
McGILL LAW JOURNAL
REVUE DE DROIT DE MCGILL
Montréal
Volume 37 1992 No 4

Le rôle de la volonté dans le régime de protection
de la personne et de son corps

Grégoire Loiseau*

Le principe d'indisponibilité de la personne humaine et de son corps tranche bien souvent, par la présentation dogmatique que l'on en fait encore, avec les solutions contemporaines du droit qui aménagent au contraire une place croissante à la volonté privée dans toutes sortes d'atteintes à l'intégrité physique du sujet. Des prélèvements d'organes à l'expérimentation, le champ de ces atteintes conventionnelles, naguère condamnées, n'a en effet eu de cesse de s'étendre au détriment de la règle classique d'indisponibilité. Aurait-elle donc vécu ? Ou a-t-elle seulement déjà existé, lorsque l'on sait que certains actes consentis, comme l'acte médical, ont de tout temps été reconnus valables ?

C'est ce que l'auteur se propose d'analyser en confrontant à ce sujet les solutions du droit français et celles du droit québécois. Dans un premier temps, il entreprend de dégager le sens exact du principe d'indisponibilité en soulignant ses limites intrinsèques ; il montre ainsi qu'il n'exclut pas toute manifestation de la volonté du sujet, mais que celle-ci n'a jamais qu'un rôle secondaire, subordonné à la préservation des valeurs que le principe véhicule. À partir de là, l'auteur aborde la « nouvelle génération » d'atteintes à l'intégrité de la personne, celles qui étaient autrefois condamnées par le droit et qui sont aujourd'hui légitimées justement contre le principe d'indisponibilité. Au nombre de ces atteintes, il examine plus particulièrement celles opérées en faveur d'autrui, comme les prélèvements d'organes ou l'expérimentation, ainsi que la question de la cessation d'un traitement médical vital, qu'il aborde à la lumière de la décision québécoise dans l'affaire *Nancy B.* Reconnaissant alors que ces diverses solutions condamnent la vision classique de l'indisponibilité de la personne humaine, l'auteur conclut sur une nouvelle approche de sa protection, plus respectueuse de sa volonté sans pour autant lui être totalement livrée.

It is often dogmatically argued that acts of volition purporting to make the human body an object of commerce or to authorize infringements upon one's physical integrity are devoid of all legal effect. However, this position, based on the classical paradigm that the human subject cannot dispose of his or her body, is being continuously eroded by the development of contemporary legal norms which accord increasing importance to the will of the subject in legitimating infringements upon physical integrity. Has the classical paradigm served its term? Or was it ever true given that certain acts, for example medical treatment, have always been recognized as valid when consented to by the patient?

The author analyses the evolution of the law's approach to protection of the person by contrasting the legal solutions provided by French and Quebec law. First, the author considers the exact meaning of the classical paradigm and the limiting principles inherent to it. He shows that the classical paradigm does not preclude the subject from exercising his or her will but simply gives it a secondary role, subordinate to the values expressed by the principle. The author then examines the "new generation" of infringements, those which would have been condemned by the classical paradigm but are now legitimated by virtue of the subject's volition. More particularly, the author examines infringements in favour of third parties, for example organ transplants and experimentation, as well as the interruption of medical treatment, which he considers in light of the recent decision in the *Nancy B.* case. Concluding that these modern solutions marginalize the classical paradigm, the author suggests a new approach to protecting the person, respectful of the will of the subject but mindful of circumscribing its exercise.

* Boulton Visiting Research Professor à la Faculté de droit de l'Université McGill. Ce texte est à jour au 1er juin 1992.

Sommaire

Introduction

- I. **La volonté silencieuse : le sens exact du principe d'indisponibilité de la personne**
 - A. *Le statut de protection de la personne et de son corps*
 1. Une conception morale de la personne humaine
 2. Des droits de la personne aux droits du corps
 - B. *La place mineure de la volonté*
 1. Le consentement aux atteintes *naturellement* légitimes
 2. Le consentement aux atteintes *naturellement* illicites

- II. **La volonté maîtresse : le renouvellement du dogme de l'indisponibilité de la personne**
 - A. *Le rôle majeur de la volonté*
 1. La volonté « pour autrui »
 2. La volonté « contre soi »
 - B. *La recomposition du statut de protection de la personne et de son corps*
 1. L'autonomie de la volonté
 2. Le dernier rempart : le respect de la dignité humaine

* * *

Introduction

L'observation du droit et de ses règles laisse parfois le juriste dans une singulière perplexité.

Notre point de départ est en effet une conception classique, encore communément partagée en doctrine, selon laquelle la personne humaine est indisponible et son corps hors du commerce juridique, toutes formules que l'on retrouve traditionnellement sous la plume de nombreux civilistes. Énoncé il y a peu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française¹, ce principe a souvent pris l'allure d'un dogme « que l'on va répétant avec la tranquille assurance que confère l'auréole de la tradition »² et paraît d'ailleurs si bien corres-

¹En l'occurrence, le principe d'indisponibilité du corps humain a été formulé à l'occasion de la condamnation, par la Cour de cassation, des conventions dites de « mère porteuse » : Ass. plén., 31 mai 1991, D.1991.Jur.417 (rapport Y. Chartier et note D. Thouvenin). Pour une première affirmation du principe dans le même domaine, voir Cass. civ. 1re, 13 décembre 1989, D.1990.Jur.273 (rapport J. Massip).

²R. Perrot, « Préface » dans E. Michelet, *La règle du non cumul du possesseur et du pétitoire*, Paris, L.G.D.J., 1973 à la p. xi.

pondre aux conceptions profondes de notre droit que rares sont ceux qui se hasardent à le critiquer ou le remettre en cause. Or, portée à toutes ses conséquences en présence d'atteintes à l'inviolabilité de la personne, l'indisponibilité du corps humain commande non seulement que l'individu ne puisse transférer des parties ou produits de son corps, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, mais qu'il ne puisse plus valablement disposer ou renoncer aux droits qu'inspire sa protection, en autorisant justement l'acte qui lui porterait atteinte³. Autrement dit, la volonté humaine n'a de prise ni sur le corps, substrat de la personne, ni sur les droits dont il peut être l'objet, et se trouve en ce sens normalement évincée de son régime de protection. C'est, oserions-nous avancer, la « valeur absolue » du dogme de l'indisponibilité de la personne humaine.

En poursuivant l'observation, on constate toutefois que l'accord qui se fait sur ce dogme se défait rapidement à l'épreuve de la réalité pratique et juridique. En effet, si nul ne conteste que l'individu ne peut se vendre, en tout ou en partie, il n'est en revanche personne pour soutenir sans distinction l'illicéité des conventions portant sur le corps humain lorsqu'elles mettent en jeu l'intégrité physique du sujet. Le consentement à l'acte médical ou le don d'organe, par exemple, quoiqu'impliquant des atteintes à la personne, sont certainement des accords valables et le premier au moins l'a même toujours été. Voilà en somme la « valeur relative » du principe d'indisponibilité.

Finalement, on ne peut nier qu'il existe un certain flottement autour de la valeur réelle à reconnaître à la règle d'indisponibilité et subséquentement au rôle de la volonté privée. Mais il est non moins vrai que cette incertitude se nourrit en partie de l'analyse indifférenciée que l'on fait généralement des actes attentatoires qui s'autorisent de la volonté du sujet. En effet, il est permis de penser qu'entre l'absolu théorique et les divers degrés pratiques du relatif, le passage de l'un aux autres n'est pas seulement le fait d'exceptions apportées au principe mais procède également en partie des limites intrinsèques au principe. Autrement dit, parmi toutes les solutions consacrées par le droit, il en est où la volonté est admise en marge du principe d'indisponibilité et d'autres à l'encontre de ce même principe.

Dans ces conditions, pour bien comprendre le rôle susceptible de revenir à la volonté individuelle dans le cadre d'atteintes portées à la personne humaine, il nous semble nécessaire de procéder en deux approches distinctes. Avant tout, il importe de rétablir le sens exact de la règle d'indisponibilité, celui d'un principe non absolu qui n'exclut pas toute manifestation de volonté mais ne lui laisse qu'une place mineure. De cette manière, on comprend plus aisément les solutions traditionnelles défendues par la doctrine ou consacrées par la jurisprudence, qui tantôt déniaient toute valeur à la volonté vis-à-vis des actes attentatoires à l'inviolabilité de la personne alors qu'elles lui reconnaissaient d'autres fois un rôle à jouer (I).

Alors seulement, il nous paraît possible d'examiner le rôle actuel de la volonté et par contraste les « défaillances » de la règle d'indisponibilité. Nous

³En ce sens, voir parmi d'autres R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Droit pénal spécial*, par A. Vitu, Paris, Cujas, 1982 à la p. 1354.

verrons à ce sujet que de tous côtés se manifestent aujourd'hui des atteintes, naguère condamnées et qui peuvent désormais se recommander du consentement de la personne. De mineur, le droit positif consacre donc maintenant un rôle majeur de la volonté, devenue une donnée indispensable et parfois absorbante du régime de protection de la personne et imposant du même coup une recomposition de ce régime sur d'autres bases (11).

S'appuyant conjointement sur l'analyse des règles du droit civil québécois et celles du droit civil français, cette double approche constitue à notre avis, dans sa première branche, le moyen d'établir aussi clairement que possible la portée théorique de la règle d'indisponibilité et d'éviter en conséquence toute approximation dans ses implications sur le rôle éventuel de la volonté privée. Dans sa seconde branche, elle permet alors, en comparaison, de mieux saisir le rôle de la volonté dans sa modernité et ses implications à un moment important de nos deux droits, puisqu'où le corps humain est à la fois en passe de faire son entrée dans le *Code civil français*⁴ et conforte son régime dans le nouveau *Code civil du Québec*⁵.

I. La volonté silencieuse : le sens exact du principe d'indisponibilité de la personne

L'indisponibilité de la personne humaine n'est pas seulement son extra-patrimonialité ; c'est plus généralement l'échec de toute expression de la volonté dans des actes juridiques qui la concerneraient ou vis-à-vis d'atteintes qui lui seraient portées. En cela, loin d'être neutre, l'indisponibilité tend avant tout à préserver certaines valeurs fondamentales, non définies par le droit, mais en considération desquelles s'organise la protection du sujet. Et c'est pourquoi la règle d'indisponibilité n'est logiquement effective qu'autant que l'expression de volonté contredit le respect de ces valeurs et les considérations qui se profilent derrière le régime de protection du sujet. Aussi bien, c'est à partir du statut de protection de la personne humaine et des considérations qui l'animent que l'on peut prétendre saisir le sens exact et la mesure de la règle d'indisponibilité et comprendre en dernière analyse le rôle naturellement laissé à la volonté individuelle.

⁴Un projet de loi, concernant en particulier le statut de la personne au regard de son corps, a en effet été adopté le 25 mars 1992 par le Conseil des ministres français et doit être soumis lors de la session de printemps au Parlement. Relatif « au corps humain et à l'identité génétique de l'homme », ce projet comporte seize articles et énonce les principes généraux qui fondent le statut juridique du corps. Les nouvelles dispositions, si elles sont adoptées, seront intégrées dans le livre premier du *Code civil* consacré aux personnes (« L'utilisation des produits et éléments du corps humain » *Le Monde* [de Paris] (7 mars 1992) 8 [ci-après *Le Monde*]).

À ce projet s'en ajoutent deux autres, tout aussi importants, l'un consacré « aux dons et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain », l'autre « au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé » (*ibid.*).

Les principales dispositions de ces textes seront abordées dans le cadre de cette étude.

⁵Le nouveau *Code civil du Québec* (P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1re sess., 34e Lég. Qué., 1990-91 (sanctionné le 18 décembre 1991, L.Q. 1991, c. 64) [ci-après *C.c.Q.*]) a été adopté le 18 décembre 1991 et entrera en vigueur à une date qui reste encore indéterminée. Toutefois, sauf indication particulière et dans la mesure où ce nouveau code reprend ou ajoute aux dispositions actuelles du *Code civil du Bas-Canada* [ci-après *C.c.B.-C.*], il ne sera fait mention, dans nos développements et références subséquents, qu'aux nouvelles dispositions.

A. *Le statut de protection de la personne et de son corps*

À s'en tenir à sa présentation traditionnelle, le régime de protection de la personne et de son corps nous paraît s'ordonner autour de deux pôles complémentaires. D'une part, le droit organise objectivement une protection de la personne associée à sa valeur fondamentale d'être humain. La protégeant en elle-même et pour elle-même, il l'exclut du commerce et prend en charge la défense de sa vie et de son intégrité physique, toutes interventions spontanées qui se passent d'un intérêt particulier du sujet et reflètent avant tout un jugement de valeur collectif sur le caractère « intouchable » de la personne et de son corps. Sur ce plan, c'est essentiellement le droit pénal qui garantit cette protection en réprimant le meurtre, les coups et blessures ou la mutilation, mais le droit civil intervient à son tour, au nom du principe d'indisponibilité, lorsque l'atteinte s'autorise d'une convention. D'autre part, le droit établit subjectivement une protection de la personne en la situant dans le cadre de droits dont il lui reconnaît la titularité. Il existe ainsi un droit à la vie, un droit à l'intégrité physique qui sont autant d'instruments de sa propre protection et qui sont attribués à chacun sans discrimination comme une conséquence de l'existence humaine. De l'un à l'autre, des considérations distinctes motivent la protection accordée à la personne mais rendent compte ensemble du sens exact de la règle d'indisponibilité.

1. Une conception morale de la personne humaine

Aujourd'hui encore, l'idée d'une valeur éminente de la personne humaine fait indéniablement l'objet d'un large consensus. Toute notre civilisation repose en effet sur cette conception originale de la personne qui la place au sommet, ou plus exactement en dehors de « l'échelle des valeurs »⁶ et l'entoure de cette « auréole de sainteté » dont parlait Durkheim⁷. Décrite depuis longtemps par les auteurs, la reconnaissance d'une valeur spécifique de l'être humain est apparue originellement comme un acquis du christianisme qui a imposé en dogme le caractère sacré de la personne, oeuvre de Dieu et, à l'image de son créateur, soustraite à l'action des hommes. Une conception qui trouvait alors dans l'enseignement de Saint Thomas d'Aquin son expression la plus achevée lorsqu'il reconnaissait à l'homme un simple droit d'usufruit sur son corps dont la nue-propriété était réservée à Dieu. En tant qu'usufruitier, l'homme était contraint de respecter sa propre vie et son propre corps et se trouvait privé du droit d'en disposer.

On rencontre ainsi encore souvent dans la doctrine concernant le statut de la personne et de son corps l'expression de « sacralité ». Mais cette « prévalence humaine » ne doit plus rien ou bien peu aujourd'hui à son origine divine. En fait, le christianisme a certes décidé de la tradition de l'Occident, mais c'est en se dégageant de son origine religieuse, et ramenée à ses dimensions humaines par les apports successifs des philosophes individualistes des XVIII^e et XIX^e

⁶R. Savatier, « Le droit de la personne et l'échelle des valeurs » dans *Mélanges Gothot*, Paris, 1962, 567.

⁷E. Durkheim, *Sociologie et philosophie*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 1974 à la p. 84.

siècles, que la valeur irréductible de l'être a acquis une sacralité laïque, véritablement consubstantielle à son humanité. Le reste est venu de surcroît. La personne humaine doit être traitée comme une fin en soi et non comme un moyen⁸. Et lorsque la morale devient l'éthique, on fait alors appel à une conception de la personne « comme une valeur éthique en elle-même qui ne doit pas être instrumentalisée en fonction d'utilité supérieure »⁹.

Quoi qu'il en soit, c'est de cette représentation morale de la personne humaine et des valeurs qui l'inspirent que le droit tire la protection fondamentale qu'il accorde à l'individu, à son corps et à sa vie. On insiste en effet sur le fait que le corps humain, incarnation de la personne, participe de l'essence même de l'homme et doit bénéficier du respect dû à celui-ci. De là, en institutionnalisant le caractère « sacré », « intouchable » de ce corps et de la vie, le droit entreprend deux démarches complémentaires.

Il prend premièrement en charge, contre les tiers essentiellement¹⁰, la défense de la vie et de l'intégrité corporelle de la personne en réprimant pénalement un certain nombre de comportements qui, au-delà de l'atteinte qu'ils portent à un individu particulier, constituent la négation de sa dignité et de ses valeurs intangibles (meurtre, viol, coups et blessures...). Ce faisant, outre l'intérêt purement pénal attaché à la répression de la déviance, le droit consacre bien une valeur abstraite de la personne qu'il protège en elle-même et pour elle-même indépendamment de la lésion de tel ou tel intérêt privé¹¹. Mais on conçoit aussi que ce n'est que lorsque l'atteinte au corps entraîne une atteinte à ces valeurs qu'elle est prise en considération. En effet, imaginerait-on un acte, bien qu'ayant pour objet une atteinte au corps, qui soit non dommageable (coupe de cheveux) ou même bénéfique pour la personne (soins médicaux), il échapperait indubitablement à la protection instituée uniquement pour garantir le respect de ses valeurs intangibles. C'est dire en fin de compte que la protection n'est pas une protection absolue du corps en soi, qui rendrait toute atteinte nécessairement illicite, mais que le corps n'est protégé que comme support incident des représentations morales qui gravitent autour de la personne humaine¹².

⁸Cette conception s'appuie sur la philosophie morale de Kant : « La moralité est précisément cette condition qui seule peut faire d'un être raisonnable une fin en soi. [...] La moralité et l'humanité, en tant qu'elle est capable de moralité, voilà donc ce qui seul a de la dignité » (I. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. par J. Muglioni, Paris, Bordas, 1988 à la p. 70).

⁹F. Mantovani, « Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit italien » dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le corps humain et le droit (Journées Belges)*, t. XXVI, Paris, Dalloz, 1977, 485.

¹⁰Les atteintes que la personne se porte intentionnellement à elle-même ne sont plus aujourd'hui, en général, réprimées par le droit, qu'il s'agisse du suicide ou des mutilations volontaires (le *Code de justice militaire français* continue il est vrai de punir la mutilation volontaire par laquelle un individu tente de se soustraire à ses obligations militaires (art. 398 et s.) mais cette peine apparaît, oserait-on dire, largement anachronique).

¹¹Sur ces points, voir P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité : une critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse, Université de Dijon, 1978 à la p. 104 et s. [non publiée].

¹²En ce sens, voir M.A. Hermitte, « Le corps hors du commerce, hors du marché » (1988) 33 Arch. phil. droit 323 à la p. 327.

Mais le droit fait encore autre chose. Reconnaisant que la personne « est » son corps¹³, il exclut le second du commerce pour préserver l'unité substantielle de l'ensemble et la valeur fondamentale de la première. Il y a, si l'on peut dire, d'un côté la personne humaine, valeur intangible, incommensurable à toutes utilités (fin et non moyen) et placée en conséquence au-dessus des conventions humaines, et de l'autre son corps, substrat de la personne, qui subit du même coup un régime similaire. Il en résulte que le corps échappe, en tout ou en partie, non seulement à tout rapport marchand rémunéré mais à tout échange même gratuit, à toute circulation ; en fait, à toute emprise de la volonté sous quelque forme qu'elle se manifeste, volonté de disposer ou consentement donné à une atteinte au corps¹⁴. De nouveau, il est clair que le corps n'est pas envisagé pour lui-même mais parce qu'il forme un tout indissociable avec la personne, dont le respect de sa valeur la place au-dessus de tout commerce humain. C'est le corps constitutif de l'être des personnes qui est ainsi protégé et soustrait de l'emprise des volontés. Seulement, il ne s'agit plus ici vraiment de protéger cette valeur contre les atteintes de tiers mais plutôt de protéger contre le sujet lui-même, contre l'expression de ses propres intérêts, et plus généralement, de protéger « l'humanité abstraite de ces hommes qui se trouvent avoir un corps »¹⁵.

Ainsi conçue et consacrée traditionnellement comme principe non écrit par la doctrine¹⁶ qui n'hésite pas à l'employer dans un sens très général, l'indisponibilité du corps humain complète sur le plan civil la protection assurée autrement par le droit pénal. En particulier, elle permet d'interdire des actes conventionnels qui ne ressortiraient pas nécessairement d'un acte attentatoire pénalement réprimé¹⁷. Cela dit, mettant en jeu des considérations similaires, elle en connaît les mêmes limites, de sorte que seuls les actes, conventionnels ou non, qui peuvent préjudicier à la valeur fondamentale et à la dignité de l'être peuvent se voir interdire¹⁸.

¹³On retrouve à ce propos dans plusieurs traditions religieuses, notamment protestante ou juive, le concept de la personne en tant qu'être incarné dans un corps (voir sur ce point, Commission de réforme du droit du Canada, *Prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains* (Document de travail n° 66) Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1992 à la p. 63 et aux références citées [ci-après *Document de la Commission*]).

¹⁴Il y a dans ces deux termes (disposition et atteinte au corps) la prémisse d'une perte à la réalisation de laquelle la volonté du sujet ne peut d'aucune façon participer.

¹⁵Hermite, *supra*, note 12 à la p. 327 ; voir aussi E. Deleury, « La personne en son corps : l'éclatement du sujet » (1991) 70 R. du B. can. 449 à la p. 451.

¹⁶Voir parmi d'autres : 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 ; L. Mazeaud, « Les contrats sur le corps humain » (1956) 16 R. du B. 157 à la p. 157 et s. ; F. Heleine, « Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain » (1976) 36 R. du B. 1 aux pp. 4-6.

¹⁷Tel est par exemple le cas d'un procédé d'embaumement du corps humain qui fut déclaré non brevetable au motif « qu'il ne peut faire l'objet d'un brevet, à raison même du sujet, le corps humain ne pouvant, soit avant, soit après le décès être réputé marchandise [...] » (Trib. correctionnel Seine, 14 mars 1844, *Gaz. des trib. du 15 mars 1844*). Plus récemment, la Cour de cassation française a fondé sur le principe d'indisponibilité du corps humain la nullité absolue des conventions dites de mère porteuse (voir *supra*, note 1).

¹⁸Au contraire, et pour cette raison, certains actes comme la vente des cheveux ont toujours été reconnus valables.

Finalement, si l'on reprend dans leur ensemble les termes de cette protection impérative, on peut estimer que le principe d'indisponibilité de la personne humaine ne signifie pas seulement, dans un contexte pratique, la mise hors du commerce du corps humain mais symbolise, dans une acception plus générale, la défense d'un ensemble de valeurs qui échappent, pour leur propre préservation, à la volonté du sujet « et définissent la manière dont la société se représente elle-même »¹⁹. C'est dire que le principe, certes du ressort du droit civil, rend compte plus globalement de toute protection impérative du sujet, contre les tiers et contre lui-même, que le droit organise sans détour par sa volonté privée, et donc aussi bien au titre du droit civil (la personne ne peut disposer de son corps et avec lui de sa vie et de son intégrité physique) que du droit pénal (le consentement donné à une atteinte est sans valeur exonératoire). C'est là, à notre avis, le véritable sens du principe d'indisponibilité de la personne humaine, sa signification profonde, dont la règle d'indisponibilité du corps humain n'est alors qu'une variable et une application particulière.

2. Des droits de la personne aux droits du corps

En marge de cette protection « collective » de la personne humaine s'ajoute par ailleurs une protection que l'on pourrait par opposition qualifier de « personnelle » dans la mesure où elle naît de droits reconnus à chaque individu, droit à sa vie et droit à son intégrité physique. Assurant au sujet lui-même la maîtrise de l'inviolabilité de sa vie et de son corps, ces droits lui permettent d'exiger des tiers et de l'État le respect de son être propre, sans pour autant lui conférer de pouvoir sur ces valeurs. Un certain nombre de textes constitutionnels consacrent ainsi explicitement l'existence d'un droit fondamental à la vie et à l'intégrité physique²⁰, une reconnaissance que partagent également la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹ et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec²². Mais c'est surtout dans les rapports privés, où ces droits sont attribués individuellement à chaque personne pour préserver son être propre, qu'ils réservent au sujet une protection personnelle efficace en lui permettant de se défendre de toute atteinte de tiers, quelle qu'en soit la nature. Par l'exercice de ces droits, l'individu peut en effet non seulement s'opposer (ou demander réparation) aux atteintes les plus graves, celles qui sont pénalement réprimées en raison du trouble sérieux qu'elles causent à l'ordre public, mais il est libre encore de refuser tout acte, même non domageable en soi, irrespectueux de son inviolabilité : à ce titre, il peut notamment refuser de se soumettre à une expertise médicale, à un prélèvement sanguin, et même à des soins ou opérations thérapeutiques bénéfiques pour sa santé. En somme, c'est une véritable zone réservée, inaccessible à autrui, que ces droits créent autour de la personne même du sujet.

¹⁹Hermitte, *supra*, note 12 à la p. 327.

²⁰Ainsi en est-il par exemple de la constitution allemande (art. 2, al. 2), italienne (art. 3), espagnole (art. 15) ou encore portugaise (art. 24).

²¹Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 7.

²²L.R.Q. c. C-12, art. 1.

Accompagnant la promotion de la personne humaine, partie du droit public avec les déclarations des droits de l'Homme, la reconnaissance de ces droits individuels à la vie et à l'intégrité physique semble en fait se rattacher plus largement à la défense de la personnalité humaine, à laquelle le droit s'est ouvert depuis le début du siècle. En effet, parce qu'ils garantissent à l'individu exclusivement le respect de ce qui fait son être propre, ils contribuent, en les sauvegardant, au respect et à l'épanouissement de sa personnalité. Il n'est donc pas surprenant qu'ils soient le plus souvent abordés au titre de la catégorie juridique des droits de la personnalité, à laquelle d'ailleurs une grande partie de la doctrine française²³ et en particulier les dispositions du *Code civil du Québec*²⁴ les font appartenir.

Mais essayons encore d'aller plus loin et de préciser les valeurs, les considérations qui se profilent derrière leur attribution. Recentrée sur le sujet lui-même, plutôt que sur la représentation morale que l'on se fait de son caractère sacré et intouchable, nous pensons que cette seconde forme de protection est instaurée comme un aspect essentiel de la valorisation de la personnalité et de la dignité humaine.

En effet, tels qu'affirmés par certaines constitutions nationales et par les chartes canadienne et québécoise des droits et des libertés, le droit à la vie, comme le droit à l'intégrité physique, sont présentés avant tout comme procédant de l'essence même de l'être, ce qui revient à dire qu'ils se rapportent à son humanité et à sa dignité. L'idée abstraite de dignité humaine serait donc bien, comme l'ont suggéré certains auteurs²⁵, la base de leur reconnaissance et la valeur qu'elle prétend réaliser. Cette conception se conforte au demeurant avantageusement à l'analyse de la *Loi Fondamentale* de la République fédérale allemande de 1949 puisque cette constitution fait gouverner son catalogue des droits fondamentaux, au nombre desquels figure le droit à la vie et à l'intégrité physique (article 2, paragraphe 2), par la déclaration qu'est inaliénable la dignité de l'homme (article premier). L'affirmation précède ainsi l'énoncé des droits : ceux-ci trouvent assurément une assise, au moins un point de départ, dans la notion de dignité.

Par ailleurs, repris comme droits privés de la personnalité, c'est encore à notre sens dans la valorisation de la dignité humaine que les droits de chacun à la vie et à l'intégrité de sa personne trouvent la justification majeure de leur attribution. En effet, ce que le droit protège alors, ce n'est pas tant la « vie » ou « l'intégrité physique » de la personne, toutes valeurs qu'il défend déjà impérativement sans détour par la volonté du sujet, mais bien plutôt sa « dignité », qui

²³Voir par exemple Merle et Vitu, *supra*, note 3 aux pp. 1353-54 ; G. Cornu, *Droit civil : Introduction, Les personnes, Les biens*, 5e éd., Paris, Montchrestien, 1991 à la p. 176 ; B. Teyssié, *Droit civil : Les personnes*, Paris, Litec, 1983 à la p. 18 et s. ; A. Weill & F. Terré, *Droit civil : Les personnes, La famille, Les incapacités*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1983 à la p. 22.

²⁴Selou l'art. 3 *C.c.Q.*, « [t]oute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'invulnérabilité et à l'intégrité de sa personne [...] ».

²⁵A. Gewirth, *Human rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago, U. Chicago Press, 1982 aux pp. 27-30 ; L. Huppé, « La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte » (1988) 48 R. du B. 724.

exige que l'individu ait lui-même le pouvoir de faire observer par tous le respect de son être propre. En somme, répondant aux prétentions de la personne humaine à une zone d'exclusivité sur ce qui fait l'essence de son être, son identité, sa personnalité, le droit consacre, par des droits privés, son inviolabilité, en tant que moyen de réaliser sa dignité. Et c'est justement parce que la dignité de tous les hommes est égale que « la distribution des droits est, pour une fois, égale »²⁶.

Cette valorisation de la dignité humaine, qui sous-tend selon nous la reconnaissance du droit à la vie et à l'intégrité physique comme droits de la personnalité, permet corrélativement d'expliquer leur indisponibilité sur laquelle tous s'accordent²⁷. En effet, si ces droits étaient librement aliénables ou susceptibles d'abandon, il en serait de même de la dignité qui les fonde ; on ne peut se dépouiller des uns sans nier l'autre, ce qui reviendrait alors à contredire la raison même de leur attribution. Dans cette mesure, l'indisponibilité tend donc avant tout à protéger le sujet lui-même en protégeant l'idée abstraite de dignité humaine contre l'expression de ses propres intérêts.

Mais d'un autre côté, elle en donne en même temps la mesure car si l'individu ne peut abdiquer ses droits sans sacrifier sa propre dignité, rien ne peut en revanche le contraindre à les exercer lorsqu'une atteinte lui est effectivement portée. Autrement dit, il peut toujours renoncer, sinon au droit lui-même, du moins à son exercice puisqu'alors il ne renie nullement une dignité qui ne s'attache qu'à l'existence du droit. Bien au contraire, en retenant que la valorisation de la dignité motive le droit de chacun au libre développement de sa personnalité et sa protection corrélatrice, on peut croire que toute contrainte sur ce point la dissiperait plutôt que de la renforcer.

C'est dire finalement que, sous cet aspect, la volonté du sujet trouve assurément une place en dépit de l'indisponibilité théorique des droits : ceux-ci ne se caractérisent pas par une indisponibilité absolue puisque celle-là ne protège le sujet contre lui-même que dans le principe même de la protection, non dans son exercice. Une convention, soumise à l'emprise de la volonté, semble dès lors théoriquement possible chaque fois qu'elle porte non sur la jouissance mais sur l'exercice du droit, se traduisant en cela par le consentement donné par le sujet à une atteinte particulière.

B. *La place mineure de la volonté*

Ainsi conçue à la lumière de son statut de protection, l'indisponibilité de la personne (et de son corps) prend son sens exact : la volonté est possible comme renonciation particulière à la mise en oeuvre des droits individuels de défense du sujet, mais elle n'est efficace que si l'atteinte n'est pas en elle-même

²⁶J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les personnes*, par G. Goubeaux, Paris, L.G.D.J., 1989 à la p. 254.

²⁷L'art. 3 C.c.Q., traitant des droits de la personnalité et à ce titre du droit à la vie, à l'invulnérabilité et à l'intégrité de sa personne, précise à leur sujet que « ces droits sont incessibles ». En droit français, voir notamment sur ce point Merle et Vitu, *supra*, note 3 à la p. 1354. Plus généralement, Goubeaux, *ibid.* à la p. 256 et s.

illicite au regard des valeurs qui fondent sa protection d'ordre public. Or, si l'on s'en tient à ces considérations, seules les atteintes qui participent en fait à la préservation de la personne, ou ne lui causent au moins aucun dommage, peuvent apparaître *naturellement* légitimes. De cette façon, le consentement ne pourra normalement concerner que ces interventions et se voit autrement privé de tout effet.

1. Le consentement aux atteintes *naturellement* légitimes

Sa validité ne souffre et n'a jamais souffert d'aucune réserve. Investies du droit d'être protégées contre les atteintes de tiers, les personnes peuvent y renoncer avec succès dès lors que l'acte en cause ne heurte pas la valeur particulière de la vie humaine et de l'intégrité corporelle dont la collectivité assure la protection au profit de leur humanité. L'indisponibilité de la personne ayant pour but de protéger et de préserver, contre elle-même et contre les tiers, ces valeurs essentielles, elle perd naturellement toute pertinence lorsque l'acte ne leur porte pas à proprement parler atteinte. En somme, Léon Mazeaud le soulignait déjà avec raison, « [q]uel que soit le légitime désir qu'on puisse avoir de placer la personne humaine hors du commerce, les conventions qui portent atteinte à l'intégrité physique, sans causer aucun dommage, ne peuvent pas être prohibées et en fait, on a toujours déclaré ces conventions valables »²⁸.

On songe naturellement alors au contrat médical passé entre le médecin et le malade lorsque ce dernier se soumet volontairement à des soins ou une opération chirurgicale à but curatif. À vrai dire, la convention conclue porte bien sur la personne humaine et a pour objet une atteinte matérielle à son intégrité physique ; mais loin de lui nuire, l'intervention contribue à sa préservation et le contrat lui est bénéfique. L'atteinte est donc naturellement légitime par sa visée et peut être réalisée dès lors que la personne y consent²⁹. La même efficacité s'attache sans conteste au consentement donné à des soins ou opérations non plus thérapeutiques mais esthétiques, ou encore à une expérimentation pratiquée sur la personne lorsqu'elle en attend un bénéfice individuel direct, voire plus couramment à la simple « coupe » des cheveux, puisque chaque fois ces actes lui sont finalement profitables, ou au moins non préjudiciables³⁰.

²⁸Mazeaud, *supra*, note 16 à la p. 161.

²⁹Sur le consentement à l'acte médical en droit français, voir F. Bouvier, « Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives » J.C.P. 1986.I.3249. En droit civil québécois, le C.c.Q. envisage expressément le consentement aux soins médicaux en exigeant, par principe, son expression (art. 11 : « Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. »)

Pour une approche générale de la question, voir O. Guillod, *Le consentement éclairé du patient : Autodétermination ou paternalisme ?*, Neuchâtel, Suisse, Ides et Calendes, 1986 ; Commission de réforme du droit du Canada, *Le consentement à l'acte médical* par M.A. Somerville, Hull, Qué., Approvisionnement et Services Canada, 1980.

³⁰Cette analyse ne s'applique bien évidemment pas à la participation volontaire du sujet à une activité périlleuse, et en particulier à un sport dangereux (boxe, rugby, etc.), dont on admet qu'elle lui interdit ensuite de rechercher la responsabilité de l'auteur du dommage, à moins qu'il n'ait eu un comportement répréhensible. La situation se présente en effet fort différemment dans ce type d'hypothèse puisqu'il n'est alors nullement question d'un acte conventionnel portant sur le corps

En bref, il suffit que l'acte attentatoire apparaisse naturellement légitime, *i.e.* non contraire à la préservation impérative de la valeur éminente de l'être humain, pour que la volonté, dernier rempart de l'inviolabilité du sujet, puisse être suivie et respectée. Cette conception, qui correspond aux solutions classiques consacrées par le droit³¹, montre bien les limites intrinsèques de la règle d'indisponibilité qui n'est jamais que relative, à raison même des considérations qui la fondent. C'est d'ailleurs ce qu'Andrée Jack avait envisagé dès 1933 lorsqu'elle reconnaissait

que les conventions relatives à la personne physique sont permises par la loi, comme toutes les autres conventions, quand elles ont un but licite et moral, la valeur particulière de la vie humaine et de l'intégrité corporelle n'y apparaissant qu'à titre d'éléments de recherche et d'appréciation de ce but³².

Cela dit, si des conventions portant sur le corps humain peuvent être valablement conclues et soumises à l'emprise de la volonté, celle-ci n'y est pas toute puissante. Elle demeure strictement encadrée, conditionnée déjà par la licéité de l'acte au regard des exigences de protection de la personne. Et même alors, sa portée est restreinte : ce n'est en effet jamais la volonté privée qui légitime à proprement parler l'acte attentatoire ; son rôle se limite à en permettre la réalisation. L'atteinte, elle, trouve sa propre légitimité dans son objet non dommageable ou dans son but bienfaisant. Il en résulte que la volonté du sujet n'est jamais qu'accessoire par rapport à la légitimité principale de l'acte, à tel point d'ailleurs que cette dernière peut parfois se révéler absorbante et justifier seule sa réalisation. C'est notamment ce qui se passe lorsque l'atteinte apparaît particulièrement utile pour protéger la personne, en raison du danger pesant sur sa vie ou son intégrité physique, puisque sa propre légitimité suffit alors pour que l'on puisse se dispenser du consentement du sujet³³.

2. Le consentement aux atteintes *naturellement* illicites

À l'inverse, l'articulation du rôle de la volonté de la personne sur le respect préalable de sa valeur fondamentale d'être humain justifie son inefficacité lorsque l'atteinte ne peut de ce dernier point de vue se recommander d'une finalité légitime. Ainsi en est-il par exemple d'une atteinte à la vie ou de blessures occasionnées sans raison valable : le consentement que le sujet aurait préalablement donné à l'auteur de l'atteinte ne prive pas l'acte de son caractère fautif et

humain et qu'au surplus le consentement donné par le sujet s'analyse moins comme un accord vis-à-vis d'une atteinte à son intégrité qui doit lui être faite que comme la simple acceptation des risques qu'entraîne sa participation volontaire à cette activité. Sur ces engagements dans des activités dangereuses, on peut voir en droit français Cornu, *supra*, note 23 à la p. 170 et en droit québécois A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975 aux pp. 26-29.

³¹Voir notamment Heleine, *supra*, note 16 à la p. 11.

³²A. Jack, « Les conventions relatives à la personne physique » (1933) 53 *Rev. crit. légis. et juris.* 362.

³³La légitimité de l'intervention est ainsi expressément admise par le *C.c.Q.*, qui prévoit à l'art. 13 qu'« [e]n cas d'urgence, le consentement aux soins médicaux n'est pas nécessaire lorsque la vie de la personne est en danger ou son intégrité menacée et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile ». Une solution semblable est retenue en France par la doctrine et la jurisprudence ; voir sur ce point, Bouvier, *supra*, note 29 ; Cornu, *supra*, note 23 à la p. 167.

n'empêche pas sa répression pénale. D'un point de vue purement civil, la renonciation par le sujet à son droit à la vie ou à l'intégrité corporelle doit être considérée comme sans effet.

La jurisprudence française en offre quelques illustrations. Une femme âgée s'était soumise à une opération de son sein droit, non dans un but thérapeutique, mais uniquement pour que le chirurgien puisse faire la démonstration de l'efficacité de la méthode de chirurgie esthétique qu'il prônait en procédant ensuite, lors d'un congrès de chirurgie, à une comparaison entre le côté « réparé » et le côté non « réparé ». La convention passée à cet effet par le médecin et le mari de la femme fut déclarée illicite en soi car elle conduisait à trafiquer « de son corps pour le faire servir à des expériences médicales inutiles pour elle, sinon dangereuses, entreprises seulement en vue de profits que leur auteur escomptait »³⁴. Elle n'empêchait donc pas la femme de se retourner contre le chirurgien pour obtenir réparation.

De même, on a pu considérer que le contrat conclu entre des médecins et des personnes souhaitant se faire stériliser était sans valeur, les opérés « n'ayant pu donner le droit de violer sur leur personne les règles régissant l'ordre public »³⁵. Nonobstant le consentement des patients, les médecins furent condamnés pénalement.

Plus récemment enfin, le tribunal de grande instance de Paris a annulé, comme illicite et contraire à l'ordre public, une convention qui prévoyait que, pour assurer la publicité d'un film, une tour Eiffel et une rose seraient tatouées sur la fesse d'une jeune fille, que le morceau de peau tatoué serait prélevé à l'issue du tournage par un chirurgien et qu'appartenant à la société de production, il serait ensuite vendu par elle. En véritable Shylock, la société de production avait fait exécuter en son entier la convention, laissant sur l'infortunée jeune fille d'intimes mais douloureuses séquelles. Après avoir mis l'accent sur l'inefficacité du consentement donné par la demanderesse aux blessures commises sur elle et sur la nullité corrélatrice de la convention, le tribunal a ordonné la restitution du morceau de peau prélevé à sa « propriétaire » légitime et lui a en outre accordé des dommages-intérêts³⁶.

On le voit, les limites apportées à chaque fois à l'engagement individuel s'inspirent moins de considérations tenant au sujet pris isolément que de motifs tirés de l'ordre social ou des bonnes mœurs. L'inefficacité du consentement en présence d'atteintes à l'intégrité physique atteste ainsi tout particulièrement que la personne humaine est protégée comme valeur sociale et non comme entité individualisée. Sans doute, aucune des décisions en cause n'a eu recours au principe d'indisponibilité du corps pour justifier la nullité des conventions passées. Mais c'est seulement parce que s'agissant chaque fois d'atteintes à l'intégrité physique de la personne, il eût été ambigu car paradoxalement sans valeur si elles avaient été légitimes par leur finalité. C'est donc par le truchement du

³⁴Lyon, 27 juin 1913, D.P. 1914.II.73 (note H. Lalou).

³⁵Cass. crim., 1 juillet 1937, D.H. 1937.Jur.537.

³⁶Trib. gr. inst. Paris, 3 juin 1969, D.1970.Jur.136 (note J.P.). Dans la même affaire, Cass. civ. 1re, 23 février 1972, J.C.P. 1972.II.17135.

caractère ou du but illicite de l'atteinte, plutôt que de l'objet indisponible, que les magistrats ont préféré asseoir la nullité des conventions. L'atteinte était illégitime car inutile (première décision), contraire à la protection impérative de la personne (seconde décision), ou plus généralement incompatible avec sa dignité et le respect de son intégrité (troisième décision). En conséquence, le consentement donné était lui-même sans valeur justificative.

Quoi qu'il en soit, voici en substance comment s'organisent, à notre avis, le rôle et la place dévolus à la volonté privée dans le régime classique de protection de la personne et de son corps. Son rôle existe bien en dépit du principe théorique d'indisponibilité de la personne humaine mais sa place reste mineure : la protection de la personne comme valeur en soi dicte toujours l'efficacité à reconnaître à la volonté en décidant préalablement de la légitimité de l'acte dont elle peut seule se recommander. De cette manière, c'est finalement essentiellement la référence à la valeur fondamentale de la personne envisagée comme une fin en soi qui se trouve être à la base de la définition du domaine de l'illicite et simultanément de celui de la volonté.

Cette conception traditionnelle, qui nous paraît rendre compte du sens exact du principe d'indisponibilité de la personne et, pendant longtemps, des solutions admises par le droit, permet principalement aujourd'hui, par la confrontation, de prendre la juste mesure de sa réalité contemporaine tant il est vrai qu'avec le développement des sciences, les progrès médicaux et l'évolution des mentalités qui leur a fait écho, le principe a connu ces dernières décennies d'importantes lésions tandis que, plus généralement, une dynamique nouvelle a été donnée au rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne humaine. On peut déjà le dire, loin de respecter le schéma classique que nous venons de présenter, les solutions modernes du droit ont bouleversé au contraire la structure traditionnelle du statut de protection de la personne et, poussant infailliblement au démantèlement de la règle générale d'indisponibilité, nous obligent du même coup à recomposer aujourd'hui sur des bases nouvelles le régime de protection de la personne et de son corps.

II. La volonté maîtresse : le renouvellement du dogme de l'indisponibilité de la personne

A. *Le rôle majeur de la volonté*

Il se révèle sous deux formes principales qui ont en commun de transcender l'impératif de protection de la personne en permettant certaines atteintes à son inviolabilité non justifiées, dans une conception classique de la préservation de sa valeur, par sa propre sauvegarde : atteintes à l'intégrité de son corps dans l'intérêt d'autrui ou atteintes à sa vie selon son intérêt particulier. Privées de cette façon de légitimité *naturelle*, ce n'est que dans la loi ou par la jurisprudence que ces atteintes ont pu se découvrir une légitimité *légale*. Or il se trouve que ce passage à l'acte juridique ou judiciaire a notablement affecté les données traditionnelles puisqu'à la faveur de cette légitimation par le droit, la protection absolue de l'être humain, comme valeur en soi, a perdu en vigueur ce que la volonté a gagné en force.

1. La volonté « pour autrui »

C'est celle autorisant des atteintes à l'intégrité physique de la personne humaine qui, sans se traduire par un avantage direct pour le sujet qui les subit, ne sont indirectement bénéfiques que pour autrui, individu particulier ou collectivité : il s'agit donc essentiellement des prélèvements d'organes, de tissus ou de substances du corps humain (à des fins de greffe, d'utilisation thérapeutique ou éventuellement de recherche) et de l'expérimentation sur la personne. Nul ne doute que dans une logique de protection de la personne, l'appréhendant en elle-même et pour elle-même, la légitimité de telles interventions ne s'impose pas naturellement. Comment trouver en effet une équivalence entre le bien pour soi et le bienfait pour autrui sans rompre l'impératif de protection qui sous-tend normalement la légitimation des atteintes à l'inviolabilité de la personne ? Loin d'être encore l'objet d'une protection abstraite et générale, l'individu est au contraire ici perçu comme une sorte d'instrument pour la sauvegarde concrète et particulière de ses semblables. Certes, un bénéfice est attendu mais il est avant tout et seulement un bénéfice par délégation.

Dans ces conditions, il n'y a rien de surprenant à ce que la légitimité de ces interventions, longtemps mise en doute en France à raison des dispositions pénales consacrant l'intégrité corporelle³⁷, n'ait pu finalement se recommander que de la loi. Et en effet, ce sont successivement la *Loi du 7 juillet 1949* sur le prélèvement de cornée, la *Loi du 21 juillet 1952* sur le don de sang et enfin la *Loi du 22 décembre 1976* sur le prélèvement d'organes³⁸ qui ont tour à tour admis en son principe puis généralisé la légitimité de ces atteintes au corps humain en s'autorisant de leur utilité pour sauver ou améliorer d'autres vies. De même, c'est une loi adoptée le 20 décembre 1988 qui a organisé l'expérimentation sur l'être humain en accueillant avec faveur l'idée qu'un individu sain puisse s'y soumettre et ait en conséquence la libre disposition de son corps³⁹.

En droit québécois, ces questions ont été abordées plus globalement tant par le *Code civil du Bas-Canada* que par le nouveau *Code civil du Québec* qui se sont chacun ralliés à une conception plus « fonctionnelle » de la protection de la personne pour accompagner l'évolution des sciences et de la médecine⁴⁰. Mais en fin de compte, ce sont des brèches similaires dans les principes d'in-

³⁷J.B. Grenouilleau, « Commentaire de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes » D.1977.Chron.213 ; P.-J. Doll, « L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes » Gaz. Pal. 1974. 2e sem. Doctr.820.

³⁸Ce texte est repris dans ses grands traits par le projet de loi relatif aux dons et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain adopté le 25 mars dernier par le Conseil des ministres et normalement présenté au Parlement durant la session de printemps. Si ce projet est voté, il prévoit d'abroger la loi de 1976 (*Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976*, J.O., 23 décembre 1976, 7365, Gaz. Pal. 1977. 2e sem. Lég.31 [ci-après *Loi du 22 décembre 1976*] qui régit actuellement les prélèvements d'organes et celle du 7 juillet 1949 (*Loi n° 49-890 du 7 juillet 1949*, Gaz. Pal. 1949. 2e sem. Lég.450) relative aux greffes de la cornée (*Le Monde, supra*, note 4).

³⁹*Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988*, J.O., 22 décembre 1988, 16032, Gaz. Pal. 1988. 2e sem. Lég.605 [ci-après *Loi du 20 décembre 1988*].

⁴⁰Sur cette évolution rendant compte d'un relâchement dans sa vigueur du principe d'indisponibilité du corps et l'intervention du législateur québécois qu'elle a entraînée dès 1971 (adoption des art. 18-23 C.c.B.-C.), voir Heleine, *supra*, note 16 à la p. 11 et s.

violabilité et d'indisponibilité du corps humain qui sont aujourd'hui consacrées par le droit positif, puisqu'il admet très largement aussi bien l'aliénation entre vifs d'une partie du corps⁴¹ que l'expérimentation sur la personne⁴².

Au-delà de leur contenu particulier, ces divers textes appellent en fait deux sortes d'observations. En premier lieu, la « normalisation » par le droit de ces atteintes à l'intégrité physique de la personne, non motivées par sa propre défense, reflète incontestablement un infléchissement de la valeur unique et éminente que l'on s'attache traditionnellement à lui reconnaître. Le constat est net : la conception de la personne humaine comme une valeur ultime, incommensurable à d'autres fins qu'elle-même et réfractaire à toute atteinte dont l'utilité lui serait étrangère, ne dicte plus seule aujourd'hui le sort du corps humain dans l'ordre juridique. Au contraire, elle vient en concurrence avec d'autres considérations, plus prosaïques et parfois absorbantes, tirées de l'utilité biologique ou scientifique du corps de la personne et de ses matériaux. À vrai dire, à notre époque de gouvernement des sciences, où progrès médical et progrès scientifique militent pour le bien-être collectif (!) et où la possibilité de sauver ou d'améliorer des vies humaines passent à un moment ou à un autre par l'utilisation de la personne elle-même ou de parties de son corps, le recul de la sacralité du sujet n'a rien de surprenant. La disponibilité du corps prend en somme logiquement le relais, au nom du progrès et du bien-être commun, d'une indisponibilité absolue désormais perçue comme un obstacle plutôt que comme une directive⁴³. Dans cette perspective, nul ne prétend d'ailleurs conduire au

⁴¹Aux termes de l'art. 19 C.c.Q., « [u]ne personne majeure, apte à consentir, peut aliéner entre vifs une partie de son corps pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer ».

En ce qui concerne la destination des parties du corps prélevées, le C.c.Q. va d'ailleurs plus loin que la *Loi du 22 décembre 1976*, qui n'autorise que leur utilisation en vue d'une greffe ayant un but thérapeutique, puisqu'il permet pour sa part également leur utilisation à des fins de recherche, du moins lorsque les organes, tissus ou autres substances du corps humain ont été prélevés sur la personne dans le cadre de soins qui lui ont été prodigués (art. 22). Cette extension peut cependant se comprendre aisément dans la mesure où le prélèvement des organes, tissus ou substances, c'est-à-dire l'atteinte elle-même, est alors initialement légitimée par le contexte de soins prodigués au sujet et déjà justifiée par son accord donné sur ce point, ou ce qui en tient lieu. Le consentement requis par l'art. 22 concerne dès lors seulement la destination des parties du corps une fois prélevées, *i.e.* leur utilisation subséquente à des fins de recherche.

⁴²Selon l'art. 20 C.c.Q., « [u]ne personne majeure, apte à consentir, peut se soumettre à une expérimentation pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer ». Le texte n'indiquant pas que le bienfait attendu doit être nécessairement personnel, on peut croire qu'une personne saine pourrait se soumettre à une expérimentation dont les résultats escomptés seraient profitables à d'autres.

⁴³À ce propos, le rapport du sénateur Huriot, principal initiateur de la *Loi du 20 décembre 1988*, est particulièrement éloquent. On peut en effet y lire :

Certes, l'art. 1128 c. civ. interdit de considérer le corps comme un bien ou une chose. Mais la révolution scientifique et technique de la recherche remet en cause ces principes traditionnels. En médecine, le corps humain apparaît de plus en plus comme un objet parcellisé relevant de plusieurs spécialités. De plus, les liens étroits entre la recherche et l'industrie introduisent des techniques commerciales et juridiques issues des lois du marché. Enfin, la revendication de chacun à une liberté individuelle absolue se traduit pour certains par le droit de tout être humain à disposer de son corps. Notre droit positif, qui repose sur ces principes traditionnels, se trouve parfois et risque, dans l'avenir, d'être souvent en porte-à-faux avec l'évolution de notre société. Il

sacrifice complet d'une personne humaine pour le bienfait de ses semblables⁴⁴. Comme le rappelle très justement un auteur, la disponibilité du corps humain trouve une limite logique « dans le rapport utilitariste de proportion entre le dommage subi par le sujet et le profit collectif »⁴⁵. Il ne saurait donc être question de tout faire, de tout prélever ou de tout expérimenter sans tenir compte des risques encourus par le sujet⁴⁶. L'éminente valeur de la personne humaine plie mais ne rompt pas...

Par ailleurs, et ce sera notre seconde observation, il est indéniable que, dans ce contexte, la volonté de la personne se découvre un nouveau rôle : il ne s'agit plus seulement de consentir, pour son bien, à des atteintes *naturellement* légitimes par leur finalité thérapeutique, mais d'autoriser, pour le bien d'autrui ou de la collectivité, des atteintes *légalement* légitimes en raison d'un but jugé d'utilité supérieure. La volonté en sort naturellement plus prégnante, élément ultime et indispensable de la protection de la personne à laquelle ces interventions ne sauraient être imposées. Pour la même raison, le consentement prend un caractère plus actif ; il n'est plus une simple autorisation ou tolérance mais l'expression directe de la volonté du sujet.

Pratiquement, cette prévalence se révèle à la fois par un renforcement de son expression lorsque le sujet est apte à consentir, et par une limitation de sa représentation au cas contraire.

Le premier aspect est prévisible : en effet, tandis qu'il est certainement possible de se dispenser du consentement de la personne lorsque la nécessité de l'acte médical se recommande d'une menace sur sa vie ou son intégrité, en l'absence de bénéfice personnel, on ne saurait aucunement s'en passer. Bien au contraire, la volonté doit être certaine et le consentement exprès quand il n'est pas exigé par écrit⁴⁷ ou sous peine de sanctions pénales⁴⁸. Sous ce rapport s'exprime

importe donc que le législateur prenne en compte ces nouveaux éléments [...] (rapporté dans B. Edelman, « La recherche biomédicale dans l'économie de marché » D.1991.Chron.203, n° 1).

⁴⁴Sans doute, une réserve pourrait être faite par certains en ce qui concerne les expérimentations pratiquées sur des embryons humains. Toutefois, outre qu'il ne s'agit pas véritablement alors d'un « sacrifice », ces embryons étant de toutes façons voués à la destruction, la question oblige de prendre parti pour leur qualification comme personnes humaines. De ce dernier point de vue, nous préférons donc l'éviter car elle excéderait le cadre de cette étude.

⁴⁵Mantovani, *supra*, note 9 à la p. 485.

⁴⁶Le *C.c.Q.* est particulièrement clair à ce sujet puisqu'il précise qu'une personne majeure ne peut aliéner entre vifs une partie de son corps (art. 19) ou se soumettre à une expérimentation (art. 20) que si le risque couru n'est pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer. Reste bien évidemment encore à circonscrire la teneur de ce « bienfait » que l'on peut escompter.

⁴⁷C'est ce qu'exige l'art. 24 *C.c.Q.*, qui vise en cela le consentement donné aussi bien à l'aliénation entre vifs d'une partie du corps qu'à une expérimentation. Le consentement écrit est également requis en droit français par l'art. 2 du *Décret n° 78-501 du 31 mars 1978* (J.O., 4 avril 1978, 1497, Gaz. Pal. 1978. 2e sem. Lég.392 [ci-après *Décret du 31 mars 1978*]), pris pour l'application de la *Loi du 22 décembre 1976*, qui exige même qu'il soit reçu par le Président du Tribunal de grande instance lorsque le prélèvement porte sur un organe non régénérable.

⁴⁸La *Loi du 20 décembre 1988* relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales se contente en effet du consentement exprès du sujet (voir les art. L.209.1 à L.209.21, particulièrement les art. L.209.9 et L.209.10 du *Code de la santé publique relatif à la*

donc bel et bien l'idée que, lorsque l'individu subit une atteinte sans en bénéficier d'une façon ou d'une autre, sa protection est indéfectiblement liée, sans autre considération, à l'expression et au respect de sa volonté ; à telle enseigne d'ailleurs que, pour s'assurer qu'elle demeurera respectée, on admet qu'une fois donné, le consentement n'est jamais contraignant et peut être révoqué librement avant que l'atteinte ne devienne effective⁴⁹.

Mais l'importance de la volonté se signale également sous un autre aspect, quoique de moindre rigueur, lorsque le sujet n'est justement pas apte à consentir par lui-même à l'atteinte, en raison de son âge ou de son état. En effet, alors que le droit admet largement la représentation du sujet, et l'équivalence des volontés, quand il s'agit de consentir à des soins bénéfiques pour la personne représentée, il se montre assurément plus réticent à la voir engagée par son représentant légal pour des actes aussi graves qui mettent en jeu son intégrité physique sans lui procurer personnellement d'avantage⁵⁰. C'est précisément ce dont rend compte le *Code civil du Québec* lorsqu'il limite expressément la légitimité des dons d'organes ou de tissus par un mineur ou un majeur inapte aux seules parties du corps régénérables et adjoint à l'exigence du consentement du représentant légal celle d'une autorisation du tribunal⁵¹. De même, s'il permet l'expérimentation, ce n'est qu'en l'absence de risque sérieux pour la san-

protection sanitaire de la famille et de l'enfance [ci-après *Code de la santé publique*], qui ont été promulgués suite à l'adoption par l'Assemblée Nationale et le Sénat de la *Loi du 20 décembre 1988* mais punit d'une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et/ou d'une amende de 12 000 francs à 200 000 francs celui qui aurait pratiqué ou fait pratiquer une expérimentation sans recueillir ce consentement (art. L.209.19). Dans le même esprit, le projet de loi relatif aux dons et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain envisage des sanctions pénales en cas de défaut de recueil du consentement : de six mois à cinq ans de prison et de 50 000 francs à 1 000 000 francs d'amende (*Le Monde, supra*, note 4).

⁴⁹À ce propos, l'art. 24 *C.c.Q.* précise que le consentement donné par écrit à l'aliénation d'une partie du corps ou à une expérimentation « peut toujours être révoqué, même verbalement ». Cette règle est également expressément rappelée en droit français par le *Décret du 31 mars 1978*, pris pour l'application de la *Loi du 22 décembre 1976* relative aux prélèvements d'organes (art. 2 du décret : « le consentement du donneur peut être retiré à tout moment sans formalité ») ainsi que par la *Loi du 20 décembre 1988* (l'art. L.209.9 du *Code de la santé publique* énonce que la personne a le droit « de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité »).

De façon plus générale, la faculté de révocation ainsi consacrée montre bien que, dans les limites tolérées par l'ordre juridique, la volonté du sujet ne s'analyse jamais comme l'expression d'un pouvoir de disposition sur son corps ; elle se manifeste seulement sous la forme du consentement de la personne et, négativement, comme sa renonciation à exercer ses droits de protection. Loin d'être académique, la nuance se concrétise en effet justement dans ce large pouvoir de révocation reconnu à l'individu qui peut toujours se rétracter, fût-ce au mépris d'un engagement formel.

⁵⁰Sur ce point, voir T. Leroux, B.M. Knoppers & J.-C. Galloux, « Les enfants, les incapables et la génétique » (1991) 36 *R.D. McGill* 457 aux pp. 472-73. Les différents arguments en faveur de l'interdiction ou au contraire de la possibilité d'utiliser comme donneurs d'organes les enfants et les personnes atteintes de déficience mentale ont été abordés et exposés par le *Document de la Commission, supra*, note 13 aux pp. 56-59.

⁵¹Art. 19 *C.c.Q.* L'art. 23 du même code prévoit en outre que le tribunal, lorsqu'il statue sur une demande d'autorisation, est tenu de recueillir l'avis de la personne concernée et de respecter son refus.

En faveur d'un tel respect du refus de la personne concernée, voir *Document de la Commission, ibid.* à la p. 200.

té⁵² de la personne inapte et à la condition que l'on puisse en attendre un bénéfice pour elle-même ou une personne du même groupe. Et même alors, chaque fois que cela paraît possible, on doit tenir compte de la volonté du sujet concerné⁵³.

Des limitations semblables existent en droit français puisque la *Loi du 20 décembre 1988* n'autorise par principe la recherche biomédicale sur les mineurs et majeurs sous tutelle que si l'on peut en attendre un bénéfice direct pour leur santé et n'admet autrement les recherches sans finalité thérapeutique directe qu'en l'absence de risque sérieux et dans l'impossibilité de pouvoir être réalisées sur d'autres sujets⁵⁴ ; en toutes façons, la volonté de la personne doit toujours être recherchée et écoutée⁵⁵. La limitation est plus radicale encore en matière de prélèvements, puisque si la *Loi du 22 décembre 1976* actuellement en vigueur en écarte l'application aux majeurs incapables et la restreint pour les mineurs aux seuls prélèvements effectués au profit de leur frère ou de leur soeur⁵⁶, le projet de loi relatif aux dons et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain prévoit d'interdire purement et simplement tout prélèvement sur les mineurs ainsi que sur les majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection légale⁵⁷. C'est mesurer, en contrepoint de cette exclusion, toute l'importance du rôle dévolu à la volonté de l'intéressé puisqu'elle se doit non seulement d'être expressément exprimée mais encore d'être directe et « pure », celle d'un sujet capable et conscient de son acte.

En définitive, à voir ensemble les observations suggérées par la « normalisation » de ces atteintes à l'intégrité et à l'indisponibilité de la personne, on peut déceler un double mouvement, de sens opposés, dans la configuration « classique » du statut de protection de la personne humaine. D'un côté, la légitimation par la loi de ces atteintes décrit incontestablement un affaiblissement de la protection d'ordre public de la personne humaine comme valeur en soi, afin de tenir compte de considérations pratiques plus contingentes. De l'autre, elle associe à cet affaiblissement, comme dans une sorte de mouvement de

⁵²Cette condition est plus stricte que celle prévue à l'art. 19 *C.c.Q.* pour les majeurs capables, qui se contente d'exiger que « le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer ».

⁵³Art. 21 *C.c.Q.* qui se lit comme suit : « Un mineur ou un majeur inapte ne peut être soumis à une expérimentation qu'en l'absence [...] d'opposition de sa part s'il comprend la nature et les conséquences de l'acte [...] ». Sur ces questions, voir plus généralement Leroux, Knoppers et Galoux, *supra*, note 50 aux pp. 502-04.

⁵⁴Art. L.209.6 du *Code de la santé publique*.

⁵⁵Selon l'art. L.209.10 du *Code de la santé publique*,

[I]orsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur des mineurs ou des majeurs sous tutelle [...] le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit également être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.

⁵⁶Même dans ce cas, la loi ajoute à l'exigence du consentement du représentant légal celle de l'autorisation d'un comité de trois experts et prescrit par ailleurs de respecter le refus du mineur lorsqu'il est en état de donner son avis (art. 1).

⁵⁷Voir *Le Monde*, *supra*, note 4.

balancier, de poids et de contrepoids, un renforcement de sa protection individuelle, soumise à son contrôle et à sa volonté.

En somme, la normalisation passe avant tout et se manifeste finalement par un transfert exclusif au sujet de l'organisation de sa protection, au moyen des droits dont il est investi. Sa volonté devient la condition indispensable de sa protection, en même temps qu'ultime puisque le sujet a le pouvoir ultime de contrôler la mise en oeuvre de cette protection. Sans doute, ce domaine d'autonomie reste-t-il encore restreint puisqu'il suppose que l'atteinte soit légalement légitime par son but. Il n'en demeure pas moins que l'appréciation de cette légitimité, en évoluant vers la souplesse, laisse entrevoir un rôle croissant de la volonté et un élargissement conjoint de la place qui lui est faite, qui se confirment d'ailleurs déjà sous d'autres aspects.

2. La volonté « contre soi »

D'une certaine manière, c'est la volonté du sujet de s'opposer à la poursuite d'un traitement médical de soutien qui le maintient en vie ou, autrement considérée, celle autorisant l'acte interruptif de cette assistance médicale vitale. En fait, il est autant de façons de la percevoir que de versants complexes d'une même question : l'individu peut-il se rendre maître de sa propre mort (ou de sa propre vie) en exigeant d'un tiers l'arrêt de soins médicaux sans lesquels il ne peut survivre ?

Une décision récente de la Cour supérieure du Québec⁵⁸ donne une idée des délicates implications de cette question et de l'approche de la jurisprudence. De façon générale, elle est significative de la nécessité, aujourd'hui indéniable, pour les tribunaux d'arbitrer et de prendre parti dans les nombreux débats que suscitent les avancées de la médecine et leurs répercussions sur les droits des patients. En l'occurrence, une de ces patientes, du nom de Nancy B., était atteinte de paralysie motrice causée par le syndrome de Guillain et Barré, qui la tenait confinée à un lit d'hôpital depuis le début de sa maladie sans espoir de guérison, et ne devait son maintien en vie qu'à l'assistance d'un respirateur artificiel sans lequel son décès était presque inévitable. Sans doute, grâce à cette aide, sa vie n'était pas immédiatement menacée mais elle n'en était pas moins devenue intolérable, de sorte que la malade demandait que l'on mette fin à son calvaire en débranchant le respirateur qui l'assistait, chose qu'elle ne pouvait pas faire par elle-même.

On le voit, cette situation restait en deçà de ce qu'il est convenu d'appeler l'euthanasie active, que l'on peut autrement considérer comme un abrègement volontaire de la vie⁵⁹, et qui demeure à ce jour unanimement condamnée par le droit ; le sujet y consentirait-il que sa volonté serait sur ce point sans aucune valeur exonératoire⁶⁰. Au contraire, le débranchement demandé du respira-

⁵⁸*Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361.

⁵⁹P. Lesage-Jarjoura, *La cessation de traitement : au carrefour du droit et de la médecine*, Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1990 à la p. 30.

⁶⁰Certains pays, comme l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, la Suisse, les Pays-Bas ou la Finlande, ont cependant cessé de réprimer l'euthanasie comme un meurtre lorsque la victime a effectivement

teur artificiel caractérisait plutôt ici un « abrègement du processus de mourir »⁶¹.

D'un autre côté, cette intervention se situait déjà au-delà du seul cadre de l'abstention délibérée de soins ou du refus de traitement dont le droit admet très largement la légitimité au nom de l'inviolabilité de la personne. En effet, la cessation de l'assistance médicale devant normalement entraîner la mort du sujet, le droit individuel de s'opposer à des soins médicaux n'était dès lors plus seul en cause. Sa mise en oeuvre, sans doute légitime du côté du patient⁶², risquait de se traduire par un acte illicite de la part du médecin, au regard de la protection d'ordre public de la personne et de sa vie⁶³. C'est d'ailleurs pourquoi ni le médecin traitant de Nancy B., ni le comité d'éthique de l'hôpital où elle recevait des soins, n'avaient voulu prendre la responsabilité de procéder ou d'autoriser le débranchement de l'appareil, craignant d'éventuelles implications juridiques et en particulier pénales de leur acte.

Il revenait donc à la Cour de trancher. Et c'est somme toute de cette confrontation du droit privé de l'individu d'interdire un traitement médical même « bénéfique » et de la préservation publique, par le droit pénal, de ses valeurs irréductibles comme sa vie, qu'elle devait tirer son arbitrage en faveur de l'un, pour une protection plus « concrète » de la personne, ou de l'autre, pour une défense absolue de sa valeur⁶⁴.

La solution finalement adoptée a été une solution à double détente. Dans un premier temps, le juge a reconnu en son principe le droit de la patiente de s'opposer aux soins qui lui étaient dispensés et a admis son application en l'espèce puisque l'intéressée était lucide et exprimait un refus libre et éclairé du traitement qui lui était appliqué⁶⁵. Dans un second temps, il a écarté l'appli-

réclamé la mort, lui préférant une incrimination spéciale et délictuelle, comme meurtre atténué par l'excuse de pitié (Merle et Vitu, *supra*, note 3 à la p. 1366).

⁶¹*Supra*, note 59.

⁶²En l'occurrence, Nancy B. fondait sa demande sur les dispositions de l'art. 19.1 *C.c.B.-C.* selon lesquelles nul ne peut être soumis à des soins sans son consentement.

⁶³Outre les art. 222 à 241 du *Code criminel*, S.R.C. 1985, c. C-46, qui traitent des différentes formes d'homicide, l'art. 217 du même code prévoit en particulier que celui qui entreprend l'accomplissement d'un acte ne peut l'interrompre si son omission peut mettre une vie humaine en danger.

⁶⁴Cette opposition des intérêts public et privé a déjà été envisagée dans certaines décisions qui se sont finalement prononcées pour la prévalence du premier. Ainsi, dans l'affaire *P.G. Canada c. Hôpital Notre-Dame*, où il était question d'un individu qui s'était introduit volontairement un fil d'acier sans l'oesophage et refusait tout traitement, la Cour supérieure du Québec avait autorisé les interventions médicales nécessaires en relevant que

le principe de l'inviolabilité de la personne n'est pas absolu ; essentiellement il est édicté en vue de la protection même de la personne et de la conservation de son intégrité et de sa vie. Le respect de la vie, parce que conforme à l'intérêt même de la personne humaine, prime le respect de sa volonté. Les lois de ce pays renferment des dispositions innombrables toutes orientées à protéger la vie et la sécurité physique de la personne humaine. Elles considèrent la vie humaine comme une valeur intangible ; elles punissent avec vigueur ceux qui la suppriment ou y portent atteinte. Si chaque être humain est, en principe, maître de sa destinée, son droit d'autodétermination demeure assujéti aux restrictions prévues par la loi ([1984] C.S. 426 à la p. 427).

⁶⁵*Supra*, note 58 aux pp. 362-65.

tion des dispositions pénales à l'acte mettant fin au traitement en relevant, entre autres choses, que l'homicide et le suicide n'étaient pas des morts naturelles tandis que si la fin de Nancy B. survenait après la cessation du traitement de soutien, ce ne serait que le fait de la nature⁶⁶. En définitive, selon le juge, le médecin devait cesser le traitement afin de se conformer à la volonté exprimée par le patient et pouvait le faire sans commettre une quelconque forme d'homicide ou d'aide au suicide dans la mesure où, sans donner à proprement parler la mort, il laissait plutôt faire la nature après la cessation du traitement.

Cette décision, et la prise de position qu'elle implique, méritent une double observation. D'une part, elle dénote indéniablement ici encore, à travers l'altération de sa protection impérative, un inflexissement de la valeur ultime et exclusive attachée à la personne humaine et à sa vie. Il n'y a pas lieu de prendre parti mais de constater : la protection d'ordre public de la personne s'efface devant sa volonté lorsque l'inviolabilité absolue devient une contrainte plus qu'une assise. De ce point de vue, l'argumentation à laquelle le juge Dufour a eu recours ne doit pas faire illusion, dans la mesure où le juge s'est ici livré à un véritable tour de passe-passe. Pour lui, si la cessation d'une assistance médicale vitale ne constituait pas directement un acte de mort mais seulement un abrègement « raisonnable » du processus de mourir, non répréhensible en tant que tel, c'est parce qu'elle laissait finalement la nature suivre son cours⁶⁷. Ce n'est donc pas l'acte mettant fin aux soins qui causait la mort, mais la maladie aux développements ultimes de laquelle ces soins faisaient justement inutilement obstacle. Toutefois, au-delà du *distinguo* subtil, il faut sans doute rétablir l'appréciation dans son contexte véritable : c'est en effet plutôt parce que la personne s'opposait au traitement qu'elle subissait et désirait voir sa maladie suivre naturellement son cours que l'acte mettant fin à ce traitement n'a pas été jugé pénalement répréhensible. Imaginerait-on à l'inverse que le patient manifestait expressément la volonté de bénéficier du traitement de soutien, il est permis de croire que le médecin qui, de lui-même, y mettait volontairement fin serait passible de poursuites pénales : la mort ne serait alors vraisemblablement plus considérée comme le seul fait de la nature mais bien comme la conséquence de l'intervention humaine. Autrement dit, il nous semble que la cessation d'une assistance médicale vitale pour faire place au processus mortel n'échappe pas, par elle-même, au risque de sanctions pénales, mais seulement en raison de la volonté du sujet dont elle se recommande. La volonté individuelle joue bien en l'occurrence un rôle exonératoire, à l'encontre des termes d'une protection absolue et abstraite de la personne humaine mais à la faveur des exigences d'une protection plus concrète. Ce qui revient autrement à constater que le souci de protéger la valeur particulière de la personne et de sa vie contre les tiers continue sans doute de fonder la répression des atteintes qui lui sont spontanément

⁶⁶*Ibid.* à la p. 367 :

J'ajouterais [...] que l'homicide et le suicide ne sont pas des morts naturelles tandis que, dans le cas présent, si la fin de la demanderesse survenait après la cessation du traitement de soutien respiratoire voulue par elle, ce serait le fait de la nature qui suivrait son cours.

⁶⁷*Ibid.*

portées, mais que sa préservation contre le sujet lui-même, qui justifiait normalement l'inefficacité de sa volonté, s'atténue considérablement.

En retour — et telle est la seconde observation — il est clair que la volonté privée y trouve un renforcement de son rôle et une extension de son domaine. Son rôle est renforcé puisqu'elle permet une nouvelle fois d'autoriser des atteintes qui ne sont pas naturellement légitimes, du moins si l'on s'en tient au respect traditionnellement affiché à l'égard de la valeur fondamentale de la vie. Surtout, son domaine est accru dans la mesure où l'expression de volonté ne se limite pas ici à la mise en oeuvre des droits de défense dont le sujet est investi ou à leur renonciation, mais manifeste au-delà une véritable revendication du sujet de décider des conditions de sa protection. On a pu déjà le relever : « Posée dans le but de préserver l'intégrité, l'intimité et la dignité de l'être humain, contre l'impérialisme du pouvoir médical et de l'autorité publique, la règle de l'assentiment préalable à l'acte thérapeutique consacre le pouvoir de la personne de se nuire et le devoir de ne plus la secourir lorsqu'elle s'y oppose. »⁶⁸ D'une certaine façon, le droit reconnu de se protéger contre les atteintes des tiers se traduit ainsi par un pouvoir, qui donne à son tour naissance à son correspondant extrême : le droit de se nuire. Transcendant l'impératif de protection qui fonde la reconnaissance du droit, la volonté consacre en fin de compte l'autonomie du sujet dans le contrôle et la maîtrise de sa protection, jusqu'à sa négation ultime.

Un devoir de prudence accompagne certes l'analyse de cette première décision québécoise⁶⁹ qui n'a pas à ce jour d'équivalent dans la jurisprudence française. Mais il est certain qu'elle inaugure déjà une vision nouvelle de la protection du sujet, plus soucieuse de respecter sa volonté intime que de lui imposer à tout prix le respect de considérations morales dont la préservation rigoureuse apparaît aujourd'hui dépassée. En ce sens, elle marque donc un pas important vers la reconnaissance de l'aptitude et de la liberté de chacun d'organiser sa propre protection selon ses intérêts et augure sur ce point de la vision contemporaine du statut de protection de la personne et de son corps.

⁶⁸Trib. gr. inst. Paris, 6 mai 1987, J.C.P. 1988.II.21130 (note G. Mémeteau).

⁶⁹Notons qu'une nouvelle décision de la Cour supérieure du Québec, *Manoir de la Pointe Bleue (1978), Inc. c. Robert Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 [ci-après *Manoir de la Pointe Bleue*], en date du 22 janvier 1992, confirme l'orientation prise par l'arrêt *Nancy B.* Dans cette affaire, il s'agissait d'une personne quadriplégique qui désirait mettre fin à ses jours et avait exprimé à cet effet sa volonté de refuser toute alimentation, tout en donnant mandat à son épouse d'interdire pour lui les soins lorsqu'il serait devenu inconscient. À la différence de *Nancy B.*, le patient n'était pas branché à un appareil quelconque qui le maintenait en vie de sorte qu'il s'agissait plus d'une abstention de soins que d'une cessation de traitement requérant une intervention extérieure. Pour autant, sa décision mettait de la même façon en opposition son droit à l'inviolabilité et les dispositions du *Code criminel*, en l'occurrence celles de l'art. 215 sur le manquement à l'obligation de fournir des choses nécessaires à l'existence. Or, pour trancher en faveur du premier, la Cour a relevé que « le droit de refus prime sur l'obligation de fournir les soins de base, soit l'alimentation et les breuvages » et que « la volonté claire exprimée par l'intimé au moment où il est lucide [...] devra être respectée lorsqu'il deviendra inapte puisqu'on peut assimiler cette volonté exprimée dans son mandat au deuxième alinéa de l'art. 19.1 C.C., qui prévoit que si l'intéressé est devenu inapte à consentir à des soins ou à les refuser, une personne qui est autorisée par mandat le remplace » (*ibid.* à la p. 719). En définitive, toujours selon la Cour, « la question [n'était] pas de savoir si le refus [était] raisonnable mais plutôt si la personne a[vait] suffisamment de conscience, d'équilibre et de lucidité pour prendre une décision » (*ibid.*).

B. *La recomposition du statut de protection de la personne et de son corps*

À l'heure où le corps humain est, plus que jamais, l'objet de toutes les attentions, tant du législateur français que du législateur québécois, il faut se rendre à l'évidence : « [q]uel que soit le légitime désir qu'on puisse avoir de placer la personne humaine hors du commerce »⁷⁰, elle n'est pas, ou plutôt n'est plus, véritablement indisponible. La règle d'or d'indisponibilité conserve sans doute quelque autorité dans son application à la personne humaine comme valeur intangible, mais elle a visiblement perdu toute généralité dans sa récurrence au corps et à la protection concrète de la personne. De ce point de vue, le principe semble au contraire avoir imposé sous l'effet conjugué des progrès de la médecine et de ses excès. D'une part, pour répondre à de nouvelles perspectives de survie (ou simplement d'amélioration de la vie), le corps humain s'est en effet soumis aux nécessités de fonctionnement dictées par son utilité mais il s'est ce faisant en partie coupé des représentations morales qui gravitent autour de la personne, abstraction juridique, et qui postulaient classiquement son indisponibilité. D'autre part, en devenant lui-même la proie de son propre désir de survie et devant supporter le poids d'une préservation « forcée », l'individu finit par se rebeller et revendique aujourd'hui l'autonomie et le contrôle de sa propre protection, imposant du même coup une vision renouvelée de la défense impérative de ses valeurs.

De tout cela, il résulte évidemment une certaine « décomposition » du statut classique de protection de la personne qui ne peut plus, sans perdre sa logique, rester le même. Sous cette réserve, il nous semble cependant dangereux de livrer complètement la protection de la personne et de son corps à sa maîtrise et à l'emprise de la volonté privée. Le droit ne peut pas jouer les Ponce Pilate, il lui revient de maintenir des garde-fous, des règles impératives encadrant cette volonté pour éviter que, sous prétexte d'autonomie et de libre arbitre, la personne n'en vienne à s'aliéner elle-même.

Autrement dit, la « recomposition » du statut de protection de la personne paraît certes devoir passer par une plus grande autonomie de la volonté du sujet mais avec cette sauvegarde que certaines considérations essentielles, comme le respect de la dignité humaine, gouvernent toujours les actes ayant la personne comme objet.

1. L'autonomie de la volonté

Elle est d'une certaine façon le résultat à la fois moderne et logique de l'évolution amorcée par la reconnaissance à chaque personne de droits fondamentaux à sa vie et à son intégrité physique. Le résultat moderne, sans aucun doute, dans la mesure où elle doit avant tout son essor au contexte particulier qui l'a rendue nécessaire : les avancées de la science médicale, plus que toute autre chose, en provoquant une vision nouvelle du corps humain mais aussi de la vie, de la maladie et de la mort, ont été l'occasion de cette impulsion moderne donnée au rôle de la volonté tandis que jusqu'alors l'homme subissait les conditions de sa propre protection plus qu'il n'en disposait.

⁷⁰Mazeaud, *supra*, note 16 à la p. 161.

Mais elle en est à ce point de vue le résultat logique si l'on se réfère aux considérations qui se profilent derrière cette protection. En effet, on a pu considérer que les droits de chacun à sa vie ou à son intégrité physique se situaient au cœur des préoccupations concernant la valeur et la dignité de l'être humain, et que c'était précisément, du moins à notre avis, la valorisation de la dignité humaine qui motivait et animait la protection individuelle. Or, l'accent a été mis avec raison sur le fait que « parmi les composantes de cette dignité inhérente de l'être humain, se trouve la reconnaissance du libre arbitre de l'individu, du fait qu'il possède la faculté de se gouverner lui-même »⁷¹. En réalisant sa dignité, le droit à l'inviolabilité de la personne implique aussi l'indépendance de la personne ; il définit l'essence de l'homme comme un être unique qui se détermine par lui-même⁷². En conséquence, il semblerait logique que la valorisation de la dignité humaine ne s'arrête pas à reconnaître à chaque personne une protection individuelle au moyen de droits personnels dont elle est investie, mais se complète par une liberté et une autonomie élargies dans leur maîtrise et dans leur mise en oeuvre.

Naturellement, toute protection d'ordre public et en particulier pénale par la collectivité n'est pas nécessairement exclue mais elle demeure limitée aux atteintes les plus graves causées spontanément par des tiers (meurtre, viol, coups et blessures, etc.). En revanche, elle doit cesser d'être contraignante et absorbante lorsqu'elle entre en contradiction avec les intérêts particuliers de la personne et fait obstacle à sa volonté expresse. En somme, à l'instar du concept américain de *privacy*, cela revient à consacrer une sorte de sphère privée, d'autonomie personnelle, relevant de la seule volonté privée et dans laquelle chacun est libre de « s'autodéterminer », d'organiser selon ses propres intérêts et au gré de sa propre morale sa propre protection. Au lieu de préserver abstraitement l'intégrité corporelle, le principe protège ainsi avant tout la liberté de décision sur son propre corps.

Il en résulte que chacun doit être libre, *i.e.* avoir le choix individuel d'autoriser en connaissance de cause des atteintes à l'intégrité de sa personne, en considération de l'utilité de leur but aussi bien pour soi que pour autrui. Qu'il s'agisse de consentir à un prélèvement d'organes, de tissus ou de substances de son corps, ou de se soumettre volontairement à une expérimentation scientifique, la volonté est la condition nécessaire et suffisante de la sauvegarde de son inviolabilité.

À l'inverse, la personne doit avoir le droit de s'opposer à toute intervention même bénéfique dans la mesure bien sûr où son refus manifeste sur ce point une volonté libre et éclairée⁷³. Quelle que puisse être la conséquence de ce refus de

⁷¹Huppé, *supra*, note 25 à la p. 725.

⁷²Sur ce point, voir E.J. Bloustein, « Privacy as An Aspect of Human Dignity : An Answer to Dean Prosser » (1964) 39 N.Y.U.L.R. 961 à la p. 971.

⁷³En ce sens, Lesage-Jarjoura, *supra*, note 59 aux pp. 44-45 ; M. Ouellette, « La Charte canadienne et certains problèmes de bioéthique » (1984) 8 R.J.T. 274 ; J.-L. Baudouin, « La liberté du patient devant le traitement et la mort » dans G.A. Beaudoin et D. Turp, éd., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1986, 505 : pour cet auteur, le droit de refus se rapporte au principe de l'autonomie de la personne humaine et à son

traitement (aggravation de l'état du sujet, voire même son décès), le respect de la volonté est alors la condition indispensable d'une autonomie réelle de la personne dans la maîtrise de sa protection et participe finalement en cela du respect de sa dignité⁷⁴. La solution rendue dans l'affaire *Nancy B.* a indéniablement ouvert cette voie en réservant à la personne elle-même la décision de « mourir dans la dignité » ; osons suggérer qu'elle n'est que l'amorce d'un mouvement plus ample vers la reconnaissance d'un véritable droit de refus, sorte de « droit à l'abrègement du processus de mourir », que certains appellent déjà de leurs vœux et que le droit ne peut, par crainte des controverses, ignorer trop longtemps, au risque de se condamner au jeu pervers et dangereux du « laissez-faire ».

Cela étant, une réserve générale doit encore être faite en ce qui concerne l'admission de la représentation. Recentrée sur la volonté individuelle et son autonomie, la protection de la personne suppose en effet une volonté libre et éclairée, mais elle requiert encore, dans la mesure du possible, une volonté exprimée par le sujet lui-même. Il en résulte que les personnes considérées comme incapables doivent être, autant que faire se peut, associées à la décision les concernant lorsque l'acte apparaît nécessaire pour elles-mêmes, et que la représentation doit être exclue, ou du moins limitée, lorsque l'acte se révèle d'aucune utilité pour elles-mêmes. En faveur de la première proposition, on ne peut qu'approuver les dispositions du *Code civil du Québec* qui fixent à quatorze ans l'âge de majorité en matière de soins⁷⁵ et favorisent dans les autres cas la prise en considération de la volonté de la personne représentée⁷⁶. En revanche, dans le cadre de la seconde proposition, les dispositions du projet de loi français relatif aux dons et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain, qui interdisent tout prélèvement sur les mineurs et les majeurs incapables, nous semblent préférables⁷⁷.

droit à l'autodétermination (*ibid.* à la p. 517). Cette position est également celle défendue par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail intitulé *Le traitement médical et le droit criminel* (Document de travail n° 26), Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1980 à la p. 69) ainsi que dans son rapport intitulé *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (Rapport n° 20), Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1983 à la p. 23).

⁷⁴Dans l'affaire *Goyette*, le juge Paul Reeves considérait ainsi que « l'État doit préserver la vie humaine mais si, malgré ses soins, la vie devient inhumaine, c'est la dignité de la personne qui doit l'emporter sur l'intérêt de l'État » (*Goyette c. Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1983] C.S. 429 à la p. 436). De même, dans la décision récente *Manoir de la Pointe Bleue*, la Cour supérieure du Québec a estimé que « toute personne a le droit de jouir de la vie et, en corollaire, [...] le droit de mourir dans la dignité » (*supra*, note 68 à la p. 725).

⁷⁵Selon l'art. 14 *C.c.Q.*, le mineur de quatorze ans et plus peut consentir seul aux soins exigés par son état de santé et le fait encore librement, selon l'art. 17 *C.c.Q.*, lorsqu'il s'agit de soins non requis par son état de santé qui ne présentent aucun risque sérieux et ne peuvent lui causer des effets graves et permanents (au cas contraire, mais seulement dans ce cas, le consentement du titulaire de l'autorité parentale est nécessaire).

⁷⁶Aux termes de l'art. 12 *C.c.Q.* :

Celui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'agir dans le seul intérêt de cette personne en tenant compte, dans la mesure du possible, des volontés que cette dernière a pu manifester.

⁷⁷Pour une analyse critique des règles du *C.c.Q.* à ce sujet, voir Deleury, *supra*, note 15 aux pp. 453-55.

Reste évidemment encore la délicate question de la représentation d'une personne inconsciente pour demander elle-même l'arrêt d'un traitement vital. C'est cette situation qui donne à vrai dire le plus souvent lieu aux revendications d'un « droit de mourir dans la dignité » et de refuser un traitement inutile. Or, doit-on les écarter sous prétexte que la personne est inapte à se déterminer par elle-même et à exprimer sa volonté ou admettre, à l'instar de la jurisprudence américaine, que le droit à l'autodétermination du patient autorise également le représentant à refuser pour lui le traitement devenu inutile⁷⁸ ? Une solution médiane pourrait être privilégiée en reconnaissant une valeur à la volonté exprimée, par anticipation, par la personne bien portante en prévision de la situation où elle s'avérerait incapable de refuser un traitement en raison de son état. C'est ce qui existe déjà en droit américain avec la pratique des *living wills*⁷⁹ et qu'une proposition de loi française avait envisagé sans succès⁸⁰. Notons qu'en droit civil québécois, une telle possibilité pourrait aujourd'hui avantageusement se prévaloir des dispositions du nouveau *Code civil* qui prescrivent à celui qui consent ou refuse des soins pour autrui « d'agir dans le seul intérêt de cette personne en tenant compte, dans la mesure du possible, des volontés que cette dernière a pu manifester »⁸¹.

2. Le dernier rempart : le respect de la dignité humaine

Un risque majeur apparaît néanmoins au détour de cette évolution : que le droit de chacun de « disposer » des conditions de sa protection, monopole dans sa propre protection, ne se transforme positivement, au gré des revendications individuelles, en un véritable droit de disposer de soi-même, monopole dans son

⁷⁸Re *Karen Quinlan*, 355 A.2d 647 à la p. 670 (N.J. 1976). Récemment, la Cour suprême du Massachusetts a également confirmé sur cette base une décision autorisant, à la demande de ses parents, le débranchement des tubes alimentant une femme de trente-trois ans qui souffrait d'une maladie dégénérative (« La Cour suprême du Massachusetts autorise Jane Doe à mourir en paix » *La Presse* [de Montréal] (7 janvier 1992) 5). Sur cette question, voir de façon générale F.A. Rozovsky, *Consent to Treatment, A Practical Guide*, 2e ed., Boston, Little, Brown, 1990 à la p. 473 et s.

⁷⁹Plusieurs États américains se sont en effet aujourd'hui dotés de législations permettant de tenir compte, sous le vocable de *living wills*, des volontés exprimées par le patient avant d'en devenir incapable (sur cette question, voir Rozovsky, *ibid.* à la p. 518 et s.). De leur côté, la plupart des tribunaux américains s'accordent également maintenant pour les prendre en considération (voir par exemple, *John F. Kennedy Memorial Hospital c. Bludworth*, 452 So.2d 921 (Fla. 1984) ; voir également, Rozovsky, *ibid.* à la p. 476).

⁸⁰Une proposition de loi de M. Caillavet concernant « le droit de vivre sa mort », qui prévoyait pour tout majeur la faculté de « déclarer sa volonté qu'aucun moyen médical ou chirurgical autre que ceux destinés à calmer la souffrance ne soit utilisé pour prolonger artificiellement sa vie s'il est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique incurable », a été rejetée par le Sénat le 7 mai 1980.

⁸¹Art. 12 C.c.Q. Cette possibilité a d'ailleurs été récemment envisagée par la Cour supérieure du Québec qui a admis, dans l'affaire *Manoir de la Pointe Bleue*, qu'un quadriplégique puisse valablement donner mandat à son épouse de refuser pour lui tout traitement médical lorsqu'il deviendra inapte à la suite de son jeûne. Selon la Cour, la volonté clairement exprimée par le patient au moment où il est lucide doit en effet être respectée lorsqu'il devient inapte, en vertu du mandat donné à son épouse de respecter sur ce point sa volonté (*supra*, note 69 aux pp. 719, 725). Cette solution était au demeurant déjà défendue par quelques auteurs (voir notamment Lesage-Jarjoura, *supra*, note 59 à la p. 66).

exploitation, dans sa mise en valeur. À cet effet, au lieu de s'en tenir à la finalité du droit, protéger le sujet, il suffirait de mettre l'accent sur son seul contenu qui garantit à chacun la maîtrise de son corps et de ses éléments. Paradoxalement, le droit de disposer de soi-même, traditionnellement condamné au nom de la socialité de la personne, serait ainsi envisagé comme un aspect du respect de sa personnalité et de sa dignité.

À vrai dire, on doit bien concéder à ceux qui s'en prévalent que l'indisponibilité du corps humain n'est plus aujourd'hui un principe de portée générale : il dépend de la volonté de la personne de disposer de parties de son corps et même de son corps dans sa totalité en se soumettant à une expérimentation. Mais cela n'implique pas pour autant, selon nous, qu'il faille reconnaître à chacun un droit général de disposer de sa personne⁸². La faillite de l'un n'a pas inéluctablement pour corollaire la reconnaissance de l'autre. Au contraire, certaines considérations essentielles, comme le respect de la dignité humaine, doivent continuer de fonder le régime particulier de la personne et de son corps au profit de son humanité, de notre humanité.

Ainsi, c'est en s'appuyant sur le respect de la dignité humaine que l'on doit maintenir l'inefficacité du consentement donné par la personne, en dépit de son droit à l'autodétermination, lorsque l'acte ne répond à aucun intérêt raisonnable (mutilations gratuites ou blessures inutiles) et constitue justement la négation de l'idée même de dignité humaine. En cela, la liberté acquise comme expression de la dignité trouve une limite logique dans son respect, dans la mesure nécessaire à protéger l'individu contre l'usage excessif qu'il pourrait faire de cette liberté⁸³.

Mais le respect de la dignité humaine commande aussi et impose surtout, lorsque la disponibilité est admise, la gratuité de l'acte tant il est vrai qu'en acceptant de se vendre, « l'homme renierait sa dignité au nom d'un bien patrimonial auquel il sacrifierait son intégrité »⁸⁴. Ainsi conçue, la gratuité devient

⁸²*Contra*, pour la reconnaissance d'un véritable droit de propriété de la personne sur son corps, voir B. Lemennicier, « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? » (1991) 13 Rev. fr. théorie jur. 111 aux pp. 112-22.

Sur cette question en droit canadien, voir *Document de la Commission, supra*, note 13 aux pp. 65-70 et R.W. Marusyk et M.S. Swain, « A Question of Property Rights in the Human Body » (1989) 21 R.D. Ottawa 351.

⁸³Il pourrait sembler à prime abord contradictoire de fonder sur la valorisation de la dignité humaine la liberté de décision de chacun sur son propre corps tout en faisant de son respect une limite à cette liberté. C'est qu'en réalité le respect de la dignité commande effectivement l'autonomie du sujet mais demeure également lié à notre vision morale de l'être humain. Dans ces conditions, il s'agit donc d'assurer une protection minimale de la personne, en requérant dans tous les cas l'expression de sa volonté, sans pour autant l'exposer au danger de ses propres excès. Les deux aspects demeurent d'ailleurs liés car l'on peut croire qu'une personne qui consentirait à l'avance et de façon générale à toute atteinte, quelle qu'elle soit, qui lui serait portée, perdrait, avec sa dignité, sa liberté et son libre arbitre.

⁸⁴Doll, *supra*, note 37 à la p. 821.

L'idée que la vente de soi ou de parties de son corps est intrinsèquement immorale, déshumanisante et qu'elle porte atteinte au respect dû aux personnes peut sans doute trouver une source d'inspiration dans la philosophie morale de Kant : « Ce qui n'a que du prix peut être remplacé par

une sorte de directive nouvelle dans le domaine des actes juridiques portant sur le corps humain, associée au respect de l'autonomie de la volonté, mais au service du respect fondamental de la dignité propre de l'être. Version moderne et adaptée d'une indisponibilité désormais obsolète et en passe d'être révoquée⁸⁵, elle interdit pour notre dignité que le corps, dissocié de la personne, ne sorte vraiment de l'extra-commercialité juridique (ce qui est fait en grande partie, n'en déplaise à ceux qui s'en irritent) pour mieux entrer dans le marché⁸⁶.

C'est indéniablement dans cette double orientation que s'inscrivent aujourd'hui et le droit québécois et le droit français, en particulier dans les projets de loi qu'il se propose d'adopter. Consacrant, d'une part, l'inviolabilité de la personne et l'autonomie de sa volonté (nul ne peut intervenir sur le corps de la personne sans son acceptation)⁸⁷, ils imposent d'autre part la gratuité de principe des actes de disposition⁸⁸. Toutefois, malgré cette « bonne intention » manifeste et ces préceptes fondamentaux dont le respect est supposé garantir à lui seul et la protection de la personne et, pour employer un mot à la mode, « l'éthicité » des actes la concernant, des brèches demeurent ouvertes, dont on ne sait si elles ont été laissées là ponctuellement par un législateur soucieux de conciliation ou si elles augurent déjà de la fragilité de l'ensemble. C'est le cas en particulier en matière d'expérimentation sur la personne, où après avoir posé (imposé ?) un principe de gratuité⁸⁹, le législateur français a réservé une dérogation importante, et sans doute la plus importante, au profit de ceux qui se prêtent à une recherche sans finalité thérapeutique pour eux-mêmes en les autorisant à perce-

quelque équivalent ; mais ce qui est au-dessus de tout prix et ce qui, par conséquent, n'a pas d'équivalent, voilà ce qui a de la dignité » (Kant, *supra*, note 8 à la p. 70).

⁸⁵En fait, le principe d'indisponibilité du corps humain ne s'applique plus aujourd'hui que ponctuellement pour justifier des solutions particulières. Ainsi en est-il essentiellement de l'interdiction des contrats de mères porteuses, condamnés sur ce fondement en mai 1991 par la Cour de cassation française (*supra*, note 1) et dont la prohibition est confirmée par le projet de loi français traitant de la procréation médicalement assistée (notons qu'une solution similaire est désormais consacrée par l'art. 541 *C.c.Q.*, suivant lequel « [l]es conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue »).

En revanche, il n'est plus, de façon certaine, un principe général et de valeur dogmatique. Trop d'exceptions le démentent et ceux qui finalement s'en font encore généreusement l'écho le confondent en vérité avec sa « variable » commerciale et économique.

⁸⁶En faveur de cette solution respectueuse de la dignité intrinsèque à l'être humain, voir *Document de la Commission*, *supra*, note 13 aux pp. 68-72, 197-98.

⁸⁷Déjà affirmés par l'art. 10 *C.c.Q.*, le principe de l'inviolabilité de la personne et de son corps et l'exigence du consentement qui en découle, se trouvent pour la première fois explicitement consacrés par le projet de loi relatif au corps humain (*supra*, note 4) dont les dispositions, si elles sont adoptées, seront insérées dans le livre premier du *Code civil* français consacré aux personnes.

⁸⁸La gratuité est imposée par l'art. 25 *C.c.Q.* s'agissant de l'aliénation par une personne de parties ou de produits de son corps. Le projet de loi français, relatif aux dons et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain en fait pour sa part un principe général aussi bien en ce qui concerne l'utilisation d'organes que la procréation médicalement assistée lorsqu'elle est admise (don de sperme ou d'ovule par exemple). À telle enseigne qu'il assortit ces prescriptions de sanctions pénales en incriminant le trafic d'éléments et produits du corps humain (six mois à cinq ans de prison et de 50 000 francs à 1 000 000 francs d'amende). Voir *Le Monde*, *supra*, note 4.

⁸⁹Art. L.209.8 du *Code de la santé publique* :

La recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière hormis le remboursement des frais exposés et sous réserve de dispositions particulières prévues par l'article L.209.15 du présent code [...].

voir une indemnité de compensation⁹⁰. Une possibilité que le *Code civil du Québec*, tout en l'envisageant plus strictement, admet de manière non moins explicite⁹¹.

Il est donc visiblement risqué de se réjouir trop tôt de l'affirmation de principes nobles et respectueux de la personne ; quand on observe les exceptions qui les encombrant encore, on peut craindre des tensions futures entre ces principes et les « nécessités de la pratique » dans un marché de la santé qui s'inspire parfois davantage d'autres lois, celles de l'économie. Des premiers aux secondes, c'est bien évidemment le passage du commerce juridique au marché commercial qui se retrouve en perspective ; mais derrière l'appât du gain possible, gageons que la liberté que l'on prendrait de le franchir prendrait bien vite l'allure d'une servitude volontaire.

⁹⁰Précisément, l'article L.209.15 du *Code la santé publique* prévoit que

[d]ans les cas d'une recherche sans finalité thérapeutique directe à l'égard des personnes qui s'y prêtent, le promoteur verse à ces personnes une indemnité en compensation des contraintes subies. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé.

Il s'agit bel et bien ici de rémunérer l'acte de mise à disposition de son corps par le sujet, transformé en partenaire dans le marché de la santé. Comme le note le Professeur Cornu, « le contrat à titre onéreux d'expérimentation crée un bénévolat rémunéré » (*supra*, note 23 à la p. 490).

⁹¹En effet, alors qu'il impose rigoureusement la gratuité pour les aliénations entre vifs de parties ou de substances du corps, l'art. 25 *C.c.Q.* dispose ensuite que « [l]'expérimentation ne peut donner lieu à aucune contrepartie financière hormis le versement d'une indemnité en compensation des pertes et des contraintes subies ». Ainsi, en dépit de sa forme dérogatoire, l'idée d'une compensation financière n'est pas totalement exclue, dont l'importance dépendra finalement de la définition des « pertes et des contraintes subies ».