit cédé sa qualité de chose dans le commerce juridique.»⁶⁹ C'est également l'opinion que nous avons défendue⁷⁰. D'autres encore semblent s'y rallier, hésitant toutefois à prononcer le mot de «chose» s'ils en constatent les qualités dans les gamètes⁷¹.

Cependant, ces divergences ne doivent pas masquer un réel consensus de la doctrine qui, dépassant la question de la nature du matériel biologique en cause, s'accorde sur les modalités de son utilisation. Si les gamètes ne relèvent pas du monde des choses, ils ne se voient pas pour autant octroyés la plénitude du statut de personne juridique ; si les gamètes sont des choses, ils ne sont pas des choses vulgaires. En d'autres termes, il importe moins de savoir ce qu'ils sont que ce que l'on peut en faire. Le législateur a d'ailleurs suivi ce raisonnement.

⁶⁸ G. Cornu, *Droit civil: La famille*, 2^e éd., Paris, Montchrétien, 1991 au n° 306; voir aussi C. Labrousse-Riou, «Don et utilisation de sperme et d'ovocytes: Le point de vue d'un juriste» dans *Actes du colloque Génétique, procréation et droit*, 1985, Paris, Actes Sud, 1985, 255 ; J. Rubellin-Devichiti, «Congélation d'embryons, fécondation *in vitro*, mère de substitution: Point de vue d'un juriste» dans *Actes du colloque Génétique, procréation et droit*, *ibid.*, 307.

⁶⁹ X. Labbée, «L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur» *Gaz. Pal.* 2^e sem. 1984, *Doctr.* 401; voir aussi *Trib. gr. inst. Créteil*, 1^{er} août 1984, *supra* note 52.

⁷⁰ *Essai de définition*, *supra* note 9 à la p. 88.

⁷¹ Voir R. Théret, *L'insémination artificielle et le droit*, thèse de doctorat en droit, université de Paris XIII, 1982 à la p. 161 [non publiée].

2. La nature juridique des gamètes selon les lois de 1994

Avant d'examiner ces lois plus en détail on notera que le terme «gamètes» se trouve désormais défini⁷² ; il vise les seuls spermatozoïdes et ovocytes «à l'exclusion de tout autre élément» ainsi que l'ont précisé les débats parlementaires⁷³. L'hypothèse de la parthénogenèse⁷⁴ n'est donc pas évoquée ; il semble pourtant désormais possible techniquement de régénérer un être vivant supérieur sans l'aide de cellules sexuelles⁷⁵. De telles recherches sur l'être humain sont généralement condamnées par les instances religieuses ou éthiques⁷⁶. Elles ne le sont pas expressément dans la loi française. Néanmoins, la mise en œuvre de la parthénogenèse nécessite une intervention sur le matériel biologique humain qui serait sans aucun doute considérée comme un «agissement illicite portant sur des éléments ou des produits» du corps humain au sens de l'article 16-2 nouveau du *Code civil*, et à ce titre, susceptible d'une interdiction de la part du juge judiciaire.

Les lois de 1994 relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal comprennent un nombre important de dispositions spécifiques aux gamètes mais dont aucune ne précise leur nature juridique. Comme la doctrine dominante, le législateur a reculé devant leur qualification par trop brutale de «chose»⁷⁷. Il convient donc de déduire leur nature des autres dispositions législatives tant générales que particulières.

L'architecture générale des lois de 1994 se présente sous la forme d'un ensemble complexe de principes généraux relatifs au respect du corps humain, complétés par des règles particulières d'utilisation des éléments et des produits du corps humain. Les principes généraux prennent place dans la *Loi n° 94-653*, ils rassemblent les articles 2,

⁷² *Loi n° 94-654*, supra note 24, art. 10, introduisant l'art. L-673-1 *Code de la santé publique*.

⁷³ *Rapport fait au nom de la Commission spéciale (1), en deuxième lecture, sur les projets de loi : 1- (n° 957), modifié par le sénat, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ; 2- (n° 962), modifié par le sénat, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, J.O. Documents Ass. nationale, n° 1057, 25 mars 1994 à la p. 129 (Présidente : E. Hubert ; rapporteur J.-F. Mattei) [ci-après *Rapport n° 1057*].

⁷⁴ La parthénogenèse est la naissance obtenue sans contact sexuel ; elle peut notamment être obtenue par régénération cellulaire (clonage).

⁷⁵ Voir *Essai de définition*, supra note 9 à la p. 60.

⁷⁶ Le Comité consultatif national d'éthique «considère que n'ont aucun fondement scientifique aujourd'hui les recherches [...] dont la finalité serait l'implantation d'embryons dont le développement est initié sans apport de spermatozoïdes» (Comité consultatif national d'éthique, *Avis du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques* (15 décembre 1986) Paris.

⁷⁷ Voir par ex. J. Toubon qui prétend que la loi «reconnaît au corps [...] un statut échappant à la loi des choses» (*Rapport n° 2871*, supra note 26, t. 1 à la p. 108). Voir aussi F. Serusclat, J.O. Débats Sénat, 15 janvier 1994, 127 ; *Rapport n° 1057*, supra note 73 à la p. 14 ; C. De Courson, J.O. Débats Ass. nationale, 20 avril 1994, 943.

3 et 7 de la loi, ce qui correspond aux dix nouveaux articles du *Code civil* et à un article modifié du *Code de la propriété intellectuelle* (L.611-17). Les règles particulières permettent d'apprécier la portée des principes généraux ; elles sont rassemblées dans la *Loi n° 94-654* et concernent pour l'essentiel des modifications au *Code de la santé publique*⁷⁸.

Selon les termes de l'article 16-1 alinéa 3 nouveau du *Code civil*, «[l]e corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.» Le principe ainsi posé se trouve précisé par l'article 16-5 du même code : «Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.» Ces dispositions s'appliquent aux gamètes⁷⁹. Parallèlement en droit pénal, l'article 511-9 nouveau du *Code pénal* prohibe et réprime «le fait d'obtenir des gamètes contre paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes.»

On pourrait en déduire que les gamètes humains ne sont pas des choses ou du moins, qu'ils ne sont pas des choses dans le commerce juridique, c'est-à-dire des choses susceptibles de circuler entre les personnes grâce à des actes juridiques les prenant pour objets. Cependant, l'article L.673-1 nouveau du *Code de la santé publique* établit et définit un «don de gamètes» comme «l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation.» Les articles suivants, L.673-2 à L.673-7, réglementent quant à eux les différentes modalités pratiques de ce don. Davantage, l'article L.673-5 prévoit la possibilité pour des établissements spécialement autorisés par l'autorité administrative de céder les gamètes qu'ils auront recueillis. Toujours en matière pénale, l'article 511-4 nouveau du *Code pénal* et l'article L.675-16 du *Code de la santé publique* prohibent et répriment «le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L.673-5 du Code de la santé publique.»

Ces textes considèrent les gamètes comme des biens pouvant faire l'objet d'actes juridiques tels le don et la cession, c'est-à-dire d'un commerce juridique, certes contrôlé mais effectif. Toutefois, comment les concilier avec les principes généraux affirmés plus haut ?

En réalité les propositions énoncées par les lois de 1994 ne sont pas véritablement contradictoires⁸⁰. Les dispositions prévues dans la *Loi n° 94-654*, relatives aux modalités d'utilisation des produits et des éléments du corps humain, les gamètes notamment,

⁷⁸ Les articles du *Code de la santé publique* cités dans ce document ont été introduits par la *Loi n° 94-654*, *supra* note 24.

⁷⁹ Voir notamment Y. Roudy dans le *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 1 à la p. 25.

⁸⁰ Voir J.-C. Galloux, «De corpore jus: Premières analyses sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994» dans *Bioéthique*, *supra* note 33, 18 à la p. 22 [ci-après «De corpore jus»].

et inscrites dans le *Code de la santé publique*, dérogent aux principes généraux posés dans cette loi et prescrits par le *Code civil*. Les gamètes sont dès lors des choses, et même des choses dans le commerce puisqu'ils se donnent et se vendent, mais dans les hypothèses très précises prévues par la loi. En effet, selon l'article 16-9 nouveau du *Code civil*, les principes posés par les articles 16 à 16-8 sont d'ordre public. Les dérogations qui y sont apportées doivent en conséquence s'interpréter restrictivement.

Le législateur a eu le souci de distinguer la nature réelle des divers éléments et produits du corps humain parmi lesquels les gamètes se rangent, de la nature personnelle ou quasi personnelle, de l'embryon ou du fœtus. L'embryon humain fait l'objet d'un «transfert» et non d'un don⁸¹ ; il est «confié» à un couple⁸² ; il est «accueilli» et non pas transplanté⁸³. On ne transfère pas des gamètes ni ne les confie ni ne les accueille : on les donne, on les vend, etc.

Une dernière incertitude mérite enfin d'être levée : la nature des gamètes humains se trouve-t-elle modifiée selon leur situation ? En d'autres termes, sont-elles déjà des choses lorsqu'elles ne sont pas encore détachées du corps ?

Il est aisé de répondre par l'affirmative, bien que certains auteurs aient soutenu que des existants puissent changer de nature juridique selon leur situation dans ou en dehors du corps⁸⁴. Une telle proposition heurte la logique de type aristotélicien sur laquelle s'est développée la construction des catégories juridiques dans les systèmes de droit occidentaux : les existants définis par les catégories fondamentales que sont les personnes et les choses sont nécessairement stables et permanents, ces existants ayant une nature et une essence propres qui les définissent⁸⁵. Que les gamètes soient émis ou qu'ils reposent dans les gonades, ils sont essentiellement identiques. Au demeurant, le corps humain, au sens des lois de 1994, est considéré comme une chose, de sorte que l'incorporation (au sens littéral) des gamètes ne changera pas leur nature juridique⁸⁶ : les gamètes humains sont des choses aussi bien dans le corps qu'excrétés, recueillis ou prélevés hors du corps.

Il reste dès lors à examiner à quelles catégories de choses établies par la loi ces matériels biologiques humains appartiennent.

⁸¹ Art. L.152-1 *Code de la santé publique*.

⁸² *Loi n° 94-654*, supra note 24, art. 9.

⁸³ Art. L.152-5 *Code de la santé publique*.

⁸⁴ Pour C. Labrusse, «La procréation artificielle: Questions de droit» (1985) 195 *Projet 120*, c'est en se «détachant de la personne», en fait, du corps, que les «forces génétiques» pouvaient recevoir la qualification de chose. Voir aussi Giudicelli, supra note 42 à la p. 112.

⁸⁵ Sur l'ensemble de cette question, voir *Essai de définition*, supra note 9 à la p. 38.

⁸⁶ Sur l'ensemble de cette question, voir «De corpore jus», supra note 80 à la p. 22.

B. Les gamètes humains : Des choses particulières

Les gamètes sont des choses particulières. Dans ses lois de 1994, le législateur a bien senti la nécessité de ne pas traiter tous les composants du corps humain de la même façon⁸⁷ ; les gamètes et les embryons ne sont pas des produits comme les autres⁸⁸. Il a établi des catégories parmi les matériels biologiques humains, s'appuyant en cela sur les pratiques médicales antérieures et le sens commun. Ces catégories révèlent une hiérarchie qui s'étend aux deux extrêmes de l'activité biologique corporelle : l'excrément et l'embryon. Les gamètes y occupent une position proche de celle des embryons. À chacune de ces diverses catégories correspond un régime juridique distinct⁸⁹ qui sera étudié dans la seconde partie de cet exposé.

Il reste à titre de préalable, à considérer si ces gamètes doivent recevoir la même qualification juridique lorsqu'ils apparaissent «en tant que tels» dans leur état naturel et lorsqu'ils sont dispensés aux couples infertiles sous une forme élaborée, quasi médicalemente : triés, purifiés, concentrés. Cette question renvoie à l'application à leur égard de la distinction entre les choses et les biens.

1. Les gamètes «en tant que tels»

Les gamètes évoqués dans les deux textes de loi visent-ils les mêmes matériels biologiques ? Ne conviendrait-il pas de distinguer entre les gamètes «en tant que tels» comme ils se trouvent dans le corps, bruts, ou tout juste prélevés, et les gamètes «produits thérapeutiques» délivrés par les centres autorisés⁹⁰ pour l'assistance médicale à la procréation ? Les premiers conserveraient une nature de chose non patrimoniale en application de l'article 16-1 alinéa 3 nouveau du *Code civil*, les seconds consistant en des sortes de «produits dérivés» cessibles selon l'article L.673-5 du *Code de la santé publique*.

Cette interprétation a été proposée afin de résoudre la contradiction existant entre les différents textes : les principes posant le caractère extrapatrimonial du corps humain, ses éléments et ses produits (article 16-1) et les textes d'application autorisant leur cession sous certaines conditions. Les travaux parlementaires apportent un certain crédit à cette interprétation⁹¹. Une distinction comparable a été retenue par le projet de

⁸⁷ Voir Y. Roudy dans *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 1 aux pp. 25, 43.

⁸⁸ B. Kouchner, J.O. Débats Ass. nationale, 21 novembre 1992, 5831.

⁸⁹ «Ces produits [les gamètes] issus du corps humain ne sont pas, ne peuvent pas être régis par les mêmes lois de disponibilité que celles qui sont applicables à ses autres éléments» (B. Seillier, J.O. Débats Sénat, 21 janvier 1994, 288).

⁹⁰ P.-H. Decourcelle, *Statut juridique du corps humain au regard des lois «bioéthiques»*, mémoire pour le D.E.S.S. de droit de l'entreprise de haute technologie, université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 1994 [non publié].

⁹¹ Le prix payé pour des produits ou des éléments du corps humain est la contrepartie de leur «valorisation» médicale (voir *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 2 à la p. 61 ; J.-Y. Le Deaut, J.O. Débats Ass. nationale, 24 novembre 1992, 5930 ; B. Bioulac, J.O. Débats Ass. nationale, 24 novembre 1992, 5958 ; P. Méhaiguerie, J.O. Débats Sénat, 14 janvier 1994, 97).

Convention du conseil de l'Europe sur la bioéthique⁹². Ainsi, les éléments ou produits bruts du corps humain tels qu'en leur état naturel seraient absolument rebelles à toute forme d'appropriation, à toute conversion en monnaie ou un équivalent. Certes, la loi reconnaît aux individus une maîtrise sur ces choses mais une maîtrise qui ne serait pas un droit de propriété. Le droit civil français, comme le droit civil du Québec, ne connaissent que les choses communes comme choses rebelles à toute appropriation⁹³. Or, nos gamètes sont-ils réellement «à l'usage de tous» ? C'est pour le moins contestable.

Il semble plus cohérent d'admettre que le législateur français n'a pas opéré de distinction entre les gamètes «en tant que tels» et les gamètes «produits thérapeutiques» pouvant être utilisés dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. En effet, il emploie le même terme dans les deux cas. L'expression «en tant que tel» ne figure qu'à l'article L.611-17 du *Code de la propriété intellectuelle*, modifié à l'occasion de ces lois, et qui ne concerne pas directement notre sujet. En conséquence, il y a lieu d'appliquer la maxime *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

2. Les gamètes, le corps, les éléments et les produits du corps

Les gamètes se distinguent des autres matériels biologiques, mais le droit français ne distingue pas entre les différents gamètes.

a. *La distinction des gamètes et des autres matériels biologiques*

Les lois de 1994 distinguent entre les matériels biologiques humains. Cependant, où peut-on ranger les gamètes ? À côté du corps, on différencie désormais les éléments et les produits du corps humain. Le législateur a refusé de donner à ces différents termes une définition juridique ferme, il a préféré que l'on se réfère aux définitions médicales⁹⁴.

Le corps se trouve considéré «en son entier»⁹⁵. Il désigne dès lors tous les éléments naturels ou artificiels (comme les prothèses) qui se situent au sein de ce périmètre physique que nos sens délimitent comme étant le «soi». Les gamètes non détachés du corps humain en constituent une partie intégrante et en suivent ainsi le régime juridique.

Les produits regroupent en réalité tous les éléments biologiques qui n'appellent pas une protection juridique renforcée, soit en raison de leur caractère renouvelable, soit en

⁹² Conseil de l'Europe, Comité directeur pour la bioéthique, *Projet de convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention de bioéthique* (juillet 1994) dans (15 septembre 1994) Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies 4028.

⁹³ Art. 714 C.N. ; art. 913 C.c.Q.

⁹⁴ Voir par ex. G. Cabanel, J.O. Débats Sénat, 20 janvier 1994, 378.

⁹⁵ *Rapport n° 2871, supra* note 26, t. 1 à la p. 124.

raison de leur moindre valeur symbolique au regard de la dignité des personnes. À ce premier titre, sont considérés comme des produits le lait, sans doute le sang⁹⁶, l'ensemble des excréments⁹⁷, mais pas les gamètes. Au second titre, on peut citer les excréta et les phanères (cheveux, poils, ongles et dents)⁹⁸. On n'y range pas davantage les gamètes.

Les éléments du corps humain sont représentés par les organes, les tissus, les cellules⁹⁹ et par la moelle osseuse¹⁰⁰. Il n'est pas certain que les gamètes soient assimilés à des cellules et, par voie de conséquence, à des éléments du corps humain¹⁰¹. Le législateur a en effet entendu le terme «cellules» comme excluant les cellules germinales¹⁰². La loi ne proposant pas d'autres catégories que celle des éléments et celle des produits du corps humain¹⁰³, et, comme nous l'avons vu, les gamètes ne pouvant pas être des produits, ils doivent être considérés comme des éléments particuliers du corps humain. Ceci implique que ce sont juridiquement des éléments du corps humain, mais aussi que toutes les dispositions relatives à ces derniers ne sont pas automatiquement applicables aux gamètes. Cette remarque présente un intérêt tout particulier pour déterminer le champ d'application de l'article 16-9 du *Code civil* selon lequel «[a]ucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.»

Les lois de 1994 ont enfin établi une dernière catégorie participant de celles des éléments et des produits du corps humain : les déchets opératoires. L'article L.672-1 du *Code de la santé publique* les définit comme «les tissus, cellules et produits humains prélevés à l'occasion d'une intervention médicale et le placenta.» En aucun cas, des gamètes ne sauraient entrer dans cette catégorie.

b. *L'absence de distinction entre les gamètes*

Volontairement, dans un souci d'égalité sexuelle entre les donneurs, les lois n'ont opéré aucune distinction entre les gamètes mâles et les gamètes femelles. Les amendements tendant à interdire le don d'ovules ont été repoussés¹⁰⁴. Cette assimilation ju-

⁹⁶ Voir B. Kouchner, J.O. Débats Ass. nationale, 24 novembre 1992, 5923. Cependant, le titre II du livre VI du *Code de la santé publique* distingue le sang des autres produits (visés au titre suivant).

⁹⁷ Le législateur a, à cet égard, commis une confusion entre excréments et sécrétions (*Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 2 à la p. 50).

⁹⁸ Voir M. Cherioux, J.O. Débats Sénat, 19 mai 1994, 1635 ; *Rapport n° 1057*, *supra* note 73 à la p. 171.

⁹⁹ Voir art. L.672-1 *Code de la santé publique*.

¹⁰⁰ Art. L.671-1 *Code de la santé publique*.

¹⁰¹ Pour une opinion contre cette assimilation, voir J.-F. Mattei, J.O. Débats Ass. nationale, 22 novembre 1992, 5843 ; pour une opinion favorisant cette assimilation, voir M. Vauzelle, J.O. Débats Ass. nationale, 21 novembre 1992, 5839.

¹⁰² *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 2 à la p. 50 ; *Rapport n° 1057*, *supra* note 73 à la p. 129.

¹⁰³ Le titre du nouveau livre VI du *Code de la santé publique* s'intitule : «Don et utilisation des éléments et produits du corps humain». Voir aussi le titre de la *Loi n° 94-654*, *supra* note 24.

¹⁰⁴ B. Bioulac, Débats Ass. nationale, 25 novembre 1992, 5984.

ridique du don de sperme au don d'ovules et, par voie de conséquence, de la nature juridique du sperme et des ovules, ne méconnaît pas pour autant les spécificités médicales du don d'ovules¹⁰⁵.

La nature juridique des gamètes humains détermine largement leur régime.

II. Le régime juridique des gamètes humains

Cet exposé sera nécessairement limité à ce qui a trait strictement au régime juridique des gamètes, afin de ne pas traiter de l'encadrement des activités d'assistance médicale à la procréation, ce qui n'entre pas, du moins de façon directe, dans notre propos initial¹⁰⁶. Comme pour tous les matériels biologiques d'origine humaine envisagés par les lois de 1994, les gamètes subissent une double série d'opérations : la première consiste en leur recueil qui présuppose un acte de disposition de la part de leur auteur ; la seconde recouvre tout un ensemble d'interventions sur le matériel héréditaire selon les utilisations envisagées.

A. La disposition initiale des gamètes

Dans ses lois de 1994, le législateur a, comme à regret, organisé la disposition des gamètes humains afin d'alimenter le marché médical de la procréation artificielle qu'il n'a pourtant pas hésité à légitimer : il a donc conseillé d'éviter autant que possible le recours aux dons de sperme et d'ovules au profit de tiers¹⁰⁷ tout en reconnaissant que sans eux «[l]a procréation médicalement assistée n'aurait pas sa pleine signification.»¹⁰⁸ Ces regrets et ce conseil pèseront peu en face des «faits» devant lesquels il a préféré s'incliner et qui concernent quelques milliers d'individus en France chaque année.

Qui peut disposer des gamètes ? Comment et pour quelles fins en disposer ? Avant d'y répondre, on observera, qu'en toute hypothèse, le droit français n'opère aucune distinction entre le don de sperme et le don d'ovocytes, ni entre le recueil à vocation homologe et le don fait au profit de tiers.

¹⁰⁵ Rapport n° 2871, *supra* note 26, t. 2 à la p 79.

¹⁰⁶ Quant aux aspects administratifs de cet encadrement, voir J.-M. Auby, «Les aspects administratifs de l'assistance médicale à la procréation et des prélèvements sur le matériel biologique humain» dans *Bioéthique*, *supra* note 33, 14 ; quant aux aspects civils, voir J. Savatier, «Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui» dans *Bioéthique*, *ibid.*, 8.

¹⁰⁷ Art. L.152-6 *Code de la santé publique* : «L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur d'un couple ne peut aboutir.»

¹⁰⁸ Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales et la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République sur la bioéthique, J.O. Documents Ass. nationale, n° 2565, 18 février 1992 à la p. 31 (présenté par B. Bioulac).

1. L'auteur de la disposition

La situation antérieure aux lois de 1994 nous livre assez peu d'enseignements. De son côté, la loi nouvelle se révèle souvent lacunaire. Cette situation est accentuée par l'absence de dispositions réglementaires d'application.

a. *La situation antérieure aux lois de 1994*

Antérieurement aux lois de 1994, aucune disposition légale ou réglementaire ne précisait la situation des donneurs : ni les *Décrets du 8 avril 1988*, ni la *Loi du 31 décembre 1992*. Cette situation avait d'ailleurs conduit le Comité consultatif national d'éthique à solliciter une intervention législative rapide¹⁰⁹. En réalité, des règles ont été élaborées dans le cadre de la pratique des C.É.C.O.S., soit par leur «charte éthique», soit par les contrats passés avec leurs différents partenaires. Mais d'autres pratiques ont pu se développer en dehors des C.É.C.O.S.

Ces derniers ont dégagé dans leur pratique les règles principales suivantes :

- la règle du bénévolat doit être observée en matière de don de gamètes ;
- le don doit demeurer anonyme ;
- le recours au sperme frais en cas d'utilisation de sperme de donneur est prohibé ;
- les donneurs mâles doivent avoir déjà procréé ;
- les donneurs doivent subir des contrôles anti-infectieux et génétiques ;
- le don doit demeurer gratuit.¹¹⁰

Le fonctionnement des C.É.C.O.S. a incontestablement servi de modèle pour le législateur, de sorte que, pour l'essentiel, ces règles ont été reprises dans le cadre des lois nouvelles.

b. *Les règles nouvelles*

Le don de gamètes doit être le fait d'une personne vivante. Cette première règle, implicite, se déduit des articles L.673-1 et L.673-2 du *Code de la santé publique*. Les gamètes ne peuvent être prélevés sur une personne décédée. En revanche, rien ne semble interdire que les gamètes d'un donneur décédé après son don soient utilisés à

¹⁰⁹ Comité consultatif national d'éthique, *Avis du 18 juillet 1990 sur l'organisation actuelle du don de gamètes et ses conséquences* (18 juillet 1990) Paris.

¹¹⁰ Ministère des Affaires sociales, de la Santé et de la Ville, Ministère de la Justice, Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, *Rapport à monsieur le Premier Ministre sur l'éthique biomédicale* (15 novembre 1993) Paris à la p. 164.

des fins de procréation, s'il ne s'agit d'une insémination homologue¹¹¹ ou d'une fécondation *in vitro* homologue¹¹².

Le don de gamètes doit être le fait d'un individu vivant en couple, selon l'article L.673-2 du *Code de la santé publique*. Le donneur doit donc être marié ou vivre en concubinage. Ce couple doit avoir procréé, préalablement à l'accomplissement du don, ce qui exclut comme donneurs de gamètes les homosexuels vivant en couple¹¹³. Le donneur vit en couple au moment du don puisque le consentement de l'autre membre du couple se trouve requis par le même article. Cette disposition apparaît essentielle, car le don de gamètes est le don non pas d'un individu à un individu mais d'un couple à un autre couple¹¹⁴. Sous réserve des décrets d'application¹¹⁵, ces dispositions laissent irrésolues un certain nombre de questions importantes.

A priori, aucune condition d'âge, et donc de majorité (encore que cette hypothèse soit marginale en raison de la condition de procréation préalable), ne se trouve posée. Il n'y a pas davantage de condition relative à la capacité juridique. Un incapable¹¹⁶ peut donc donner ses gamètes sous réserve que son consentement soit valablement recueilli¹¹⁷. Par ailleurs, la loi reste discrète sur le couple auquel le donneur appartient. Quel est cet autre membre du couple dont le consentement est exigé : «l'ancienne compagne avec laquelle le donneur, dans le passé, a eu des enfants ou la nouvelle compagne qui n'a pas d'enfant commun avec le donneur»¹¹⁸? Il peut s'agir d'un couple légitime comme d'un couple de concubins. Nous verrons à la suite que c'est le conjoint ou le compagnon vivant actuellement avec le donneur qui doit consentir, si l'on considère que la loi établit une sorte de copropriété sinon de cogestion sur les gamètes du couple. D'un point de vue pratique, il sera impossible pour le praticien qui devra recueillir ce consentement, de vérifier la réalité de la situation du donneur qui se présente : avec quels moyens dévoilera-t-il un «concubinage blanc», et, surtout, cette question retiendra-t-elle son attention ?

¹¹¹ Art. L.152-2 al. 3 *Code de la santé publique* : «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants [...]»

¹¹² Art. L.152-3 *Code de la santé publique*.

¹¹³ À moins qu'ils n'aient préalablement procréé en couple hétérosexuel.

¹¹⁴ Le législateur observe que «depuis 20 ans [...] [cette] règle [...] a été appliquée de façon satisfaisante par les CECOS» (*Rapport n° 1057, supra* note 73 à la p. 130).

¹¹⁵ Cependant, la lecture des textes laisse présager qu'aucun des décrets prévus ne vise en soi les conditions relatives aux donneurs (voir la liste de ces décrets dans Decourcelle, *supra* note 90 à la p. 39).

¹¹⁶ Sur la question générale du statut des incapables dans les lois du 29 juillet 1994, voir A. Batteur, «De la protection du corps à la protection de l'être humain: Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994» dans *Bioéthique, supra* note 33, 29.

¹¹⁷ L'article L.675-9 du *Code de la santé publique* renvoie à l'article 511-6 du *Code pénal* qui sanctionne le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne sans son consentement écrit de cinq ans d'emprisonnement et de 500,000 francs d'amende.

¹¹⁸ C. Neirinck, «Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée» dans *Bioéthique, supra* note 33, 54.

2. Les modalités de la disposition

La loi parle du don de gamètes mais s'agit-il d'un don au sens juridique du terme ? Certains ont pu le contester afin de ne pas remettre en cause le principe de non-patrimonialité du corps humain et de ses éléments, proclamé à l'article 16-1 nouveau du *Code civil*¹¹⁹. Cette étrange habitude de ne pas conférer aux termes juridiques leur sens technique¹²⁰, qui relève d'une forme de duplicité intellectuelle, a été parfaitement illustrée par le Comité national d'éthique dans son rapport relatif aux recherches sur les embryons humains, dont le législateur s'est largement inspiré : le terme «don» a été choisi «par similitude avec des expressions voisines», mais sans référence «à la notion juridique de don» ; «c'est par une figure de langage, afin de traduire le caractère bénévole, que l'on parle de don de sperme ou de don de sang¹²¹. Cet emprunt au vocabulaire des libéralités tend seulement à exprimer la gratuité du geste sans postuler la patrimonialité de son objet» avec cette précision que nous soulignons «au moins pour celui qui le fournit de son corps.» Dans la même veine, on a vu fleurir dans le débat parlementaire des «conventions morales» pour désigner les contrats passés avec les C.É.C.O.S.¹²² On ne voit pas pour quelle raison le terme «don» ne pourrait pas être employé ici dans son acception juridique dès lors qu'il porte effectivement sur une chose, qu'il nécessite le consentement de son auteur et qu'il se réalise à titre gratuit. Il faut donc s'en tenir à l'acception juridique des termes¹²³ sous peine de tomber dans le travers dénoncé plus haut, de renier le langage juridique, de renoncer à la recherche d'une cohérence du système juridique, bref, sous peine d'abdiquer toute rationalité juridique.

La loi édicte des modalités tant juridiques que pratiques au don de gamètes.

a. Les modalités juridiques du don de gamètes

Outre les dispositions spéciales relatives au don et à l'utilisation de gamètes contenues dans les articles L.673-1 à L.673-7 du *Code de la santé publique*, ce don est soumis aux principes généraux applicables au don et à l'utilisation des éléments et des produits du corps humain¹²⁴. Une personne identifiée peut donc disposer de ses propres gamètes en y consentant spécialement, dans le cadre d'un acte anonyme et gratuit.

Le donneur doit d'abord s'identifier puisqu'il doit prouver qu'il a procréé, qu'il vit en couple, désigner son conjoint ou son partenaire, subir une série de tests médicaux et consentir au don. Cette identification initiale ne contredit pas le caractère anonyme du

¹¹⁹ Voir *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 2 à la p. 78.

¹²⁰ Elle n'est pas nouvelle dans le domaine biomédical (voir notamment Baud, *supra* note 8 à la p. 18).

¹²¹ Voir le rapport accompagnant l'*Avis du 18 juillet 1990*, *supra* note 109.

¹²² J.-F. Mattei dans *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 1 à la p. 72.

¹²³ Voir *Rapport n° 1057*, *supra* note 73 à la p. 129 ; P. Douste-Blazy, J.O. Débats Sénat, 18 janvier 1994, 181.

¹²⁴ *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 1 aux pp. 23, 25, 80.

don. En effet, l'anonymat du don a pour effet d'empêcher le bénéficiaire de connaître l'identité du donneur. Le médecin, quant à lui, aura la possibilité d'accéder aux informations de nature médicale, en particulier d'ordre génétique qui concernent le donneur en cas de nécessité thérapeutique pour l'enfant conçu à l'aide de ses cellules sexuelles. Ces données demeurent non identificatrices¹²⁵.

Le donneur doit consentir par écrit sous peine de sanction pénale¹²⁶. Dans le silence de la loi et dans l'attente d'éventuels textes réglementaires, il est probable que les pratiques antérieures, selon lesquelles le consentement est reçu au moment du recueil, seront reconduites. Le don est révocable à tout moment en application des dispositions de l'article L.665-11 du *Code de la santé publique*. Cette révocation est rendue possible par l'identification préalable du donneur. En raison de la fin spécifique à laquelle sont destinés ces éléments corporels, la procréation d'un être humain¹²⁷, il paraît pour le moins normal qu'à l'instar du procréateur naturel, le donneur puisse renoncer jusqu'à l'insémination ou à la fécondation, à l'utilisation de ses gamètes, conservant ainsi un contrôle sur la destination de ses éléments corporels.

La décision de donner les gamètes nécessite également le consentement écrit de «l'autre membre du couple»¹²⁸. Cette formalité n'est assortie d'aucune sanction pénale. Le législateur reconnaît par là la réalité de la codécision au sein du couple en matière de procréation¹²⁹. Puisque, selon le droit français, le don de gamètes est le don d'un couple fait à un autre couple, la loi institue une sorte de cogestion sur les cellules sexuelles, dans la tradition du mariage¹³⁰. Certains auteurs, s'appuyant sans doute sur la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse¹³¹, avaient pu contester une telle cogestion¹³², cette position se trouve désormais invalidée par le législateur.

Le don de gamètes est anonyme, comme le don de tout élément ou produit du corps humain. Selon les débats parlementaires, le fondement de cette règle se trouverait dans le principe de non-patrimonialité du corps¹³³. On a souligné avec justesse que ce principe n'a pas été véritablement débattu par la représentation nationale¹³⁴. Posé par

¹²⁵ Art. L.673-6 *Code de la santé publique*.

¹²⁶ Art. L.675-9 *Code de la santé publique* renvoyant à l'art. 511-6 *Code pénal*.

¹²⁷ Rappelé par l'art. L.673-1 *Code de la santé publique*.

¹²⁸ *Loi n° 94-654, supra note 24*, art. 10 introduisant l'art. L.673-1 *Code de la santé publique*.

¹²⁹ F. Serusclat a même parlé de «copropriété» des gamètes (J.O. Débats Sénat, 21 janvier 1994, 296).

¹³⁰ Sur la notion de cogestion des gamètes que nous avons dégagée, voir *Essai de définition, supra note 9* à la p. 276.

¹³¹ Le conjoint ou le compagnon, père de l'enfant à naître, ne peut en effet s'opposer à la décision de la femme de mettre fin à sa grossesse (art. L.162-1 et s. *Code de la santé publique* non modifié).

¹³² Voir Terre, *supra note 2* aux pp. 167-68.

¹³³ *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain*, J.O. Documents Ass. nationale, n° 230, 12 janvier 1994 à la p. 29 (Président : G. Cabanel).

¹³⁴ Neirinck, *supra note 118* à la p. 55.

l'article 16-8 nouveau du *Code civil*, de façon générale, il est repris à l'article L.665-14 du *Code de la santé publique* puis amendé par l'article L.673-6 du même code qui institue une dérogation au profit de l'enfant conçu du matériel donné, comme il a été vu plus haut. Ce principe est enfin complété par l'article L.673-7 aux termes duquel «[I]l bénéficie d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme.» En effet, le principe de l'anonymat impose un double secret : donneur et receveur ne peuvent se connaître l'un et l'autre d'une part, et d'autre part, les tiers ne peuvent recevoir aucune information de nature à identifier le donneur. Les articles L.675-11 et L.675-14 du *Code de la santé publique* protègent cet anonymat au plan pénal. «Ce dispositif légal cherche uniquement à gommer ce qui permettrait éventuellement de reconstituer la chaîne biologique de l'enfant né d'une P.M.A.»¹³⁵ Ce choix a été contesté par certains parlementaires¹³⁶. En effet, il semble difficilement conciliable avec l'article 7 de la *Convention internationale des droits de l'enfant* adoptée par l'O.N.U. le 20 novembre 1990, ratifiée par la France, qui dispose que «l'enfant a droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.»¹³⁷ On a pu cependant le présenter comme une mesure de protection des donneurs.

Le don de gamètes est gratuit. À nouveau, il s'agit de l'un des principes fondamentaux des lois de 1994. Il découle directement du principe de non-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et de ses produits. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent être un objet de commerce¹³⁸. L'exigence de gratuité se trouve rappelée avec force et de manière redondante, à l'article 16-6 du *Code civil* : «Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête [...] à la collecte de produits [de son corps]» ; à l'article L.665-12 du *Code de la santé publique* et assortie des sanctions pénales prévues à l'article L.675-10 du même code. Le principe de la gratuité n'a cours qu'entre le donneur et l'établissement dûment autorisé à recueillir les gamètes. Ledit établissement pouvant quant à lui procéder à la cession des gamètes collectés et préparés en vue d'une procréation médicalement assistée¹³⁹, dans les limites prévues par l'article L.675-10 du *Code de la santé publique*¹⁴⁰.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Voir surtout *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 1 à la p. 134 et s. ; C. Boutin dans *Rapport n° 2871*, *ibid.* à la p. 85.

¹³⁷ P. Rietjens, *La convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant*, Bruxelles, Ministère des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et de la Coopération au Développement, 1992 ; voir aussi P. Murat, «Procréation médicalement assistée et "droits de l'enfant"» (1991) 27 *Rev. trim. dr. sanitaire et social* 387.

¹³⁸ *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 1 à la p. 4.

¹³⁹ Art. L.673-5 *Code de la santé publique*.

¹⁴⁰ L'établissement peut percevoir au titre du prix de cession le paiement des prestations assurées en vue de la préparation et de la conservation de ces gamètes. C'est une des application de la règle de non profit promue par les *Lois de 1994*, *supra* note 24, lorsque, néanmoins, il y a commerce des éléments et des produits du corps humain.

b. *Les modalités pratiques du don de gamètes*

La loi reste étrangement silencieuse sur les conditions du don d'ovocytes qui exige pourtant une intervention médicale lourde. S'agissant d'un véritable prélèvement, on pouvait s'attendre à la reprise de certaines des dispositions relatives au prélèvement d'organes comme celles prévoyant une protection renforcée pour les incapables et une information spécifique sur les risques encourus¹⁴¹.

Au titre des principes généraux applicables à tous les dons d'éléments et de produits du corps humain, et qui gouvernent aussi les dons de gamètes, on peut citer l'interdiction de la publicité et le contrôle sanitaire.

La publicité en faveur du don de gamètes au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite. Cette interdiction ne fait cependant pas obstacle à ce que, sous la responsabilité du ministre chargé de la santé, des actions d'information du public en faveur du don de gamètes soient menées¹⁴².

Le recueil des gamètes doit s'accompagner de tests de dépistage des maladies transmissibles¹⁴³ et, d'une façon générale, un décret en Conseil d'État fixe les règles de sécurité sanitaire qui doivent encadrer cette activité¹⁴⁴. Le fait de ne pas procéder au dépistage exigé par la loi est puni par un emprisonnement de deux ans et une amende de 200,000 francs¹⁴⁵. Les gamètes eux-mêmes font l'objet d'une vigilance dont les conditions sont également fixées par décret en Conseil d'État. Le recueil des gamètes est précédé de la fourniture de nombreuses informations de la part du donneur ; ces informations permettent au médecin de vérifier d'une part si le donneur remplit les conditions exigées par la loi pour réaliser ce don, et d'autre part des informations d'ordre médical et qui concernent notamment les antécédents du donneur et de sa famille. L'ensemble de ces informations, rendues non identificatrices, demeure accessible pour une durée indéterminée à tout médecin en cas de nécessité thérapeutique pour l'enfant conçu de ces gamètes¹⁴⁶.

Finalement, qui recueille les gamètes ? Les lois de 1994 établissent une véritable « police des activités d'assistance médicale à la procréation. »¹⁴⁷ Ces activités sont réservées à des établissements de santé¹⁴⁸, à la condition que ces établissements aient reçu

¹⁴¹ Art. L.671-1 et s. *Code de la santé publique*.

¹⁴² Art. L.665-12 *Code de la santé publique*.

¹⁴³ C'est une innovation puisque le *Décret n° 92-174 du 25 février 1992 relatif à la prévention de la transmission de certaines maladies infectieuses*, J.O., 26 février 1992, 2929, ne prévoyait pas de dépistage des maladies génétiques.

¹⁴⁴ Art. L.665-15 *Code de la santé publique*.

¹⁴⁵ Art. L.675-12 *Code de la santé publique*.

¹⁴⁶ Art. L.673-7 *Code de la santé publique*.

¹⁴⁷ Voir Auby, *supra* note 106 à la p. 15.

¹⁴⁸ Art. L.184-1 et s. *Code de la santé publique*.

une autorisation administrative¹⁴⁹. Ces derniers sont donc les seules personnes habilitées à recueillir les gamètes. Ces dispositions législatives sont assorties de sanctions pénales¹⁵⁰.

B. *L'utilisation des gamètes*

Une fois les gamètes donnés et recueillis, quelles pourront en être les utilisations ? Seule la finalité procréative est autorisée par la loi. Encore, celle-ci ne doit-elle donner lieu à aucune dérive eugénique.

1. La destination exclusivement procréative des gamètes

Les gamètes humains sont donnés dans le but exclusif de servir de moyen à une assistance médicale à la procréation : le don de gamètes se définit par cette finalité¹⁵¹ autant que par sa nature. Ceci a pour conséquence que les gamètes ne sont pas utilisables à des fins de recherche scientifique. Cette conséquence devrait conduire à l'interdiction des expérimentations sur les gamètes, accomplies notamment dans le but de mieux comprendre le fonctionnement de la fécondation ou les déficiences qui peuvent affecter les gamètes eux-mêmes. On ne manquera pas de noter, cependant, que le respect de cette finalité ne se trouve assorti d'aucune sanction pénale ; seules des sanctions administratives sont prévues¹⁵². Mais le juge judiciaire demeure compétent pour faire cesser ce qui pourrait apparaître comme un « agissement illicite » portant sur un produit ou un élément du corps humain¹⁵³.

Encore que seule autorisée, l'utilisation des gamètes à des fins procréatives se trouve strictement encadrée. En plus des exigences générales de sécurité sanitaire évoquées plus haut, la loi prescrit que « [t]oute insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et tout mélange de sperme sont interdits. »¹⁵⁴ Cette règle a été édictée aussi bien pour des raisons sanitaires que des raisons éthiques¹⁵⁵. Il est vrai que le respect de l'anonymat se révèle plus délicat avec l'utilisation du sperme frais. Quant au mélange de sperme, il peut renvoyer à une sorte de loterie procréative d'assez mauvais goût.

L'utilisation des gamètes donne naissance à un véritable commerce juridique dans la mesure où divers actes juridiques sont passés sur ces objets. En premier lieu, le législateur a reconnu l'existence de véritables contrats conclus entre les C.É.C.O.S. et les

¹⁴⁹ Art. L.673-5 *Code de la santé publique*.

¹⁵⁰ Art. L.675-16 *Code de la santé publique*.

¹⁵¹ Art. L.673-1 *Code de la santé publique*.

¹⁵² Art. L.184-6 *Code de la santé publique* : « Toute violation [...] des prescriptions législatives ou réglementaires applicables à l'assistance médicale à la procréation [...] entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations. »

¹⁵³ Art. 16-2 C.N.

¹⁵⁴ Art. L.673-3 *Code de la santé publique*.

¹⁵⁵ *Rapport n° 1057, supra note 73 à la p. 130.*

receveurs. Ces conventions ne sont certes pas les conventions de procréation prohibées par l'article 16-7 du *Code civil*, puisqu'elles ne portent pas «sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ; » l'objet direct des contrats passés avec les C.É.C.O.S. «est la remise de gamètes.»¹⁵⁶ On peut également évoquer les contrats de dépôt dans les hypothèses d'auto-insémination dont la loi n'a pas spécialement réglementé l'exercice¹⁵⁷. En second lieu, ces activités donnent droit à une rémunération. La loi prévoit expressément la cession des gamètes de la part des organismes autorisés au profit des receveurs¹⁵⁸ : «[le principe de gratuité] ne doit pas faire obstacle à ce que soient rémunérées les prestations effectuées par les établissements autorisés concernant les paillettes de spermes.»¹⁵⁹ Un tarif de responsabilité, fixé par voie réglementaire, a pour but de permettre la prise en charge des coûts liés aux examens pratiqués sur le sperme du donneur. Un schéma juridiquement identique s'applique aux ovocytes. Toute autre forme de paiement des gamètes se trouve en revanche prohibée et punie pénalement¹⁶⁰ de même que le fait de s'entremettre pour favoriser l'obtention de gamètes contre paiement. Il semble résulter de ce texte que tout prix excédant le paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation des gamètes est illicite et pénalement répréhensible. Cette dernière disposition pourra poser problème dans l'hypothèse d'une importation de gamètes d'un pays étranger¹⁶¹, en particulier si ce pays ne possède pas de règles juridiques comparables aux règles strictes françaises.

2. Le contrôle des dérives eugéniques

L'article 16-4 nouveau du *Code civil* énonce que

[n]ul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine [...] Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite [...] Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance d'une personne.

Ces dispositions concernent directement l'utilisation des gamètes humains de divers points de vue. D'une part se pose la question de la licéité de certaines pratiques mises en œuvre dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, et d'autre part se pose la question de l'avenir de la thérapie génique.

¹⁵⁶ P. Méhaignerie, J.O. Débats Ass. nationale, 20 avril 1994, 230 ; voir aussi J.-F. Mattei dans *Rapport n° 2871*, *supra* note 26, t. 1 à la p.133.

¹⁵⁷ Les actes de conservation de gamètes semblent entrer dans le cadre des activités biologiques d'assistance médicale à la procréation, par opposition aux activités cliniques qui comprennent le recueil des gamètes (P. Douste-Blazy, J.O. Débats Sénat, 19 janvier 1994, 300 ; art. L.673-5, L.184-1 et s. *Code de la santé publique*).

¹⁵⁸ Art. L.673-5 *Code de la santé publique*.

¹⁵⁹ S. Veil, J.O. Débats Sénat, 19 mai 1994, 1678.

¹⁶⁰ Art. L.675-10 *Code de la santé publique*.

¹⁶¹ Prévue par l'article 18 de la *Loi du 31 décembre 1992*, *supra* note 34.

Qu'est-ce qu'une pratique eugénique ? Le législateur français n'a pas désiré en donner une définition. La philosophie générale qui a animé le législateur a été bien exposée par monsieur Kouchner, ministre de la santé : il convient de distinguer entre l'eugénisme collectif, sous-tendu par la conception de l'existence d'une race supérieure, et l'eugénisme individuel qui s'appuierait sur «les avancées de la recherche et du développement médical.»¹⁶² L'expression «organisation de la sélection» renvoie en effet à une action concertée, à une politique, qui n'est pas le fait des individus mais d'un corps, d'une autorité¹⁶³. Par ailleurs, la pratique eugénique n'est illicite qu'autant qu'elle tend à la sélection des personnes. La question se pose alors de savoir si la sélection de gamètes emporte la sélection de personnes. Dans l'immédiat, il semble que non, mais à terme oui. Il apparaît clair que toute pratique tendant à la sélection du sexe ou à une discrimination raciale sera considérée comme illicite¹⁶⁴. Mais qu'en sera-t-il du tri des gamètes dans le but de favoriser la naissance d'un enfant d'un sexe déterminé afin d'éviter la transmission d'une maladie liée à un autosome ? En revanche, la sélection des donneurs de sperme, l'appariement des donneurs et des receveurs, qui sont des pratiques eugéniques en soi¹⁶⁵ semblent licites. De la même manière, la loi, en limitant à cinq le nombre de naissances attribuables à un même donneur¹⁶⁶, poursuit des buts eugéniques, puisqu'il s'agira de limiter les risques de consanguinité¹⁶⁷.

Quant à la thérapie génique germinale, appliquée aux cellules sexuelles ou les mettant en cause, de sorte que les modifications apportées au génome soient transmissibles à la descendance, elle ne semble pas totalement exclue par le texte de l'article 16-4 du *Code civil*. Elle se trouve cependant cantonnée à la seule recherche et subordonnée à un but thérapeutique de prévention et de traitement des maladies génétiques. On peut toutefois se demander comment de telles recherches pourraient être menées directement sur les gamètes humains puisque ces gamètes ne sont donnés que dans un but procréatif¹⁶⁸.

Conclusion

En conclusion, le statut juridique des gamètes humains en droit français s'est considérablement éclairci en raison de l'adoption des lois de 1994. Les gamètes sont des choses, il faut en convenir désormais, mais des choses dont le régime se trouve strictement encadré. *A priori*, ce ne sont pas des choses comme les autres, puisqu'ils bénéfici-

¹⁶² B. Kouchner, *Débats Ass. nationale*, 21 novembre 1992, 5732.

¹⁶³ On a fait remarquer avec justesse que la multiplication des attitudes eugéniques individuelles pouvait avoir les mêmes effets qu'une politique organisée (B. Seillier, *J.O. Débats Sénat*, 17 mai 1994, 1595-96).

¹⁶⁴ J. Toubon, *J.O. Débats Ass. nationale*, 22 novembre 1992, 5841. Selon B. Kouchner, «l'eugénisme par le choix des gamètes est exclu» (*Rapport n° 2871, supra* note 26, t. 1 à la p. 76).

¹⁶⁵ J.-F. Mattei, *J.O. Débats Ass. nationale*, 22 novembre 1992, 5841.

¹⁶⁶ Art. L.673-4 *Code de la santé publique*.

¹⁶⁷ *Rapport n° 1057, supra* note 73 à la p. 131.

¹⁶⁸ Voir ci-dessus la partie II.B.1.

cient d'un régime spécifique qui les distingue des autres produits et éléments du corps humain et qui tente de préserver la part de dignité humaine qui s'y rattache. On ne peut, cependant, s'empêcher de penser qu'ils se trouvent ravalés, pour reprendre les mots du sénateur Seillier, au rang de simple matériau biologique pour une conception ravalée, quant à elle, à un «simple acte de fabrication, accompli donc sous la responsabilité plénière d'agents, notamment au regard de la qualité du produit.»¹⁶⁹ La *Loi n° 94-654*, qui, comme on l'a vu, décline dans le *Code de la santé publique* les principes généraux énoncés par la *Loi n° 94-653* dans le *Code civil*, a été votée pour une période de cinq ans. À l'issue de cette période, elle fera l'objet, après une évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, d'un nouvel examen par le Parlement¹⁷⁰. Ce sera sans doute l'occasion de remédier aux imperfections que nous avons soulignées. Il apparaît en revanche peu probable que le «fait» de la procréation médicalement assistée soit remis en cause, et avec lui la nécessité d'organiser le marché des gamètes humains, avec toutes les conséquences juridiques qu'il implique.

¹⁶⁹ B. Seillier, J.O. Débats Sénat, 14 janvier 1994, 117.

¹⁷⁰ *Loi n° 94-654*, *supra* note 24, art. 21.