

---

---

## BOOK REVIEW

---

### CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Suzanne Gascon, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993. Pp. 166 [35,00\$]. Commenté par Grégoire Loiseau\*

1. Personne ou chose ? Le corps humain, en tous les cas, ébranle la *summa divisio* et avec elle bien des certitudes de nos contemporains. Pris dans la tourmente des sciences biologiques et médicales, le corps en est venu à faire douter de ce qu'il est<sup>1</sup>. Sans doute est-il banal de s'en inquiéter et aussi peu original de relever le désarroi des juristes face aux questions nouvelles qui, tout en les exigeant, se prêtent rarement aux réponses rigoureuses du droit. Il est moins commun, en revanche, de faire état de la difficulté de la tâche. C'est qu'à la vérité, le droit n'aime pas être bouleversé. Et les principes, en la matière, ont trop souvent l'apparence d'une sagesse ancienne pour que l'on songe à les abandonner vraiment, tout en sachant pourtant dès l'énoncé, qu'ils sont inadaptés lorsqu'il s'agit de les appliquer. Ne dit-on pas encore fréquemment que le corps humain est hors du commerce juridique, indisponible, avant d'analyser aussi pieusement les nombreux actes de disposition reconnus et réglementés par le droit ? Prisonnier de ses craintes d'affirmer, à l'inverse, que le corps est dans le commerce, le juriste cherche plutôt à composer, sans avoir toujours la rectitude que l'on peut lui souhaiter.

Pourtant, il serait faux de croire que le droit ait abdiqué devant l'ambition de la tâche. Progressivement, il dicte des solutions, des cadres juridiques susceptibles de servir de modèles, et fait émerger des règles qui, en s'affermissant, témoignent assurément d'une recomposition de la matière autour de pivots solides et durables. À cet égard, l'ouvrage de Suzanne Gascon<sup>2</sup> permet très clairement d'en rendre compte et constitue, en abordant le problème de l'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain, un exposé précieux sur le sujet.

---

\* Ancien Boulton Visiting Research Professor à la Faculté de droit de l'Université McGill.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1994

Mode de référence : (1994) 39 R.D. McGill 248

To be cited as: (1994) 39 McGill L.J. 248

<sup>1</sup>À ceux qui disent : «[L]e corps humain n'est pas une chose ; c'est la personne même» (G. Cornu, *Droit civil : Introduction, les personnes, les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1993 à la p. 165), d'autres rétorquent : «Tout corps humain est une chose» (J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée : Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993 à la p. 83).

<sup>2</sup>*L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993.

L'objet de cet ouvrage n'étant cependant pas de faire un examen exhaustif du droit traitant peu ou prou du corps humain, l'auteure exclut d'emblée certaines questions, sans préjuger pour cela de leur importance. Limitant déjà son analyse au corps de la personne vivante, elle n'envisage pas ce qu'il advient du corps après la mort<sup>3</sup>. Par ailleurs, de tous les actes juridiques touchant à la personne, elle choisit de n'étudier que certains d'entre eux, laissant par exemple de côté la question du traitement médical et son corollaire, le refus de traitement. Cette précision faite, l'auteure a voulu en réalité exposer la réaction du droit face aux utilisations du corps qui sont sans doute les plus discutables, celles sans bénéfice direct pour celui qui en est l'objet et qui réalisent de la sorte, avec l'accord de la personne, une véritable mise à disposition du corps humain. Divisant son étude en deux parties, l'auteure s'est tout d'abord intéressée aux actes de disposition conclus par la personne sur son propre corps, avant d'envisager, dans une seconde partie, le pouvoir de disposer du corps d'autrui.

2. Dans la première partie, l'auteure consacre un exposé liminaire aux principes autour desquels s'ordonne la reconnaissance juridique du corps humain. Elle examine ainsi le principe d'inviolabilité de la personne humaine et le droit corrélatif à l'intégrité du corps. Elle porte ensuite son attention sur la liberté dont jouit l'individu pour prendre les décisions relatives à son propre corps, ce qui revient à parler du principe d'autodétermination. Pour ordonner et combiner ces deux principes, il est courant d'associer au premier l'exigence, en cas d'atteinte à l'intégrité physique, d'un consentement libre et éclairé, et de faire gouverner par le second la portée de ce pouvoir décisionnel de l'individu vis-à-vis de son corps. Mais la conciliation n'est pas toujours aisée et, comme le souligne l'auteure, lorsqu'il s'agit d'interventions consenties, les principes d'inviolabilité et d'autodétermination entrent souvent en concurrence. D'un côté, en effet, il faut bien reconnaître que chacun, dans une large mesure, est maître de son corps et bénéficie en cela d'un certain pouvoir de disposition sur lui-même. De l'autre, cependant, il est sûr que le principe d'inviolabilité commande aussi de mesurer ce pouvoir de la personne, car la volonté ne saurait être complètement souveraine : l'ordre public doit conduire à protéger l'individu contre les maux qu'il s'infligerait lui-même ou accepterait qu'ils lui soient infligés. Il y a donc bien ainsi confrontation entre la revendication légitime à disposer de son propre corps et la protection impérative de celui-ci. Et dans cette concurrence, il faut admettre avec l'auteure qu'il n'y a pas de solution toute faite. Pour s'en convaincre, il suffirait de rappeler que Platon condamnait le suicide, que les Athéniens punissaient le suicidé après sa mort, cependant que Sénèque affirmait : « Qui tient le suicide pour criminel ne prend pas garde qu'il ferme le chemin de la liberté »<sup>4</sup>.

Cela dit, il est significatif que Mme Gascon ait débuté son analyse par la formulation du principe de la liberté de disposer de son propre corps et non, comme les études classiques en sont plutôt coutumières, par l'affirmation du principe d'indisponibilité et de la protection autoritaire du corps humain, quitte à préciser ensuite les limites de celui-ci. Cette approche témoigne en fait d'une

<sup>3</sup>Sur cette question, on peut voir l'analyse très complète de X. Labbé, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, France, Presses Universitaires de Lille, 1990.

<sup>4</sup>Livre VI, *Lettre 58 à Lucilius*, t. 2, Paris, Budé, 1949.

inversion des valeurs et de la prépondérance que prend aujourd'hui la liberté revendiquée sur la protection imposée du corps humain. On ne saurait du reste s'en étonner : où le gouvernement des corps relevait surtout hier d'un statut d'ordre public, on est forcé de constater que la marge d'autonomie de la personne est désormais croissante<sup>5</sup>. L'évolution des sciences y est naturellement pour beaucoup. On ne peut en effet échapper à l'idée que ce sont les découvertes médicales et les progrès des biotechnologies qui ont en quelque sorte révélé le corps à la personne, de la plus convaincante et de la pire manière qui soit : en mettant l'accent sur son utilité. Corps exquis pour la communauté scientifique qui y trouve à la fois matière pour prélever des organes et un champ d'investigations expérimentales ! Corps exquis pour l'individu lui-même à qui s'ouvrent d'étonnantes possibilités pour reproduire l'espèce ! À partir de là en tout cas, il n'est pas surprenant que la personne ait voulu (re)prendre possession de son corps et qu'elle le fasse en affirmant le pouvoir de sa volonté sur les emplois qui sont ou peuvent en être faits.

3. C'est parce que l'interrogation est alors légitime qu'elle doit être formulée :

À une époque où les libertés individuelles occupent une place importante dans la société, l'homme veut maîtriser les décisions relatives à son propre corps.

Quelles sont les limites de cette liberté lorsque ces décisions visent, non plus le bien-être physique du sujet concerné, mais plutôt celui d'un tiers, l'intérêt de la science médicale ou revêtent simplement un intérêt pécuniaire<sup>6</sup> ?

Pour y répondre, Mme Gascon consacre son second chapitre à l'exercice de la liberté de disposer de son propre corps en commençant par cette illustration manifeste de la disposition de l'ensemble du corps que constitue l'expérimentation sur la personne humaine. On ne reviendra pas avec l'auteure sur l'utilité d'une telle pratique et la nécessité, pour la recherche, de pratiquer des essais sans finalité thérapeutique directe, seuls en cause ici. Celles-ci sont évidentes ; mais cette observation n'est selon nous nullement décisive pour le juriste, car il faut reconnaître que «l'utilité, ce n'est pas la justice, la science médicale, ce n'est pas le droit»<sup>7</sup>. Ce qui est essentiel, en revanche, c'est de repérer les principes qui encadrent, dans le droit contemporain, la pratique de l'expérimentation sur un sujet qui n'en attend personnellement rien<sup>8</sup>. Mme Gascon en dénombre

<sup>5</sup>Voir G. Loiseau, «Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps» (1992) 37 R.D. McGill 965.

<sup>6</sup>Gascon, *supra* note 2 à la p.19.

<sup>7</sup>P. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes, les incapacités*, 2<sup>e</sup> éd. par P. Malaurie, Paris, Cujas, 1992 à la p. 109.

<sup>8</sup>À l'instar du droit québécois, le droit français s'est pourvu d'une réglementation de l'expérimentation qui fait l'objet de la *Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, J.O., 22 décembre 1988, 16032, J.C.P. 1988.III.62199 [ci-après *Loi du 20 décembre 1988*], introduisant les articles L. 209-1 à L. 209-23 du *Code de la santé publique*. Sur ce texte, voir J. Borricand, «Commentaire de la loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales» D.1989.Chron.167 ; J.-M. Auby, «La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales» J.C.P. 1989.I.3384 ; G. Viala et A. Vian-dier, «La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales et ses conséquences sur les essais en matière d'innovation thérapeutique

trois : le consentement de la personne, le rapport entre les risques et les avantages, enfin le refus d'une exploitation pécuniaire de leur corps par ceux qui deviendraient ainsi des «cobayes» humains.

Le consentement de celui qui se soumet à l'expérimentation est en toute hypothèse la condition élémentaire de sa licéité. Rien, comme le souligne l'auteur, ne permet de s'en dispenser. Bien plus, il doit s'agir d'un consentement éclairé, donné par écrit après information sur la recherche et toujours révoquant, même verbalement<sup>9</sup>. Les règles, de ce point de vue, ne diffèrent d'ailleurs pas entre le droit québécois et le droit français. Est également commune l'exigence d'un consentement parfaitement libre et l'exclusion du champ expérimental, à ce titre, de certaines catégories de personnes en situation de dépendance, comme les détenus. S'agissant de ceux-ci, l'auteur fait, il est vrai, mention de la position contraire du droit américain et de certains auteurs ; mais on ne peut que déplorer qu'elle se contente alors d'écrire, sans autre commentaire, que «pour ces derniers, exclure les prisonniers constitue une mesure discriminatoire qui les empêche de se revaloriser socialement»<sup>10</sup>. Une telle conception de l'égalité, devant l'expérimentation, pourrait à la vérité en faire frémir plus d'un<sup>11</sup>.

Cela étant, l'auteur observe encore que le consentement de l'intéressé, même lorsqu'il peut être valablement reçu, ne peut être à lui seul satisfaisant. Il n'est pas en effet une garantie suffisante dans une entreprise où, sans en avoir toujours pleinement conscience, la personne se transforme en véritable cobaye humain dans l'unique intérêt de la science. Aussi le droit québécois, dont les règles ont leur pendant en droit français, subordonne toute recherche à un critère de proportionnalité et exige que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait que l'on peut raisonnablement escompter<sup>12</sup>.

Enfin, et c'est sans doute là le principe qui prête le plus à discussion, l'expérimentation ne doit pas se transformer, pour celui qui s'y prête, en une entre-

médicamenteuse» Gaz. Pal. 2<sup>e</sup> sem. 1989.Doctr.493 ; L. Dubouis, «La protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales» [1989] Rev. dr. sanit. soc. 155 ; G. Mémeteau, «De quelques droits sur l'homme : Commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales» D.1990.Chron.165 ; B. Edelman, «La recherche biomédicale dans l'économie de marché» D.1991.Chron.203 ; S. Gromb, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme, droit français, règles supranationales*, Paris, Litec, 1992.

<sup>9</sup>Cette révocabilité du consentement donné, sans que l'intéressé n'encoure jamais de responsabilité, conduit au demeurant à douter de la qualification de contrat souvent donnée à l'accord passé entre l'expérimentateur et le sujet de l'expérimentation, dans la mesure où une telle qualification est en principe réservée aux accords pourvus d'une force juridique obligatoire.

<sup>10</sup>Gascon, *supra* note 2 à la p. 28.

<sup>11</sup>Quoique ce genre de rapprochement soit toujours arbitraire, on ne peut irrésistiblement manquer d'évoquer les expériences auxquelles se sont livrés, pendant la Seconde Guerre mondiale, les médecins allemands dans les prisons ou dans les camps de concentration (sur ces pratiques, voir F. Bayle, *Croix gammée contre caducée, les expériences humaines pendant la Seconde Guerre mondiale*, Neustadt, Imprimerie nationale, 1950-54).

<sup>12</sup>C'est ce qu'un rapport du Conseil d'État français a appelé le bilan risques-avantages (France, Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Sciences de la vie : De l'éthique au droit*, 2<sup>e</sup> éd. (Notes et études documentaires n° 4855), Paris, Documentation française, 1988 à la p. 28) et qui est aujourd'hui imposé en droit français par l'art. L. 209-2 du *Code de la santé publique* :

Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain : [...] si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche.

prise d'exploitation lucrative du corps humain. Sur ce point, on acceptera avec l'auteure que l'incitation financière est certainement un mal nécessaire sans lequel il serait illusoire de recruter des sujets volontaires qui n'attendent personnellement rien de la recherche. On reconnaîtra également volontiers, à l'inverse, qu'une rétribution trop importante empiéterait sur la liberté de choix des personnes et conduirait surtout à admettre une professionnalisation dans l'essai dont les cobayes de choix seraient inévitablement les personnes les plus démunies. C'est du reste, comme le souligne alors Mme Gascon, pour éviter qu'un tel professionnalisme ne voit le jour que le droit québécois comme le droit français, tout en admettant le principe du versement d'une indemnité<sup>13</sup>, ont entendu limiter celle-ci à la compensation des contraintes subies<sup>14</sup>, la loi française prévoyant de surcroît un plafonnement de la rémunération perçue par les volontaires au cours d'une même année<sup>15</sup>. On ne peut toutefois se garder du sentiment d'une certaine hypocrisie lorsque, à propos de la qualification de cette indemnité, l'auteure estime que «[l]e terme rémunération est souvent utilisé alors que le terme compensation serait plus adéquat»<sup>16</sup>. Cette opinion participe en effet largement à ce qu'un auteur a fort justement appelé le mythe indemnitaire<sup>17</sup> et qui consiste à justifier par l'idée d'une simple compensation l'existence d'une rémunération dans des domaines qui répugnent par excellence à toute considération financière. En l'occurrence, dire qu'un individu reçoit une compensation pour les contraintes subies à l'occasion d'une expérimentation est infiniment plus respectable que d'avouer qu'une personne puisse faire commerce de son corps en l'utilisant à des fins expérimentales moyennant une rémunération. Les propositions, en pratique, sont pourtant strictement équivalentes.

4. Avec l'exemple de la gestation pour autrui, l'auteure retient une autre manifestation importante de la liberté (ou du moins de sa revendication) de la personne à disposer de son propre corps. Mme Gascon observe en effet que le contrat dit de «mère porteuse» implique la mise à disposition par une femme de ses facultés reproductrices et conduit au surplus, lors de son exécution, à disposer de l'enfant ainsi conçu<sup>18</sup>. Un pas est-il franchi par rapport à l'expérimentation sur la personne ? Il est sûr, en tout cas, qu'examinant cette pratique de plus près, dans une approche qu'elle qualifie d'éthique<sup>19</sup>, l'auteure expose davantage les craintes qu'elle lui inspire que la faveur qu'elle suscite : elle entrevoit ainsi le risque d'une dépersonnalisation de la maternité, la possibilité de troubles psychologiques et sociaux chez l'enfant et enfin le spectre bien réel d'une exploitation policée des femmes économiquement défavorisées<sup>20</sup>. Devant pareils motifs d'hostilité, reconnaissons qu'il serait vain d'arguer l'existence d'un pré-

<sup>13</sup>La loi française limite le versement de cette indemnité aux seuls volontaires sains alors que l'art. 25 C.c.Q. ne semble pas imposer cette restriction.

<sup>14</sup>Ce qui laisse au demeurant une large place à l'appréciation subjective et à l'instauration d'une véritable rémunération du sujet.

<sup>15</sup>*Code de la santé publique*, art. L. 209-15.

<sup>16</sup>Gascon, *supra* note 2 à la p. 31, n. 130.

<sup>17</sup>Baud, *supra* note 1 à la p. 209.

<sup>18</sup>*Supra* note 2 à la p. 36.

<sup>19</sup>Nous dira-t-on un jour ce qu'est l'éthique, sinon une version moderne ou modernisée de la morale ?

<sup>20</sup>Gascon, *supra* note 2 aux pp. 39-40.

tendu «droit à l'enfant»<sup>21</sup> pour justifier par cela seul le recours à cette technique de procréation. Tranchant d'ailleurs avec la franche permissivité qu'elle relevait à l'égard de l'expérimentation sur la personne, l'auteure montre que le droit québécois s'est engagé dans la voie de la condamnation pure et simple de la gestation pour autrui, depuis que l'article 541 du nouveau *Code civil du Québec* déclare nulles de nullité absolue les conventions y afférentes.

À ce point de l'analyse, on peut cependant regretter que l'auteure ne se soit pas interrogée plus avant sur les fondements de cette prohibition. En l'inscrivant seulement en faux par rapport au principe de la liberté de disposer de son corps, elle passe totalement sous silence les règles d'ordre public qui, d'un autre côté, organisent traditionnellement la protection impérative du corps humain. Or parmi elles, le principe d'indisponibilité, même s'il ne domine plus la matière, reste certainement encore l'une des techniques mises au service de la définition de ce statut d'ordre public du corps. Pour nourrir la réflexion, l'analyse comparée du droit français n'eût d'ailleurs pas été inutile : s'il condamne en effet à l'identique les conventions de mère porteuse, il fonde expressément cette solution sur le principe d'indisponibilité du corps humain. L'arrêt de principe rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991 était ouvertement en ce sens<sup>22</sup>. De même, le projet de réforme du *Code civil* français, en date du 25 mars 1992<sup>23</sup>, consacre le principe d'indisponibilité du corps<sup>24</sup> avant d'en faire application en prohibant à son tour les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui<sup>25</sup>. Cette justification, naturellement, n'est pas sans poser de question puisque l'indisponibilité du corps humain devient ainsi l'instrument d'une politique de prohibition de certaines conventions alors qu'elle a par ailleurs perdu, en dépit de la généralité apparente du principe, toute valeur contraignante s'agissant d'autres conventions comme celles relatives à

<sup>21</sup>Voir P. Raynaud, «L'enfant peut-il être l'objet de droit ?» D.1988.Chron.109.

<sup>22</sup>Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, D.1991.Jur.417 (rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin), J.C.P. 1991.II.21752 (note F. Terré), [1991] Rev. trim. dr. civ. 517 (obs. D. Huet-Weiller). Voir également dans le même sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1989, D.1990.Jur.273 (rapport J. Massip), J.C.P. 1990.II.21191 (note P. Pédrot), J.C.P. 1990.II.21526 (note A. Sériaux), Rép. Defrénois 1990.743 (note J.-L. Aubert), [1990] Rev. trim. dr. civ. 254 (obs. J. Rubellin-Devichi). *Adde* sur ces décisions : M. Gobert, «Réflexions sur les sources du droit et les 'principes' d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes» [1992] Rev. trim. dr. civ. 489 ; I. Couturier, «Remarques sur quelques choses hors du commerce» *Les Petites Affiches* (6 septembre 1993) n° 107 (1<sup>re</sup> partie), *Les Petites Affiches* (13 septembre 1993) n° 110 (suite et fin).

<sup>23</sup>Le Gouvernement français a déposé en 1992 devant le Parlement deux importants projets de loi relatifs à la bioéthique, l'un relatif au corps humain et modifiant le *Code civil* (Doc. Ass. nat. 1991/92, n° 2599, 25 mars 1992) [ci-après *Code civil* en projet], l'autre 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* (Doc. Ass. nat. 1991/92, n° 2600, 25 mars 1992) [ci-après *Code de la santé publique* en projet]. Adoptés en première lecture par l'Assemblée nationale le 21 novembre 1992, leur discussion avait été interrompue par le changement de législature, mais elle vient de reprendre devant le Sénat, le 13 janvier 1994, sans grands changements sur les points essentiels. Voir pour une présentation de ces textes, Cornu, *supra* note 1 aux pp. 175-78 ; C. Neirinck, «Commentaire des projets de loi relatifs à l'éthique bio-médicale» *Les Petites Affiches* (22 juin 1992) n° 75.

<sup>24</sup>*Code civil* en projet, *ibid.*, art. 17, al. 2 : «La loi garantit l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain aux fins d'assurer la dignité de la personne».

<sup>25</sup>*Code civil* en projet, *ibid.*, art. 23.

l'expérimentation. Aussi bien, il eut été intéressant d'entamer la discussion au regard du droit québécois dont les solutions se recommandent également de la liberté de disposer de son corps mais manifestent, d'autres fois, une résurgence de l'assujettissement du corps à des principes d'ordre public classiques.

Un important passage sur les implications de la nullité du contrat de mère porteuse fait ressortir, en revanche, toute l'ambivalence de la solution d'autorité. Si cette nullité sanctionne en effet le respect d'une certaine conception de l'ordre public, l'auteure montre cependant combien sa mise en œuvre peut avoir d'effets pervers : il y a ainsi le risque que, la pratique subsistant, la mère porteuse monnaie la remise de l'enfant à laquelle elle ne peut être contrainte, et que celui-ci devienne ainsi l'objet de surenchères scabreuses ; il y a aussi le danger que le couple demandeur argue de la nullité du contrat pour laisser à la mère porteuse un enfant dont celle-ci ne veut pas. Au total, comme le fait observer l'auteure, «[l]e grand perdant dans toute cette aventure risque fort d'être l'enfant [...]»<sup>26</sup>. Le souci de tenir compte de la réalité pratique au-delà de la sanction symbolique transparait d'ailleurs dans certaines décisions de tribunaux français qui, saisis d'une demande d'adoption d'un enfant conçu en exécution d'une convention de mère porteuse, ont considéré qu'ils n'avaient pas à tenir compte de l'illicéité de celle-ci pour prononcer celle-là dans l'intérêt de l'enfant<sup>27</sup> ; ce qui revient, au bout du compte, à admettre l'efficacité juridique de la convention<sup>28</sup>.

5. Le principe de la liberté de disposer de son corps est également envisagé dans son application aux composantes du corps. L'étude est particulièrement heureuse, mais l'entreprise complexe lorsque l'on connaît l'ampleur du phénomène de «balkanisation» du corps humain. Choissant de suivre la distinction opérée par le *Code civil du Bas-Canada*, l'auteure oppose ici l'aliénation de parties du corps non susceptibles de régénération et la disposition de celles qui se reconstituent, avant d'aborder le régime plus particulier des résidus du corps.

La première catégorie d'actes, montre Mme Gascon, obéit à trois règles fondamentales. Premièrement, le principe de l'inviolabilité du corps humain conduit à exiger le consentement préalable, libre, éclairé et en tout temps révoquable, du donneur. Ensuite, la protection impérative du corps, limitant la liberté de chacun d'en disposer, postule au nom de l'ordre public une proportionnalité entre les risques et les bienfaits. Du point de vue des risques, la protection se manifeste ainsi par l'interdiction du prélèvement de tout organe indispensable à la survie du donneur. Du point de vue du bienfait, qui ne peut être que psychologique pour le donneur<sup>29</sup>, elle amène le plus souvent à renfermer le don d'organe entre proches parents<sup>30</sup>. Par un curieux détour de la notion de bienfait,

<sup>26</sup>Gascon, *supra* note 2 à la p. 43.

<sup>27</sup>Voir par ex. Pau, 19 février 1991, D.1992.Somm.59 (obs. F. Dekeuwer-Defossez) ; Poitiers, 22 janvier 1992, D.1993.Somm.119 (obs. J. Vassaux-Vanovershelde).

<sup>28</sup>La Cour de cassation, dans son arrêt de principe du 31 mai 1991 (*supra* note 22), avait pourtant clairement jugé au contraire que l'indivisibilité entre l'adoption et la convention qui l'a précédée entraînait un détournement de l'institution de l'adoption et en interdisait le prononcé.

<sup>29</sup>Gascon, *supra* note 2 à la p. 53.

<sup>30</sup>L'auteure observe ainsi (*ibid.* à la p. 52) que «[l]es dons entre vifs d'organes non régénérables sont, la plupart du temps, limités aux personnes liées génétiquement». En France, le projet de

l'échange entre vifs d'un organe du corps devient ainsi un privilège du sang ! Enfin, troisième règle essentielle, le droit impose en tous les cas la gratuité de l'acte<sup>31</sup>. Au-delà du corps, l'ordre public protège ici la dignité de la personne qui répugne au commerce d'organes humains.

S'agissant de l'aliénation entre vifs d'une partie du corps susceptible de régénération, ce qui vise essentiellement les dons de sang, de sperme, de moelle osseuse, de lait et de cheveux<sup>32</sup>, les contraintes liées à la protection impérative du corps sont sans doute moins manifestes car, comme le note Mme Gascon, le prélèvement se fait alors sans atteinte à la conservation de la personne<sup>33</sup>. La question cruciale est surtout ici celle de la gratuité ou de la rétribution de l'acte. L'auteure observe à ce sujet qu'alors que ce type d'aliénation faisait jusqu'à présent exception au principe de la gratuité, le nouveau *Code civil du Québec* a modifié cette solution en imposant, de manière générale, la gratuité de toute aliénation portant sur une partie ou des produits du corps humain. Le droit français s'est également engagé dans cette voie. Ainsi, pour le sang, la *Loi du 4 janvier 1993*<sup>34</sup> réaffirme avec énergie le principe de gratuité, sous la menace de sanctions pénales<sup>35</sup>. La *Loi du 31 décembre 1991*<sup>36</sup> en avait fait de même s'agissant du sperme. De façon plus générale, le projet de réforme du *Code civil* français prévoit frapper de nullité les conventions à titre onéreux portant sur les produits du corps, sauf si la loi ou l'usage en décide autrement<sup>37</sup>. On le voit, après une pétition de principe, le droit réserve donc toujours des «exceptions d'usage» qui, comme le souligne Mme Gascon, concernent surtout en pratique les ventes de cheveux ou de lait. Allant plus loin, on ne peut manquer de constater qu'il s'établit une sorte de hiérarchie parmi les produits du corps humain. D'un côté, il y aurait ceux qui ont un caractère presque sacré et qui, même détachés du corps, conservent trop de son humanité pour être de simples marchandises : le sang, le sperme n'ont ainsi pas de prix, du moins pour le donneur. De l'autre, on trouverait tous les produits humains qui n'entrent pas dans la représentation que l'on se fait de la sacralité corporelle et dont la vénalité est en conséquence parfaitement admise. Au critère physiologico-économique de ce qui est plus ou

---

réforme du *Code de la santé publique* prévoit d'entériner cette restriction et de n'admettre le don d'organe entre vifs qu'en faveur d'un père, d'une mère, d'un fils, d'une fille, d'un frère ou d'une sœur (*Code de la santé publique* en projet, *supra* note 23, art. L. 667-3).

<sup>31</sup>La gratuité de l'acte doit être entendue au sens large, comme l'interdiction de toute compensation à l'aliénation d'une partie du corps. À une époque de récession économique, certaines personnes n'hésitent pas, en effet, aujourd'hui à «offrir» un organe non pas moyennant une rétribution pécuniaire directe, mais en échange de la fourniture d'un emploi (voir l'exemple rapporté en France par le quotidien *Libération* : «Une toulousaine au RMI propose un rein contre un emploi» *Libération* (25 octobre 1993) 25.

<sup>32</sup>Gascon, *supra* note 2 à la p. 56.

<sup>33</sup>*Ibid.*

<sup>34</sup>*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.

<sup>35</sup>*Code de la santé publique*, art. L. 666-3, al. 2 (nouveau) : «Aucune rémunération ne peut être allouée au donneur, sans préjudice du remboursement des frais exposés, dans des conditions fixées par décret».

<sup>36</sup>*Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social*, J.O., 4 janvier 1992, 178, J.C.P. 1992.III.65301, art. 13(III).

<sup>37</sup>*Code civil* en projet, *supra* note 23, art. 21. Voir Cornu, *supra* note 1 aux pp. 173, 177.



moins régénérable s'ajouterait donc ainsi un critère psychologique tiré de la valeur d'humanité associée au produit du corps et qui permet de définir ce qui, en quelque sorte, est digne de ne pas être vénal<sup>38</sup>.

L'observation pourrait d'ailleurs être prolongée en ce qui concerne les résidus du corps humain que l'auteure envisage en dernière analyse. Est-il digne de vendre du placenta, de l'urine ou bien encore des déchets opératoires ? Et si ces éléments ne recèlent en eux-mêmes aucune valeur, l'individu ne doit-il pas néanmoins profiter des bénéfiques économiques que leur exploitation médicale ou le fruit des recherches dont ils sont l'objet sont susceptibles de générer ? La célèbre affaire *Moore*<sup>39</sup> est naturellement évoquée par l'auteure. Mais Mme Gascon pose surtout ici le problème de l'appropriation de ces résidus pour leur retraitement industriel ou leur emploi à des fins de recherche. La question se pose en effet de savoir si l'on doit présumer l'abandon par la personne des produits de son corps, recueillis à l'occasion d'une intervention chirurgicale ou d'un prélèvement aux fins de diagnostique, ou si le consentement exprès du sujet à leur utilisation est nécessaire<sup>40</sup>. À ce sujet, Mme Gascon relève que le nouveau *Code civil du Québec* a tranché en faveur du consentement exprès du patient. Il est cependant permis de regretter qu'elle s'en tienne là et ne s'interroge pas sur la portée de cette exigence. En effet, si la nécessité du consentement de la personne pour le prélèvement de ces produits répond incontestablement à l'application du principe de l'inviolabilité du corps humain, une autre chose est d'exiger, en outre, le consentement du patient à leur utilisation puisqu'il s'agit alors de reconnaître un droit du sujet sur les éléments détachés de son corps. Ces éléments, de toute évidence, ne sont plus la personne elle-même ni même des «morceaux» de personne<sup>41</sup>, mais ressortissent radicalement au domaine des choses. Aussi, on peut considérer qu'en exigeant le consentement de la personne à toute utilisation de produits prélevés en son corps, le droit vient par là même de l'existence d'un droit de propriété du sujet sur ces «choses d'origines humaines»<sup>42</sup>. L'affirmation de ce droit, à notre avis, ne préjuge au demeurant en rien de la reconnaissance que certains prônent plus radicalement d'un droit de propriété de l'individu sur le corps lui-même<sup>43</sup>. De même, elle ne nous semble pas incompatible avec les considérations d'ordre public qui peuvent conduire à imposer la non vénalité, pour le sujet, des éléments détachés de son corps.

6. Pour clore la discussion sur les différentes manifestations de la liberté de la personne de disposer de son corps, l'auteure examine en dernier lieu la

<sup>38</sup>Voir Baud, *supra* note 1 à la p. 203 et s.

<sup>39</sup>*Moore c. Regents of the University of California*, 793 P.2d 479 (Sup. Ct. 1990), infirmant en partie 249 Cal. Rptr. 494 (Ct. App. 1988).

<sup>40</sup>La solution est incertaine en droit français. Voir sur la question, Labbé, *supra* note 3 à la p. 272 et s. ; Couturier, *supra* note 22 à la p. 9.

<sup>41</sup>Selon la lumineuse formule d'un auteur, nul doute que si l'on coupe un individu en deux on n'obtient pas deux sujets de droit (Labbé, *ibid.* à la p. 275).

<sup>42</sup>Voir déjà en ce sens, Labbé (*ibid.* à la p. 272) qui estime que «l'homme est propriétaire des produits de son corps, lorsque ceux-ci sont séparés du corps humain».

<sup>43</sup>En faveur de cette reconnaissance, voir notamment Baud, *supra* note 1 ; B. Lemennicier, «Le corps humain : Propriété de l'État ou propriété de soi ?» (1991) 13 Rev. fr. théorie jur. 111.

question de l'utilisation des tissus fœtaux. On puisera dans son ouvrage de précieux enseignements sur les intérêts scientifiques et thérapeutiques d'une telle utilisation, notamment pour le traitement d'affections congénitales ou dégénératives. D'un point de vue polémique, l'auteure situe cependant surtout le débat sur la question de la provenance des fœtus, ce qui renvoie à la problématique plus large de l'interruption de grossesse. S'agissant en effet de fœtus provenant d'un avortement involontaire, Mme Gascon n'émet aucune réserve sur l'utilisation de leurs tissus : il suffit de faire application des dispositions légales imposant de recueillir le consentement de l'intéressée avant d'utiliser, à des fins de recherches, les tissus prélevés dans le cadre de l'intervention médicale<sup>44</sup>. Lorsque le fœtus provient en revanche d'un avortement volontaire, l'auteure estime que la pratique ne serait plus à l'abri de certaines dérives. Parmi les craintes évoquées, elle insiste en particulier sur le risque que la destination utilitaire des tissus fœtaux n'en vienne à influencer la décision d'une femme de se faire avorter ou pis, la détermine à concevoir dans le seul but d'avorter et de céder les tissus fœtaux. Dans une approche purement manichéenne, l'utilité des tissus fœtaux inciterait ainsi à leur production volontaire par la personne, faisant de la conception, paradoxe suprême, un mode de production du non-vivant. Faut-il dès lors condamner radicalement l'utilisation des tissus fœtaux lorsqu'ils sont obtenus à la suite d'une interruption volontaire de grossesse ? Étonnamment, l'auteure ne prend pas parti et se contente d'envisager les conditions auxquelles cette utilisation devrait en tout cas être subordonnée. À ce titre, elle pose en principe l'exigence du consentement de la mère, et de la mère seule, dans la mesure, dit-elle, où « puisque le consentement du père n'est pas nécessaire pour procéder à l'avortement, on ne saurait lui reconnaître un droit de veto quant à l'utilisation des tissus fœtaux »<sup>45</sup>. Elle estime par ailleurs que cette décision de la mère devrait être nettement dissociée, lors de sa sollicitation, de celle d'avorter. De manière générale, elle recommande d'ailleurs de dissocier complètement les deux opérations afin, notamment, que la technique d'avortement utilisée ou le moment pour y procéder ne soient nullement influencés par l'intérêt de préserver au mieux la qualité des tissus fœtaux. Ces propositions, à la vérité, nous semblent raisonnables<sup>46</sup>.

Il n'en demeure pas moins que, dans l'ensemble, l'analyse de l'auteure témoigne d'un parti pris sur le statut du fœtus avorté. Ne serait-ce que parce qu'elle situe d'emblée la question au sein des manifestations de la disposition

<sup>44</sup>*Supra* note 2 à la p. 72.

<sup>45</sup>*Ibid.* aux pp. 77-78.

<sup>46</sup>Notons qu'en droit français, la plus totale incertitude règne sur cette question de l'utilisation des tissus fœtaux à des fins thérapeutiques ou scientifiques. Plusieurs avis ont été rendus à ce sujet par le Comité consultatif national d'éthique d'où il ressort qu'une telle utilisation peut être légitime mais à des conditions très strictes. En particulier, dans son avis sur les prélèvements de tissus d'embryons ou de fœtus humains morts à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, du 22 mai 1984, le Comité a préconisé d'interdire le maintien artificiel de la vie de l'embryon ou du fœtus en vue de la recherche ou de prélèvements à des fins thérapeutiques. Voir sur cet avis, G. Mémeteau, «Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique» J.C.P. 1985.I.3191. Voir plus généralement sur la question, Labbé, *supra* note 3 à la p. 281 et s. ; G. Mémeteau, «L'expérimentation sur les fœtus» [1983] Rev. dr. pén. et crim. 519 ; C. Jacquinet, «Projet de loi sur l'utilisation des fœtus humains» Gaz. Pal. 1<sup>er</sup> sem. 1983.Doctr.140 ; G. Mémeteau, «Le prélèvement à fins thérapeutiques sur le fœtus *de lege ferenda*» Gaz. Pal. 2<sup>e</sup> sem. 1983.Doctr.322.

de son propre corps par la personne, Mme Gascon considère par là même, *a priori*, que le fœtus est une fraction du corps de la femme, ce qu'un auteur, également favorable à cette conception, a appelé une *pars mulieris*<sup>47</sup>. En cela, il était certes logique de considérer que la femme a seule pouvoir de disposer du corps du fœtus comme elle a seule le pouvoir de disposer de son propre corps<sup>48</sup>. Mais la discussion restait néanmoins ouverte, car l'on a pu considérer, à l'inverse, que si le fœtus n'est pas une personne au sens juridique du terme<sup>49</sup>, c'est cependant déjà autrui<sup>50</sup>. Expulsé du corps de la mère, il ne serait donc pas un élément détaché de celui-ci mais un cadavre. Dans cette perspective, on pourrait alors envisager, par assimilation aux règles gouvernant les prélèvements sur le cadavre d'un incapable<sup>51</sup>, que le consentement de l'un ou l'autre des deux auteurs, et non nécessairement de la mère, soit exigé<sup>52</sup>. À tout le moins, il eût été intéressant de dévoiler cet aspect du problème.

7. Changeant son analyse d'orientation, Mme Gascon consacre, dans la seconde partie de son ouvrage, une attention méritée aux actes de disposition qui portent non plus sur le corps de la personne qui prend la décision d'y procéder, mais sur le corps de celui ou de celle qui est précisément inapte à prendre cette décision. On perçoit bien immédiatement l'importance du problème et la circonspection qu'il faut pour en débattre. Une chose est en effet de disposer de son propre corps, une autre, autrement plus grave, de prétendre disposer à sa place du corps d'autrui, surtout s'agissant d'actes dont il ne retirera personnellement aucun bénéfice. N'y a-t'il pas alors, en perspective, la question de l'existence d'un droit sur le corps d'autrui, qui est sans doute l'une des questions les plus intolérables qui soit ?

Préférant s'en tenir aux principes, l'auteure constate qu'ils s'inscrivent dans deux directions. D'un côté, elle note que le droit positif estime légitime de consentir pour autrui à un acte portant atteinte à son intégrité physique à des fins non thérapeutiques. Elle montre qu'une place particulière est faite, à cet effet, à l'autorité du représentant légal, à qui revient de droit le pouvoir de disposer du corps de l'incapable ; mais elle insiste également sur l'existence en droit québécois d'un contrôle judiciaire ou administratif<sup>53</sup>. Quant à la mise en œuvre de ce pouvoir considérable, elle relève que, dans leur tâche, le représentant légal

<sup>47</sup>Voir également en faveur de cette analyse, Labbé, *ibid.* à la p. 256.

<sup>48</sup>Voir également en ce sens, *ibid.* à la p. 257.

<sup>49</sup>La discussion du statut du fœtus et de l'embryon donne lieu en France à une littérature abondante. Voir notamment G. Raymond, «Le statut juridique de l'embryon humain» *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> sem. 1993.Doctr.524 ; P. Pédro, «Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé» *J.C.P.* 1991.I.3483 ; P. Kayser, «Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée» *D.*1989.Chron.193 ; R. Théry, «La condition juridique de l'embryon et du fœtus» *D.*1982.Chron.232.

<sup>50</sup>Voir en ce sens, Cornu, *supra* note 1 à la p. 179 ; R.L. Andorno, «Procréation artificielle, personne et chose» [1992] *Rev. rech. jur., dr. prosp.* 13 à la p. 16.

<sup>51</sup>Art. 43, 44 C.c.Q.

<sup>52</sup>Le Comité consultatif national d'éthique français, dans son avis du 22 mai 1984, a d'ailleurs préconisé que «les prélèvements de tissus embryonnaires [puissent] être interdits par le père ou la mère, qui disposent de la faculté de s'y opposer» (voir Méméteau, «Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique», *supra* note 46, annexe).

<sup>53</sup>L'autorisation du tribunal, en sus de celle du représentant légal, est ainsi exigée pour les aliénations entre vifs d'une partie du corps de la personne protégée. Elle a en revanche été supprimée

et, le cas échéant, le tribunal doivent tenir compte de l'intérêt de la personne protégée, directive dont on mesurera le cynisme lorsqu'il s'agit précisément d'actes sans bénéfice thérapeutique pour l'incapable.

D'un autre côté, l'accent est mis sur les limites qu'il est indispensable d'établir pour garantir, s'il peut encore en être question, la protection de la personne. À cette occasion, Mme Gascon souligne l'importance de la prise en considération de la volonté de l'incapable chaque fois qu'il est habile à l'exprimer, tout en manifestant cependant son regret que les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* soient sur ce point nettement en retrait par rapport à celles du *Code civil du Bas-Canada*. Selon les nouveaux textes en effet, la capacité de discernement de l'incapable n'est plus une condition pour procéder à un prélèvement ou à une expérimentation sur son corps, mais seulement un état l'autorisant à s'opposer à un tel acte<sup>54</sup>. La voie est donc très largement ouverte à des prélèvements ou des expérimentations sur le corps d'un enfant en bas âge ou d'un majeur dont l'altération des facultés est telle qu'il n'est pas en mesure de comprendre la nature et les effets de l'intervention. Reste, il est vrai, une autre condition garantissant un minimum de protection de l'incapable : l'absence de risque sérieux pour celui-ci<sup>55</sup>, dont on appréciera cependant la souplesse d'interprétation qu'elle autorise.

Que ressort-il de tout cela ? Davantage l'impression que le droit cède irrésistiblement, plus encore ici qu'ailleurs, aux exigences de la recherche et aux nécessités de la médecine. Ce qui, en effet, peut être acceptable lorsque la personne assume en propre la décision de disposer de son corps au profit d'autrui ou de la science l'est beaucoup moins lorsque la décision est prise pour elle. Sans doute l'intérêt de la science ou de malades est-il digne de considération ; mais l'est-il réellement au point de sacrifier l'intérêt d'une personne qui est précisément inapte à le défendre ? Le corps est autre chose qu'un amas de cellules, et garde le droit de ne servir que la «médicocratie». Avec ce que cette solution a d'excessive, nous serions donc d'avis de condamner tout acte de disposition à des fins non thérapeutiques portant sur le corps d'un être inapte à y consentir personnellement. La proposition de l'auteure<sup>56</sup> d'un contrôle de ces actes par un tiers indépendant nous paraît en revanche insuffisante, d'autant qu'il resterait à désigner ce «tiers indépendant». Au reste, nous ne pouvons ainsi qu'applaudir à l'orientation du nouveau *Code civil du Québec* lorsqu'il exclut implicitement l'aliénation d'une partie du corps de l'incapable non susceptible de régénération, comme à celle du projet de réforme du *Code de la santé publique* français, interdisant tout prélèvement d'organe sur un majeur protégé et sur un mineur— à l'exclusion il est vrai, pour ce dernier, du prélèvement de moelle osseuse au bénéfice d'un frère ou d'une sœur<sup>57</sup>. Mais l'admission, tant en droit québécois

---

par le nouveau *Code civil du Québec* en ce qui concerne l'expérimentation non thérapeutique, qui est seulement soumise à un contrôle administratif (Gascon, *supra* note 2 aux pp. 86-87).

<sup>54</sup>*Ibid.* aux pp. 90-91.

<sup>55</sup>Cette condition a été expressément posée en droit français par la *Loi du 20 décembre 1988* (*supra* note 8), s'agissant des recherches effectuées sur des mineurs ou des majeurs protégés (*Code de la santé publique*, art. L. 209-6).

<sup>56</sup>Gascon, *supra* note 2 à la p. 95.

<sup>57</sup>*Code de la santé publique* en projet, *supra* note 23, art. 667-4, 667-5.

qu'en droit français, des expérimentations sur les incapables montre qu'il reste encore beaucoup à faire.

8. Dans un dernier chapitre, Mme Gascon soulève le problème spécifique de l'utilisation des organes et des tissus prélevés sur les nouveau-nés anencéphales. On sait l'actualité de la question en Amérique du nord et on ne peut que s'étonner du peu d'écho qu'elle connaît en France<sup>58</sup>.

L'auteure introduit son étude par un compte rendu très complet sur le diagnostic de l'anencéphalie et l'utilité aux fins de transplantation des organes des enfants qui sont victimes de cette malformation, exposé auquel il ne peut être que conseillé de se référer pour aborder cette délicate question<sup>59</sup>. On regrettera seulement l'aspect purement clinique qui prend souvent le pas dans l'analyse, par exemple lorsqu'il est observé que les anencéphales peuvent devenir «une source d'organes intéressante»<sup>60</sup>. Ce jugement montre à la vérité pleinement le risque de dérapage du discours médical, souvent tenté de voir dans le corps humain moins le substrat de la personne qu'un bien utilitaire. Mme Gascon, d'ailleurs, n'en est pas dupe puisqu'elle relève plus loin que la principale préoccupation éthique porte justement sur l'utilisation des anencéphales comme un simple moyen d'arriver à des fins<sup>61</sup>. Le danger d'une dérive est au reste bien réel lorsque l'auteure montre comment, à partir du constat clinique de la détérioration rapide des organes de l'enfant, certains médecins en sont venus aujourd'hui à prôner leur prélèvement sur l'anencéphale le plus tôt possible après la naissance, sans égard à la déclaration de mort cérébrale. Pour asseoir cette position, ils n'hésitent pas précisément à déshumaniser l'anencéphale au «profit» de sa seule corporalité/matérialité, soit en lui déniaient purement et simplement le statut de personne humaine, soit en proposant la création d'une catégorie spéciale de donneurs, appelée *brain-absent*, dont les implications médicales et légales seraient les mêmes que pour les patients déclarés en état de mort cérébrale<sup>62</sup>. On ne dira jamais assez combien un tel discours est dangereux car, sous les auspices de motifs très respectables, il fait poindre la prétention inacceptable de définir l'être vivant en considération de besoins scientifiques et médicaux. On ne peut donc que s'associer à la critique de Mme Gascon, quoiqu'on eût aimé qu'elle fût plus nette et plus sévère. Mais cela ne doit pas signifier, à l'inverse, qu'il faille condamner tout prélèvement effectué sur un enfant anencéphale. Cette solution radicale serait en effet manifestement excessive car, comme le souligne l'auteure, rien n'empêche de procéder au prélèvement des organes après le diagnostic de mort cérébrale.

9. Si l'on voulait se permettre une appréciation d'ensemble de l'ouvrage de Mme Suzanne Gascon, nul doute qu'il faille en reconnaître le sérieux et l'importance des enseignements que le lecteur en retirera. Il présente sans conteste une étude fouillée des principales questions que suscite, dans le droit contem-

---

<sup>58</sup>À notre connaissance, aucun auteur français ne s'est à ce jour penché sur le problème spécifique dont les implications, tant morales que juridiques, sont pourtant considérables.

<sup>59</sup>Gascon, *supra* note 2 aux pp. 99-108.

<sup>60</sup>*Ibid.* à la p. 108.

<sup>61</sup>*Ibid.* à la p. 115.

<sup>62</sup>*Ibid.* aux pp. 109-12.

porain, la disposition du corps de personne humaine et met clairement en relief les lignes directrices qui sont progressivement élaborées sur le sujet. En ce sens, il invite— pour le meilleur comme pour le pire— à reconsidérer les règles juridiques qui gouvernaient classiquement le corps humain et à réfléchir sur les nouvelles orientations qui se dessinent. Ainsi par exemple, comme l'auteure le reconnaît en conclusion, il ne paraît plus possible de dire aujourd'hui que le corps humain est en dehors du commerce juridique : l'affirmation de la liberté de la personne à disposer de son corps a nettement pris le pas sur l'indisponibilité de celui-ci, quoique nous ayons vu que la règle d'indisponibilité n'en reste pas moins une technique parmi d'autres pour brider la liberté du sujet dans ce qu'elle aurait d'excessive au regard d'une certaine conception de l'ordre public. De même, la balkanisation du corps et l'utilisation croissante des éléments qui en sont détachés imposent de débattre du statut de ces choses qui ne sont plus vraiment la personne, mais qu'une réticence légitime répugne encore à assimiler complètement à des biens. Pour le moment, le droit s'en est principalement tenu à imposer leur non-vénalité pour le sujet, tout en ne s'offusquant pas, de manière paradoxale, de leur mise dans le marché et de leur commercialisation une fois «traitées». Enfin, on sera reconnaissant à l'auteure d'avoir consacré de précieux développements au pouvoir de disposer du corps d'autrui qui pose, à notre avis, le problème essentiel du sacrifice de l'intérêt d'une personne à celui d'un tiers ou de la collectivité, et par là même, de la légitimité du droit d'en décider à sa place.

Au-delà de cet apport et de l'important travail qui le sous-tend, il faut cependant reconnaître que l'ouvrage de Mme Gascon n'a la richesse que des opinions qu'il relate. Trop descriptif, il manque incontestablement aux propos de l'auteure ces prises de position ou ces propositions qui donneraient à son étude l'étoffe d'un ouvrage de réflexion. Dans un souci louable de précision, Mme Gascon a exposé les solutions du droit positif lorsqu'il en existait ; mais par un excès de tempérance, elle ne s'est pas résolue à prendre elle-même parti lorsqu'un débat était ouvert. Dans cette perspective, on peut en outre regretter l'importance accordée aux considérations des scientifiques au détriment d'une réflexion attendue sur les règles juridiques à établir. Il est vrai que, pour Mme Gascon, «[l']encadrement juridique des actes de disposition du corps humain ne doit pas étouffer l'évolution de la science médicale [...]»<sup>63</sup>. Mais qu'il nous soit cependant permis de considérer qu'il faut absolument abandonner cette idée, d'ailleurs largement répandue, selon laquelle les élaborations des juristes menaceraient les progrès de la médecine et des biotechnologies. C'est au contraire dans un cadre juridique certain qu'ils pourront s'accomplir le plus sereinement. Et si au bout du compte, dans une approche purement utilitariste, certains ne voient que peu d'inconvénients à ce qu'un individu puisse vendre son corps, n'est-il pas raisonnable de penser qu'il appartient ultimement au droit de protéger la dignité de la personne contre une corrosion qui la rapproche chaque fois un peu plus du monde des choses ?

---

<sup>63</sup>*Ibid.* à la p. 124.