

CORPS HUMAIN ET ACTES JURIDIQUES*

par JEAN-LOUIS BAUDOUIN**

L'étude des actes juridiques portant sur le corps humain est vaste et fort complexe comme en font foi les rapports nationaux français, belge, italien et québécois. Les problèmes qu'ils soulèvent ne sont pas en effet, contrairement à ce que l'on pourrait croire, d'apparition récente. Il y a longtemps déjà que s'est discutée par exemple la légalité du contrat d'assurance-vie ou des transactions portant sur les cheveux, la cornée.

Toutefois, les découvertes récentes de la médecine et de la biologie et le développement de techniques scientifiques de pointe ont donné une actualité et une dimension nouvelles au problème. En 1968, les premières greffes de coeur en Afrique du Sud et au Canada ont soulevé des difficultés certaines pour les juristes, notamment quant à la détermination de l'instant de la mort. Depuis longtemps déjà, dans certains pays, la pratique de l'insémination artificielle est venue bouleverser les règles traditionnelles du droit familial. Certains exemples récents, à propos de l'usage de drogues comme le L.S.D., ont remis en lumière les dangers de l'expérimentation sur des cobayes humains.

Enfin, que dire de toutes les questions relatives aux opérations chirurgicales visant à effectuer un changement de sexe, dont la légalité est reconnue dans certains pays et non dans d'autres. Tous ces problèmes et bien d'autres (l'eugénisme, l'euthanasie, l'avortement, etc. . .) laissent évidemment bien loin l'étude de la validité du contrat entre le coiffeur et son client, contrat aux termes duquel le premier débarrasse le second de la matière vivante que sont ses cheveux et sa barbe.

* Rapport présenté dans le cadre du Congrès Henri Capitant tenu à Bruxelles du premier au sept septembre 1975. La *Revue de Droit* a publié dans son numéro précédent les contributions des juristes québécois lors de cette rencontre.

** Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

Tous les rapports nationaux, du moins d'une façon implicite, montrent bien que, face à cette évolution, les règles juridiques traditionnelles sont entrées dans une phase de mutation profonde. La raison, je pense, en est claire. Les réalités médicales modernes transforment peu à peu la morale sociale qui sous-tend la règle de droit. On admet ainsi de nos jours, ce qui semblait à peine possible il y a quelques siècles, que le corps humain puisse faire l'objet d'un contrat. Le principe de l'intangibilité du corps humain est soumis à des exceptions de plus en plus nombreuses, à mesure que la médecine découvre les possibilités d'utilisation de certaines parties du corps comme "pièces de rechange". Dans la même veine, l'intangibilité presque absolue du cadavre et son caractère sacré sont largement disparus dans certains pays. On permet plus facilement, avec moins de réticences, le prélèvement de tissus sur les morts.

Le substratum socio-religieux et l'attitude de l'homme à l'égard de son propre corps ont changé. Le coeur n'est plus le siège des sentiments, n'est plus le siège de symboles. Il est une chose et une chose utile à d'autres. On sait maintenant que l'homme peut aider ses semblables par le don d'une partie de son corps. Par voie de conséquence, on est prêt à admettre, ce qui eut paru impensable il y a quelques décennies, qu'il est moral et légal de maintenir artificiellement en vie une personne dans le seul but d'utiliser ses tissus ou ses organes pour sauver la vie d'une autre.

Tout ceci nous oblige à repenser le droit traditionnel à la lumière de cette nouvelle moralité et de la nouvelle éthique médicale qui s'en dégage.

Le sujet de ces journées, sur le plan strictement juridique, est cependant très vaste. C'est sans nul doute ce qui a poussé MM. Vignocchi, Chabas et Héleine à limiter l'examen du problème dans leurs droits respectifs, à l'étude de certaines grandes questions. Le rapporteur général que je suis doit les en remercier. Cette concordance entre les rapports nationaux a grandement facilité son travail.

Deux observations préliminaires doivent être faites. La première tient à la définition même du sujet. Monsieur Chabas, dans son remarquable rapport sur le droit français, note l'importance qu'il y a à bien définir les catégories d'actes juridiques sur lesquels on doit s'arrêter. Comme il le note si justement, seuls, au fond, ont un intérêt pour notre thème les actes ayant le corps humain

pour objet direct, c'est-à-dire dans lesquels le corps est envisagé sous un aspect purement passif. Il n'est donc pas question par exemple, même si la chose pourrait se faire avec un intérêt certain, d'étudier le contrat entre le sportif et l'organisateur de sport, non plus que celui qui intervient entre le producteur de cinéma et sa vedette. Tous deux portent certes à des degrés divers sur le corps humain, mais celui-ci ne constitue pas l'objet direct et passif de l'engagement. Poursuivant son analyse et rappelant la distinction entre le droit à l'intégrité physique qui a la personne pour sujet actif, et le droit sur la personne qui a pour titulaire d'autres sujets de droit, il en déduit logiquement l'existence de deux classes principales d'actes relatifs au corps humain: ceux que l'on passe sur son propre corps, et ceux qui ont pour objet le corps d'un autre.

Cette constatation est implicitement partagée par le rapporteur italien Monsieur Vignocchi. Monsieur Héleine y souscrit aussi, même s'il préfère, dans son rapport, examiner séparément les atteintes à l'intangibilité du corps humain en vie et celles relatives à l'intangibilité du cadavre. Il rejoint cependant parfaitement les remarques de Monsieur Chabas en notant que, fondamentalement, ce sont les mêmes principes de base qui règlent les deux situations.

La seconde remarque préliminaire porte sur l'état même du droit. Monsieur Vignocchi nous apprend qu'en Italie, c'est l'article 32 de la *Constitution* qui demeure le texte fondamental sur la question en proclamant le droit à la santé et aux soins. Ce texte est complété par une série de dispositions législatives ou réglementaires (*loi 458 du 26/6/1967 sur les greffes de rein, loi de 1968 sur la disposition du cadavre, articles du Code pénal et du Code civil, etc. . .*). En France, on retrouve, outre le *Code de la Santé Publique*, les lois du 15 novembre 1887, du 7 juillet 1949, le décret du 20 octobre 1947 et la célèbre circulaire no 67 du 24 avril 1968, pour ne citer que quelques textes. Au Québec, l'article 19 du *Code civil* consacre le principe de l'inviolabilité de la personne humaine. Il est accompagné de textes portant sur les dons et prélèvements d'organes (*arts 20 à 23 C.c.*) et entouré d'une série de lois spéciales tant fédérales que provinciales. La situation est identique en Belgique.

Tout ceci permet de constater qu'apparemment aucun pays n'a cru bon, jusqu'ici, de prévoir une législation cohérente d'ensemble sur les actes juridiques portant sur le corps humain, mais qu'au

contraire, tout se passe comme si le droit, peut-être un peu dépassé par la médecine, ne visait à régler les problèmes posés par elle que coup par coup, sans politique générale d'ensemble.

La médecine nous apprend combien la cloison qui sépare le royaume des vivants de celui des morts est parfois mince. Toutefois, pour les juristes que nous sommes, et peut-être d'ailleurs d'une façon un peu artificielle, la distinction entre la vie et la mort est capitale en raison des conséquences juridiques qui s'y rattachent. C'est donc à partir de celle-ci que nous tenterons de synthétiser brièvement les observations contenues dans les rapports nationaux en examinant d'abord les actes juridiques portant sur le corps humain en vie et ensuite, dans une seconde partie, ceux qui s'attachent au corps humain mort, c'est-à-dire au cadavre.

I

LES ACTES JURIDIQUES PORTANT SUR LE CORPS VIVANT

Tous les systèmes juridiques proclament et reconnaissent le principe de l'intangibilité du corps humain. C'est en effet le corollaire nécessaire du respect de la vie humaine qui reste, au-delà des divergences des systèmes politiques ou économiques, à la base de toute civilisation.

L'homme en ce sens n'est pas véritablement maître de son propre corps. Celui-ci ne lui appartient qu'en partie et que sous certaines conditions. On punira ainsi la tentative de suicide, la mutilation volontaire, l'euthanasie, la soumission à l'expérimentation humaine.

Pourtant, comme dans tout autre domaine, les impératifs de la préservation de la vie et de l'intangibilité du corps humain viennent en conflit avec d'autres impératifs sociaux. C'est au nom de ces derniers que l'on imposera certains actes médicaux comme les vaccinations obligatoires et que l'on permettra à un individu de disposer d'une partie de son corps pour venir en aide à son semblable. À en croire certains philosophes modernes, l'intangibilité du corps humain ne serait plus bientôt qu'un mythe. Nous ne sommes pas cependant encore plongés dans l'univers concentrationnaire d'Orwell non plus que dans la prison dorée du *Brave New World* d'Aldous Huxley.

Certes, la réglementation des actes juridiques portant sur le corps vivant est de plus en plus nombreuse et ainsi les exceptions apparentes à l'intangibilité du corps humain de plus en plus fréquentes. Toutefois le droit, jusqu'ici, garde son emprise et ce d'une double façon. D'une part, il impose un contrôle au moyen des conditions qu'il pose à la validité de ces actes. D'autre part, il conserve un droit de regard sur la conformité de ceux-ci à la morale et à l'ordre public de la société. Ce sont ces deux mesures restrictives qu'il importe maintenant d'examiner rapidement.

A) Les conditions de validité de ces actes

Tous les rapports nationaux ont longuement insisté sur les conditions de validité des actes juridiques portant sur le corps vivant. Comme le notent MM. Héleine et Vignocchi, ces actes sont naturellement soumis à la réglementation civiliste générale des actes entre vifs et à cause de mort. Cet aspect ne présente pour nous qu'un intérêt bien mince. Par contre, nos préoccupations doivent se centrer autour des règles particulières à ce type d'acte, c'est-à-dire des dérogations ou aménagements spéciaux au droit classique et traditionnel des contrats et autres actes juridiques. On a vite fait alors de constater que le souci primordial du législateur, qu'il soit belge, français, italien ou québécois, est de s'assurer de l'existence du consentement, de sa liberté et de sa plénitude. La chose, plus particulièrement sensible lorsque l'acte juridique conclu porte sur son propre corps, reste vraie lorsqu'il porte sur le corps des autres.

En droit français, l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 mai 1936 a reconnu l'existence d'une relation contractuelle entre le patient et le médecin. La doctrine et la jurisprudence françaises ont bien établi, au cours des ans, les principes fondamentaux de l'exigence de l'acte de volonté. Le consentement doit être donné à l'acte lui-même mais aussi à la thérapeutique, ce qui a pour effet d'obliger le médecin à informer et renseigner le malade sur les conséquences possibles ou probables d'une intervention ou d'un traitement. Le patient doit être en mesure de connaître et donc d'évaluer les risques, du moins, comme le notent si justement MM. Chabas et Héleine, lorsque cette divulgation n'est pas en elle-même nuisible à la santé physique ou morale du patient.

Ces règles sont les mêmes en droit italien qui requiert, selon l'expression même de Monsieur Vignocchi, "... un consentement volontaire et conscient ...". Madame Groffier-Atala, dans son

rapport sur le transsexualisme, analyse de façon brillante le problème du consentement aux opérations et traitements destinés à transformer, du moins en apparence, un homme en femme ou une femme en homme. Le problème est éminemment délicat, en raison du caractère irréversible de l'opération, et du fait que certains médecins et juristes se posent encore des questions sur la légalité de l'intervention. Elle note qu'au Québec, comme d'ailleurs aux États-Unis, avant l'opération, l'équipe médicale se livre à une enquête et une investigation physiologique et psychologique très poussée du candidat, de façon à bien s'assurer de la réalité du consentement. La chose est d'autant plus nécessaire que certains transsexuels présentent des troubles psychotiques et qu'ainsi leur consentement risque de ne point être suffisamment éclairé. Enfin, dans ce genre d'acte médical, le devoir d'information et de renseignement du médecin est particulièrement fort. Il doit avertir le patient des risques opératoires, des risques du traitement hormonal préalable et des possibilités de rejet de certaines pièces de prothèses destinées à conférer à un homme une certaine apparence féminine.

Dans les autres hypothèses, l'article 20 du *Code civil* québécois, dont Monsieur Héleine fait une étude fouillée, pose dans son ensemble des règles identiques à celles du droit français et du droit belge. La jurisprudence insiste sur la nécessité d'un consentement libre et intègre. Cependant, le fait que l'acte porte sur le corps humain motive qu'on ajoute une troisième condition au consentement: s'il faut qu'il existe et qu'il soit libre, il est également impératif qu'il soit réfléchi.

La préoccupation des divers droits de s'assurer de la plénitude de l'acte de volonté se décèle facilement dans l'examen des mesures qu'ils adoptent dans le cas des personnes inaptes à donner un consentement. Ce sont, par exemple, les proches du malade qui devront prendre certaines décisions pour lui et conclure certains actes juridiques lorsqu'il est inconscient. Dans ce cas cependant, comme le souligne si bien Monsieur Vignocchi, ce consentement n'est pas l'expression d'un droit de disposition du corps d'un autre, mais du droit d'accomplir sur celui-ci des actes nécessaires à sa sauvegarde.

Tel est le cas également des mineurs et incapables et de toutes les personnes qui se trouvent sous l'effet d'une contrainte indirecte ou d'un état de nécessité au moment de l'expression de leur consentement. On songe, non sans frémir, aux manchettes

récentes de certains journaux à l'effet que certains pays riches rempliraient leurs banques de sang avec celui de donneurs appartenant à des pays sous-développés et vendu pour quelques sous. On pense également à la tentation que pourraient éprouver certains médecins ou savants à utiliser les criminels condamnés à vie pour des expériences médicales ou pharmacologiques. Dans ces cas, il est évident qu'on ne saurait parler d'un consentement libre et réfléchi à l'acte juridique.

Il n'est pas sans intérêt de s'attarder un peu à la situation du mineur et de l'interdit, pour deux raisons. D'une part, l'analyse des rapports nationaux fait ressortir une certaine divergence entre les pays; d'autre part, le problème posé en regard de l'exigence du consentement est, dans ces cas, fondamental.

En France, comme le signale si bien Monsieur Chabas, on exclut radicalement en principe le droit pour des tiers de passer un acte autorisant un traitement ou une intervention médicale qui ne soit pas pour le bénéfice exclusif du mineur. Aux termes des articles 372 et s. du *Code civil* français, les décisions sont prises par ceux qui exercent l'autorité parentale. Devant le silence de la loi française sur le don d'organes par un mineur, Monsieur Chabas estime qu'il resterait possible avec le double consentement de ces personnes et de l'intéressé lui-même. Suivant la même politique protectionniste, l'intervention sans risque ou l'acte fait dans l'intérêt exclusif de l'incapable est valable même si le consentement du mineur ne s'exprime pas.

En droit italien, il semble, d'après le rapport de Monsieur Vignocchi, que la situation soit identique.

Le droit québécois possède, lui, à cet égard, le particularisme d'une intervention législative directe et précise sur le sujet, dont traite abondamment Monsieur Héleine à propos du contrat médical et qu'aborde Madame Groffier-Atala à propos du transsexualisme. L'article 20 du *Code civil* du Québec permet au mineur "*doué de discernement*" de consentir à l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps ou à une expérimentation, pourvu qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé. La loi impose également le consentement du titulaire de l'autorité parentale et l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure. À cet égard, le droit québécois se détache donc d'une triple façon de la perspective traditionnelle. Tout d'abord, il établit, en quelque sorte, une

sorte de "capacité" de contracter du mineur doué de discernement. En second lieu, il soumet son consentement au double contrôle familial et judiciaire. Le juge est une personne neutre qui peut, plus que toute autre, rester objective dans le conflit possible entre le désir du mineur de sacrifier une partie de son corps pour aider un membre de sa famille (le don d'un rein à un frère ou une soeur par exemple), et la nécessité de préserver la santé et l'intégrité physique de celui-ci. En troisième lieu enfin, il impose comme règle qu'il ne puisse pas résulter "... un risque sérieux ..." pour la santé du mineur. Pour le majeur, notons-le, il suffit, aux termes de ce même article, que le risque connu ne soit pas "... hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer ...". La nuance est d'importance comme le note le rapporteur québécois. Le risque n'est plus à pondérer dans le cas du mineur en regard du bienfait à espérer de l'expérimentation ou de l'aliénation; seule compte sa santé. On doit, je pense, conclure d'ailleurs avec Monsieur Héleine que les possibilités pratiques pour le mineur d'aliéner partie de son corps restent très théoriques devant ces exigences.

Si le droit tente de s'assurer par des règles de fond de la plénitude du consentement, il tient aussi à formaliser parfois celui-ci dans le but de garder trace de l'expression de la volonté, d'éviter ainsi des contestations et aussi de prévenir les possibilités d'erreur d'interprétation du consentement. Le droit du Québec exige, tant pour le mineur que pour le majeur, un consentement écrit pour toute aliénation de partie du corps humain. Sur le plan pratique, on peut penser que, dans les autres pays, aucun médecin raisonnablement prudent et sain d'esprit ne s'aventurerait à un quelconque prélèvement sur un donneur vivant, sans avoir au préalable obtenu un consentement écrit.

Enfin, et cela va presque sans dire, dans tous les droits, le consentement aux actes portant directement sur le corps humain, même s'ils sont formalisés, restent révocables ou résiliables par l'intéressé.

Renforcement des conditions d'un consentement intègre, libre et réfléchi, telle est la première limite imposée aux atteintes normalisées à l'intangibilité du corps humain. Elle n'est cependant pas la seule. La loi et la jurisprudence ont en effet imposé des restrictions sévères tenant à la moralité de l'acte d'une part, et aux risques qu'il pose d'autre part.

B) La conformité de ces actes à la morale et à l'ordre public

MM. Chabas, Héleine et Madame Groffier-Atala se sont tous attaqués au problème difficile de l'identification des actes juridiques "immoraux" portant sur un corps humain vivant. On conçoit fort bien la décision récente du Tribunal de Grande Instance de Paris jugeant immoral le contrat visant à obtenir d'une jeune actrice qu'elle pose nue devant la caméra, qu'on lui tatoue la fesse et que ce lambeau de peau soit ensuite détaché par un chirurgien pour être revendu par le producteur du film. On comprend aussi les doutes qui s'élèvent sur la moralité d'une hétéroinsémination sans le consentement du mari, sur certaines opérations de chirurgie esthétique lorsqu'elles ne sont pas nécessitées par la préoccupation d'améliorer la condition psychologique ou physique de celui qui les subit. On ne mettra pas en doute l'immoralité de la location ou de la vente du corps d'un autre, comme dans le cas du contrat de prostitution. Par contre, l'exemple le plus discutable et le plus frappant des divergences nationales d'appréciation de la moralité sociale est probablement celui du transsexualisme. La transformation d'un sexe à l'autre semble interdite en France, comme le précise Monsieur Chabas, en raison des rigueurs des dispositions du *Code pénal* français sur la castration. Elle apparaît au contraire relativement courante au Québec. Selon Madame Groffier-Atala, même si sa légalité soulève certains problèmes tant au plan du droit civil provincial qu'au plan du droit criminel fédéral. Elle semble licite uniquement dans la mesure où l'intervention chirurgicale a été faite à l'intérieur du cadre des normes médicales acceptées.

De même, droit québécois et droit français semblent s'opposer quant au caractère moral ou immoral de la cession de parties du corps humain moyennant rémunération. On retrouve ici l'opposition bien nette entre l'argument voulant que le corps soit hors commerce et qu'une commercialisation comporte trop de dangers d'un côté, et d'un autre côté, l'argument de la nécessité de se procurer du matériel humain et donc d'avoir une mesure incitative autre que l'amour désintéressé du prochain.

Le droit français, écrit Monsieur Chabas, veille à ce que ces actes soient à titre gratuit. On retrouve cette préoccupation en effet dans la *Loi du 21 juillet 1952*, dans les décrets réglementant les dons de sang et enfin dans une proposition de loi déposée le 11 mai 1974 à l'Assemblée Nationale française.

Le droit québécois s'est engagé dans une autre voie. Il fait exception au principe de la gratuité lorsque la partie du corps aliénée est susceptible de régénération. Il est donc possible au Québec de monnayer son sang, ses cheveux, son sperme, sa peau, son lait. Cet état de chose inspire à Monsieur Héleine la réflexion suivante: l'honnêteté du paiement ne vaut-elle pas mieux que l'hypocrisie des indemnités versées aux donneurs pour compenser leur déplacement, leur perte de temps, etc.?

Dans le domaine de la moralité des actes portant sur la matière vivante, on peut terminer en rappelant les difficultés que ne manqueront pas de créer, si ce n'est déjà fait, les gestations *in vitro* et les manipulations génétiques à préoccupation eugénique. On constatera sans peine qu'un principe directeur se détache nettement quelles qu'en soient les variations nationales: le critère de l'utilité de l'acte et de son but bénéfique pour l'individu. L'acte est-il inutile ou non bénéfique qu'il est défendu; l'acte est-il neutre qu'il est déjà suspect.

C'est une préoccupation semblable qui est d'ailleurs au centre de la seconde limite imposée aux actes juridiques portant sur le corps humain vivant: celle des risques de l'exécution de l'acte. Nous entrons ici plus dans le domaine de l'ordre public au nom duquel on prohibe l'euthanasie classique et parfois même l'avortement.

Cependant, le champ privilégié d'observation en la matière est celui de l'expérimentation humaine. Les rapporteurs italien, français et québécois ont consacré de longs développements au problème si complexe de la licéité de l'expérimentation sur des humains. C'est un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre à l'époque moderne, en raison, peut-être, des souvenirs particulièrement vifs des horreurs de la dernière guerre. C'est aussi une matière qui est réglementée au niveau international à la suite de la décision du tribunal de Nuremberg du 19 août 1947, par la *Déclaration Internationale des droits de l'homme* et celle d'Helsinki entre autres. Monsieur Vignocchi nous apprend à ce sujet que les directives adoptées par la 18e Assemblée de l'Association Médicale Mondiale ont été partiellement mises en pratique en Italie dans les textes relatifs aux recherches pharmaco-toxicologiques. En France, Monsieur Chabas constate la position ferme adoptée à cet égard par le Conseil National français de l'Ordre des médecins.

Au Québec, le terme "expérimentation" est employé dans la loi elle-même qui permet de s'y soumettre si le risque couru n'est pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en peut espérer.

Il convient de dissiper une équivoque de terminologie. Le mot expérimentation prête à confusion car il a à la fois un sens noble et un sens péjoratif. Tous les systèmes interdisent avec raison la concession de l'utilisation d'un corps humain vivant pour servir de terrain à des expériences scientifiques. Par contre, le traitement expérimental est permis dans un but thérapeutique pour apporter aide ou soulagement au patient. La question relève au fond avant tout des normes générales de l'éthique médicale. Un médecin est justifié d'utiliser un nouveau médicament dans le cas d'une maladie terminale et sans rémission s'il peut procurer un soulagement ou permettre d'espérer une amélioration de l'état. Il pécherait au contraire contre toutes les règles d'éthique médicale et contre le droit s'il le faisait sur un sujet sain à seul titre d'expérience.

On doit donc nettement distinguer en la matière la *thérapeutique expérimentale* qui, comme le notent MM. Héleine et Vignocchi, reste une véritable thérapeutique et l'*expérience scientifique* ne visant elle qu'à l'acquisition de connaissances scientifiques nouvelles. Le premier acte est soumis au régime juridique des actes médicaux proprement dit, le second relève du régime de l'expérimentation pure.

En la matière et dans tous les droits, le critère important reste l'évaluation de l'équation entre le risque encouru par le patient d'un côté, et le bénéfice qu'il peut en espérer de l'autre. Tout devient ici question de nuances, de dosage, de rationalité.

II

LES ACTES JURIDIQUES PORTANT SUR LE CADAVRE

Si le corps humain est intangible lorsqu'il est vivant, il l'est également à l'état de cadavre. Toutes les civilisations, à un degré ou à un autre, et sous des formes différentes, ont développé un culte des morts. Si le corps humain est intangible, le cadavre, lui, est sacré. On lui doit le respect quand bien même il serait celui de son ennemi parce qu'il a été le siège de la vie. On lui doit protection parce qu'il n'est plus en mesure de défendre seul son

intégrité. La mort n'a donc pas pour effet de transformer le corps humain en une chose disponible à merci ou commercialisable.

La sacralité du cadavre observée par les anciens continue à dominer nos mœurs. Toutefois, sa conséquence première, c'est-à-dire l'intangibilité de la dépouille mortelle, est quelque peu relativisée. La découverte relativement récente dans l'histoire de la médecine des techniques de greffe de cornée, de rein, de coeur, de foie, matériel humain de rechange qui ne peut être prélevé que sur un cadavre, a changé ce caractère. D'autre part, ces mêmes découvertes ont posé aux médecins, aux moralistes et aux juristes, la difficile question de savoir ce qu'était la mort et donc quand il était légitime de considérer un corps comme un cadavre.

La détermination du moment de la mort est complexe et, comme nous le savons, a posé de sérieuses difficultés. Le passage entre les deux états varie selon que l'on considère la mort clinique, la mort cérébrale, la mort biologique ou la mort cellulaire. Or, en cas de greffe, certains tissus ou organes dits "critiques" doivent être prélevés dans les minutes mêmes qui suivent le décès du donneur.

La médecine actuelle est consciente du problème et s'entoure de grandes précautions avant de se prononcer. L'arrêt cardiaque et respiratoire n'est plus un signe certain, puisque circulation et respiration peuvent être artificiellement maintenues grâce à des machines et que, d'autre part, certains types de maladies provoquent un état semi-comateux difficile à distinguer de la mort véritable. C'est pourquoi on prend également en considération l'abolition des réflexes, l'hypotonie complète, la mydriase, le tracé encéphalographique nul.

Dans la majorité des cas, une combinaison de ces signes suffit à acquérir la certitude du décès. Cependant, le problème peut se poser dans certains cas limites ou lorsqu'une erreur se glisse dans l'appréciation des symptômes cliniques.

En France, nous apprend Monsieur Chabas, on meurt par circulaire. C'est, en effet, une *circulaire no 67 du 24 avril 1968*, relative à l'application du *Décret du 20 octobre 1947*, qui contient les recommandations des juristes aux médecins.

En Italie, les *Décrets* des 7 novembre 1961, 3 septembre 1965, 11 août 1969 et 9 janvier 1970 poursuivent un but identique.

Au Québec, enfin, le problème est laissé à l'appréciation des médecins. Toutefois, dans le but de prévenir en cas de greffe le conflit d'intérêt que pourrait éprouver celui-ci, il est stipulé expressément par l'article 22, al. 3 que la mort du donneur doit être constatée par deux médecins qui ne participent en aucune manière au prélèvement ni à la transplantation.

La mort demeure donc dans ces divers pays ce qu'elle est, au fond, un phénomène purement médical et non juridique. La chose paraît souhaitable. En effet, certains pays ont tenté une telle définition. Ainsi, en Angleterre, nous apprend Monsieur Chabas, on exige un arrêt cardiaque, ce qui a pour effet d'empêcher nombre de greffes de tissus critiques. Puisqu'on ne peut en effet se fier alors à la mort cérébrale, le patient en état de coma irréversible ou dépassé, maintenu artificiellement dans une machine coeur-poumon, est encore techniquement vivant.

On trouve deux grandes catégories d'actes juridiques portant sur le cadavre. En premier lieu, ceux que l'individu peut faire de son vivant et qui sont destinés à prendre effet après sa mort. Il s'agit principalement des dons ou legs d'organes ou de tissus. Cette catégorie d'actes ne semble pas poser, dans l'état actuel du droit de sérieuses difficultés. Nous ne les examinerons donc que rapidement. Par contre, nous nous attacherons plus longuement à ceux de la seconde catégorie, qui portent sur le corps d'un autre. Ainsi en est-il de l'acte par lequel le conjoint ou un membre de la famille du défunt autorise un prélèvement sur le cadavre ou permet l'autopsie à des fins médicales.

A) Les actes juridiques portant sur son propre cadavre

L'homme, comme le notent MM. Héleine et Chabas, a deux sortes de droits ou de prérogatives sur son propre corps, les uns positifs, les autres négatifs. Du côté positif, il peut régler comme il l'entend ses funérailles et donc prévoir les modes de disposition de son cadavre, sous réserve naturellement des dispositions de la loi, des bonnes moeurs et de l'ordre public. Partant, il peut disposer à cause de mort de certains de ses organes, de ses tissus, voire même de son corps en entier. Il peut autoriser ainsi sa propre autopsie, léguer son coeur, ses reins, sa peau, son foie, ses poumons, sa moëlle osseuse, sa cornée, son squelette, etc. . . Toutes les législations, dans une terminologie variable, permettent ces dons et legs. En France, outre la *Loi du 7 juillet 1949* sur le legs de cornée, le texte fondamental demeure la *Loi du 15 novembre*

1887 qui confère à chacun la prérogative de régler les conditions de ses funérailles. Les lois italiennes de 1967 sur le legs de reins et de 1968 maintiennent ce principe tout en continuant à exiger le consentement réel de l'individu à tout prélèvement sur son cadavre. Ces dispositions législatives sont d'ailleurs complétées par la *Loi du 11 octobre 1972* sur les greffes.

Le *Code civil* québécois, dans son article 21, permet, de même, au majeur et au mineur doué de discernement (avec l'autorisation du titulaire de l'autorité paternelle) de régler librement les modes de disposition de son cadavre. Rien n'interdit par contre la disposition à titre onéreux et donc la vente anticipée du moment qu'elle est consacrée par un écrit.

Du côté négatif, dans toutes les législations, l'individu conserve le droit de s'opposer de son vivant à une mutilation ou à un prélèvement à intervenir après sa mort, de même que la faculté de révoquer un legs ou don. Le premier de ces droits n'est cependant pas absolu. Tous les systèmes juridiques, comme on peut le constater, à la lecture des différents rapports nationaux, prévoient des exceptions à la règle générale en ordonnant des autopsies obligatoires lorsque l'intérêt public est en jeu. Dans les autres hypothèses cependant, l'homme peut défendre l'intangibilité de son cadavre. C'est un droit strict.

Ainsi, les actes juridiques portant sur son propre cadavre restent malgré tout simples à analyser et ne soulèvent pas, eu égard à l'état actuel du droit de sérieuses difficultés. La raison fondamentale en est que, sous réserve des limites traditionnelles de bonnes mœurs et de l'ordre public, le droit respecte par-dessus tout la volonté du défunt qu'elle soit positive ou négative.

Par contre, les actes juridiques portant sur le cadavre d'autrui soulèvent eux des problèmes délicats.

B) Les actes juridiques portant sur le cadavre d'autrui

Lorsque le défunt n'a laissé aucune indication sur sa volonté quant à la disposition de son cadavre, quelqu'un doit naturellement prendre les dispositions qui s'imposent à cet égard. S'il s'agit des funérailles, les proches, c'est-à-dire en général la famille, s'occuperont de prendre les mesures nécessaires à sa mise en terre. Le problème survient en cas d'autopsie ou de prélèvements sur le cadavre lorsque le défunt ne s'est pas opposé à ceux-ci.

Les droits sur le cadavre d'autrui sont limités en ce sens qu'ils ne peuvent aller à l'encontre de la volonté du défunt et que, en second lieu, ils ne s'expriment qu'en termes de défense ou de protection contre une atteinte possible à l'intégrité corporelle du défunt. Les proches ou "protecteurs naturels" n'ont pas en effet un droit de propriété sur le cadavre. Leurs droits ne sont, comme le dit si justement Monsieur Chabas, que des droits *pour* le cadavre, c'est-à-dire des droits visant à défendre la volonté posthume présumée du défunt.

L'examen des problèmes soulevés par les actes juridiques sur le cadavre d'autrui est particulièrement intéressant pour deux raisons. D'une part, il permet de constater une certaine divergence de politique législative entre les différents pays. D'autre part, il est le révélateur parfait du débat entre l'exigence familiale du respect de l'intégrité des morts et l'exigence utilitaire de la médecine d'intervenir pour préserver la vie ou la santé des vivants.

La première question importante est donc de déterminer qui peut consentir en lieu et place de l'intéressé lui-même à un acte de disposition sur le cadavre et dans quels cas ces "protecteurs naturels" ont le pouvoir d'exercer ce droit.

Le droit français sur ce point a suivi une évolution intéressante que retrace Monsieur Chabas. Un petit nombre de textes à caractère exceptionnel interdisent autopsies et prélèvements pour certains cas particuliers (celui des musulmans par exemple). Par contre, l'interprétation des *Décrets* du 17 avril 1943, du 20 octobre 1947 laisse présumer que les familles n'ont plus besoin d'être consultées à propos d'une demande d'autopsie lorsqu'elle est pratiquée dans le cadre d'un établissement hospitalier public et à des fins scientifiques ou thérapeutiques. La famille peut cependant s'y opposer, mais c'est l'État, comme le note Monsieur Chabas, qui devient en quelque sorte le gardien et le représentant de la volonté présumée du défunt. Quant aux prélèvements, la situation n'apparaît pas encore clairement définie en France. D'aucuns estiment que c'est uniquement un problème de déontologie médicale. C'est la position de Monsieur Jean Savatier. D'autres préféreraient suivre l'ordre successoral; d'autres enfin consulter les personnes qui ont le droit de fixer le lieu et les modalités de la sépulture du défunt. Monsieur Chabas suggère qu'en l'absence de dispositions législatives précises, la jurisprudence s'inspirerait peut-être de deux textes dont l'un établit un ordre gradué (conjoint, enfants, père et mère, frère et soeur,

grand-parent et concubine) (*Loi du 26 octobre 1946 et circulaire du 28 août 1947*) et dont l'autre confère le droit de donner l'autorisation à la famille elle-même (*Règlement général du service de santé des hôpitaux de Paris, article 75*).

En Italie, antérieurement à 1968, le prélèvement sur un cadavre n'était pas possible sans le consentement du conjoint ou des parents du second degré. En cas de désaccord, la volonté négative prévalait. Le Parlement italien modifia la situation en 1968 prévoyant que la simple non-opposition établissait une présomption de consentement dans tous les cas. Toutefois, comme le note Monsieur Vignocchi, un projet de loi du 11 octobre 1972 rétablit un certain pouvoir de la famille. L'article 5 de ce texte porte que le conjoint non séparé ou à défaut les parents, puis les frères peuvent donner le consentement au prélèvement d'un organe ou d'un tissu aux fins de greffe. Monsieur Vignocchi nous apprend que l'expérience acquise après l'entrée en vigueur de la loi de 1968 a prouvé que la volonté des parents a été constamment contraire à une pleine libéralisation de la disponibilité du cadavre. Il se déclare d'accord avec la dernière attitude du législateur italien qui répond mieux aux sentiments affectifs de la famille du défunt.

Au Québec, c'est encore une fois le *Code civil* qui réglemente la disposition *post mortem* du corps. L'article 23 précise tout d'abord que l'autopsie ne peut être effectuée que dans les cas prévus par la loi ou avec le consentement écrit du défunt. Le texte ajoute toutefois qu'elle peut être exigée par le médecin traitant ou par le conjoint, ascendant ou descendant du défunt. Cette disposition, comme le signale Monsieur Héleine, pose des difficultés d'interprétation qu'il nous est impossible, faute de temps, d'examiner ici.

Quant aux dons ou legs d'organes, l'article 22 du *Code civil* québécois prend une position différente, du moins en apparence, de celle adoptée par la législation française ou italienne.

Le médecin doit, pour prélever sur un cadavre, obtenir l'autorisation du conjoint ou du parent le plus rapproché. Cette disposition a donc pour effet d'éliminer les héritiers et de fonder ce droit sur le *jus sanguinis*. Toutefois, et l'exception est d'importance, l'article 22 prévoit qu'on peut se passer de ce consentement lorsque deux médecins attestent par écrit l'impossibilité d'obtenir l'autorisation en temps utile, l'urgence de l'intervention

et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine. C'est ainsi consacrer ce que Monsieur Héleine appelle un acte de disposition forcée dans l'hypothèse où l'intérêt de la survie d'un tiers l'emporte sur l'intérêt de la famille. Ce texte soulève à son tour certaines difficultés d'interprétation. On peut se demander, par exemple, ce que la loi entend par l'expression "... le parent le plus rapproché ..." et si le mot "*conjoint*" désigne également le concubin. Toutes ces questions ne pourront probablement être résolues qu'à la faveur d'un débat judiciaire.

Ces quelques constatations sur l'état du droit positif en Belgique, en France, en Italie et au Québec permettent de voir combien le législateur hésite entre ce que l'on pourrait appeler la publicisation ou la privatisation du cadavre, ou encore sa conception publique ou privée. Les progrès de la médecine et de la biologie ont montré que le cadavre restera en quelque sorte une mine de pièces de rechange anatomiques pour les vivants, tant que la science n'aura pas développé des organes artificiels. Dans la plupart des pays, de nombreuses vies humaines pourraient être sauvées, des conditions pathologiques améliorées, si la médecine pouvait compter sur une plus grande disponibilité de ces pièces.

L'étape logique la plus absolue, si tel est l'objectif poursuivi, consisterait donc à donner à l'État, ou aux médecins, le droit, même à l'encontre de la volonté du défunt ou de celle de ses proches, d'effectuer les prélèvements nécessaires à la vie ou à la santé d'autrui. Le cadavre deviendrait donc une sorte de bien public. On assisterait, selon le terme utilisé par Monsieur Chabas, à une sorte de "nationalisation" du matériel humain. Cette conception choque encore et aucun droit ne l'accepte. Tous, au contraire, accordent préséance au respect, en toutes circonstances, de la volonté du défunt. On peut constater cependant un certain tiraillement entre la conception publique et la conception privée lorsque le défunt ne s'est pas opposé à une intervention sur son cadavre. Certains confèrent alors un droit à la famille mais un droit limité quant à ses titulaires et quant à l'espèce. D'autres vont plus loin et présument le consentement à moins d'opposition. Ce sont, il faut bien se l'avouer, des systèmes intermédiaires de compromis et non satisfaisants en ce qu'ils ne tranchent pas nettement le débat, constituent un frein à l'utilisation des cadavres, tout en ne respectant pas nécessairement les sentiments des proches en raison de la hiérarchie arbitraire qu'ils établissent entre les affections présumées à l'égard du défunt.

D'un autre côté, on peut affirmer sans risque de se tromper que la conception purement privée du droit sur le cadavre semble bien périmée. Dans ce sens, le cadavre a un rôle social et la vie qu'il peut donner ou contribuer à entretenir a une valeur supérieure à celle d'un ultime droit de propriété ou de possession des proches.

Au terme de ce rapide voyage au royaume des vivants et des morts, qu'il me soit permis tout d'abord d'adresser encore une fois mes remerciements à tous les rapporteurs nationaux pour la clarté et l'excellence de leurs rapports et de les prier de m'excuser pour les déficiences manifestes de ce rapport général.

D'autre part, il est difficile de tirer une conclusion d'ensemble de ces débats si ce n'est peut-être que la science juridique est manifestement mal à son aise lorsqu'il s'agit de fixer des limites et des cadres aux effets des découvertes de la médecine et de la biologie. Cet état de chose ne devrait pas nous surprendre outre mesure. Beaucoup des problèmes qui se posent à propos des actes juridiques sur le corps humain sont bien plus des problèmes d'éthique médicale que des problèmes de droit *stricto sensu*. Le droit à cet égard n'est au fond, il faut bien nous l'avouer à nous autres juristes, qu'à la remorque de la médecine. Toutefois, il a le devoir auquel il ne peut échapper d'orienter celle-ci et non de freiner son évolution, mais de l'orienter dans la poursuite d'une des fins premières de la société: la préservation de la santé de ses membres. C'est pour cela même qu'il doit intervenir chaque fois qu'il y a danger que la science médicale tombe dans les exagérations d'un scientisme pur, finalement tourné contre l'homme et sans visage humain.