

CET OBSCUR OBJET DU DESIR*

**Présentation de l'avant-projet de loi français relatif aux
sciences de la vie et aux droits de l'homme.**

par Gérard MEMETEAU**

En France, au printemps 1989, fut connu un avant-projet de loi proposant un règlement d'ensemble des principales questions bioéthiques. L'auteur en présente une analyse dans l'idée que la générosité et l'imprudence peuvent colorer une même encre!

*. Le présent texte, issu d'une conférence donnée devant les étudiants de maîtrise de droit de la santé de la Faculté de droit de Sherbrooke le 15 septembre 1989, en a conservé le caractère un peu informel, sinon spontané. Nous remercions monsieur le professeur Lavoie d'avoir bien voulu en permettre la publication. Mesdames les professeurs Nootens et Lussier avaient présenté, dans la même rencontre, leurs rapports sur les procréations artificielles en se plaçant sur le terrain du droit canadien.

**:. Docteur en droit, Maître de conférences à la Faculté de droit de Poitiers.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	271
I) L'appropriation de la vie	276
A) La fabrication de l'enfant	277
B) La destruction de l'enfant	281
II) L'appropriation de la filiation	285
A) La filiation cédée	285
B) La filiation obscure	289
CONCLUSION	290

INTRODUCTION

«Il s'agit donc de substituer à l'éthique courante, partagée par la majorité des hommes, une éthique nouvelle»¹.

Au cours du mois de mars 1989 fut divulgué, avec une relative discrétion, un modèle législatif intitulé: «Avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme»². Cet ensemble de textes destinés à modifier ou compléter le Code civil et le Code de la santé publique, était accompagné d'un rapport de présentation constituant un large et exhaustif exposé des motifs, nouveau rapport préliminaire dans le goût et le style de Portalis! C'est que, par lettre du 5 septembre 1988, le Premier Ministre avait donné mission à un groupe interdisciplinaire présidé par M. le Conseiller d'Etat Braibant³ de «donner à la recherche, à la médecine ainsi qu'aux familles, un cadre juridique mettant fin aux incertitudes et aux incohérences actuelles»⁴ dans les divers domaines de la bioéthique. Au même moment s'annonçait la présentation et le vote de la proposition devenue la Loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales⁵.

Déjà, en février 1986, avait été remis au Premier Ministre un rapport sur «les procréations artificielles», établi après recension des diverses opinions. Au plus haut niveau de l'Etat, ceci est notoire, l'on veut bien manifester un intérêt soutenu pour ces questions et difficultés infiniment délicates puisqu'elles mettent en cause la vision de la société et de la science sur l'homme au moment de sa plus grande fragilité!

Les auteurs de l'avant-projet sont ceux-là mêmes du rapport du Conseil d'Etat intitulé Sciences de la vie: de l'éthique au droit (mais les deux

-
1. Débats du Sénat, J.O., 13 décembre 1974, 2883, (Paul Caron) discutant du projet de loi devenu la Loi no 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, J.O., 18 janvier 1975, 739, B.L.D. 1975. 48 [ci-après Loi du 17 janvier 1975].
 2. J.-Y. Nau, «Le modèle français de l'éthique médicale» *Le Monde* (3 Mars 1989) 12; X. Thévenot, «Embryons: l'inacceptable» *Le Monde* (17 mars 1989) 2; J. Lansac, «Procréation assistée: la reconnaissance» *Le Monde* (17 mars 1989) 2. Voir en particulier l'analyse du projet par D. Vigneau, *Annales, Université de Toulouse*, 1989, p. 166, et par Mme Touvenin, Colloque IDEDH, Montpellier, 29 oct. 1990.
 3. L'avant-projet est souvent cité «projet Braibant».
 4. Tiré de J.-Y. Nau, «Le corpus du corps» *Le Monde* (3 mars 1989) 12.
 5. Loi no 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, J.O., 22 décembre 1988, 16032, A.D.L. 1989. Lég. 12 [ci-après Loi du 20 décembre 1988], *Décret 27 septembre 1990*, J.C.P. 1990. III.64215.

documents présentent certaines différences). Certains d'entre eux appartiennent aussi au Comité consultatif national d'éthique...

L'avant-projet propose de régler:

- l'intégrité et l'incessibilité du corps humain,
- le diagnostic prénatal,
- le statut des comités d'éthique (il retouche la Loi du 20 décembre 1988 sur ce point et confirme l'institution du Comité national d'éthique⁶),
- de l'utilisation des organes et produits du corps humain⁷,
- la procréation médicalement assistée,
- le traitement des données nominatives ayant pour fins la connaissance, la protection ou l'amélioration de la santé⁸.

L'avant-projet est donc riche d'ambitions. Notre propos sera plus modeste: nous ne traiterons que de quelques aspects du texte. Un statut global de «l'homme bioéthique» en forme le contenu. Faut-il légiférer?

Si l'on ne veut que consacrer en articles de codes des principes communément admis, enseignés par la doctrine, affirmés par la jurisprudence, légiférer est superflu. Il n'y a pas alors de vide juridique à combler (le mythe du vide juridique!). La loi superflue affaiblit la force de celles qui seraient nécessaires, et le bourdonnement législatif remplace cet heureux silence rêvé par le doyen Carbonnier! Pourquoi, par exemple, inscrire dans le Code civil ce que les tribunaux ont dit depuis longtemps: «Chacun a droit au respect de son corps ...», «Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps humain sans le consentement de l'intéressé, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique d'urgence à laquelle il n'est pas à même de consentir, ou sauf permission de la loi»?

Si l'on veut adapter le droit au fait, l'utilité d'écrire une loi s'impose. Certains redoutent alors l'effet dynamique de telles législations, la légitimation du licite par la seule affirmation qu'il est licite. Guy Raymond exprime cette inquiétude: «Ce qui est licite a tendance à devenir moral:

-
6. Cette haute instance ne pouvait poser des normes en matière d'état des personnes, qui relève du pouvoir législatif. Cette légalisation est-elle un pas vers l'établissement d'un pouvoir normatif du Comité? En l'état, l'article L. 209.26 du projet Braibant ne le suggère pas: «le Comité rend des avis à caractère général...» Mais la discussion est ouverte.
 7. Les prélèvements d'organes sur des personnes vivantes et sur des cadavres relèvent à ce jour des dispositions de la Loi no 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, J.O., 23 décembre 1976, B.L.D. 13 (loi dite «Caillavet») et du Décret no 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, J.O., 5 avril 1978, 1530, B.L.D. 249.
 8. G. Raymond, à propos de l'avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, Poitiers, Centre théologique, 7 octobre 1989, inédit.

dans cette perspective, il y a fort à parier que cet avant-projet (s'il devient loi dans son état actuel) serve de tremplin à des chercheurs peu soucieux d'éthique pour obtenir ultérieurement de nouveaux progrès législatifs»⁹.

L'avant-projet intervient en un temps qui nous paraît être celui d'un vaste combat pour la conservation ou la conquête du pouvoir bioéthique. Il n'est pas indifférent de constater que, depuis l'institution du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé¹⁰ et la diffusion de ses premiers avis, diverses réunions importantes se sont tenues où l'on s'est demandé s'il faut ou non légiférer sur ces questions et, si oui, comment. Le colloque Génétique, procréation et droit (janvier 1985), le colloque Patrimoine génétique et droits de l'humanité (octobre 1989) et le futur congrès d'Éthique médicale qu'organisera en 1991 l'Ordre national des médecins, offrent des exemples de ces rencontres essentielles. Le Comité national d'éthique a exprimé ses opinions et tenu lui-même ses assises annuelles; l'Ordre national des médecins a émis ses recommandations; le rapport *De l'éthique au droit* a été rédigé; d'autres comités ou conseils interviennent... La préparation de la Loi du 20 décembre 1988 a aussi été l'occasion d'une protestation. Le Sénateur Sérusclat a déclaré: «Je me permettrai d'attirer l'attention sur ce qui, en définitive, derrière une convergence, pourrait devenir une concurrence. Il ne faudrait pas, en effet, que l'initiative parlementaire glisse tout à coup vers des structures, si prestigieuses soient-elles (Conseil d'Etat et Comité national d'éthique) (...) Ainsi, peu à peu, nous sommes limités dans nos réflexions, dans nos décisions, dans notre capacité d'imagination et donc dans notre initiative parlementaire...»¹¹

Il n'est que naturel, sinon nécessaire et en tout cas utile, que le débat bioéthique s'élargisse et soit le fait de multiples instances. Mais, où se trouve aujourd'hui le pouvoir? Le Comité national d'éthique donne son avis sur les problèmes moraux soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé; l'Ordre des médecins veille au maintien des principes de moralité indispensable à l'exercice de la médecine. Une rencontre du 16 novembre 1989 sur «l'éthique biomédicale et le droit» fait présenter le projet par M. le Président Braibant et parler M. le Président Bernard. Le rapprochement du groupe de travail et du Comité national d'éthique suppose-t-il que ce dernier approuve le contenu de l'avant-projet? Certains n'en sont point encore convaincus ... bien au contraire. Le législateur ne peut se laisser déposséder par des pouvoirs «parallèles» mais hésitait naguère encore à s'avancer sans le soutien d'avis

9. G. Raymond, *id.* note 8.

10. Décret no 83-132 du 23 février 1983, J.O., 25 février 1983, 630.

11. *Débats du Sénat*, J.O., 13 octobre 1988, 543.

éthiques officieux et respectables; les instances scientifiques peuvent souhaiter élaborer des règles de bonne conduite en espérant que cette autorégulation dispensera la puissance publique d'intervenir sauf pour consacrer ces règles. Or, tout justifie ce mot de madame Labrusse-Riou: «Savoir et pouvoir renvoient dans l'illusion la référence à un ordre naturel ou divin et laisse les individus orphelins de références supérieures. La sacralisation de la science par les mentalités ou les médias transforme l'instance de vérité relative qu'elle est, en instance de légitimité qu'elle n'est pas, et tout le possible de la science devient pouvoir de droit»¹².

L'avant-projet s'inscrit dans ce contexte, ainsi que dans celui d'une internationalisation des pouvoirs biomédicaux et d'une réflexion sur ses limites (Colloques de Fontainebleau, de Mayence; résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe; multiplication des manifestations législatives en de nombreux pays; publication des rapports Warnock, Benda, de l'Ontario Law Reform Commission, etc.)

L'avant-projet n'a point encore été présenté devant le Parlement. Certains arbitrages semblent nécessaires. Des oppositions se sont déjà cependant dessinées, mettant en relief le caractère délicat de certains des textes proposés, leur incompatibilité avec l'affirmation de certains droits fondamentaux de la personne humaine alors que le document se pare du voile des droits de l'homme¹³! Des autorités morales semblent avoir exprimé leurs réserves; des parlementaires, informés d'abord de l'existence, ensuite du contenu, de l'avant-projet ont commencé à manifester leur intérêt, voire leurs réticences. Fin août 1989, un parti politique a inclus une réflexion sur ce document dans les travaux de son «université d'été»... Il semble que l'un des premiers «forum» où l'avant-projet de loi ait été présenté fut le Colloque de l'AMADE sur «l'enfant au risque de la science»¹⁴. Une note de présentation d'une rencontre parlementaire du 16 novembre 1989 énonce: «Nous serons sans doute amenés à discuter un jour de tous ces problèmes au sein de notre assemblée (Assemblée nationale), ce débat nous y

12. C. Labrusse-Riou, «La vérité dans le droit des personnes - Rapport français», dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *La vérité et le droit*, t. XXXVIII, 1987, Paris, Economica, 1989, p. 103, à la page 106.

13. G. Raymond «Bioéthique ou peur du gendarme?» *La Croix - L'événement* (8 juin 1989); X. Thévenot, loc. cit., note 2; O. de Dinechin, «Bioéthique et loi française», *Cahiers* 36, avril 1989; G. Mémeteau, *Lecture critique de certaines dispositions de l'avant-projet de loi*, Nice Institut Droit de la Paix, 1989. Voir H. Péquignot et J.-P. Alméras, «La périconceptologie ou procréatique», dans J.-M. Auby (dir.) *Droit médical et hospitalier*, vol. 2, Paris, Litec, 1988, fasc. 132, également des mêmes auteurs «Problèmes concernant l'utilisation du corps humain», fasc. 133 du même traité: Confédération des juristes catholiques de France, *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VI^e Colloque National des juristes catholiques, (Paris, novembre 1985), Téqui, 1986, 190 p., préface Cardinal Gagnon.

14. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 10 avril 1989.

préparera». Pour certains, l'avant-projet de loi pourrait être présenté par tranches devant le Parlement, soit à titre autonome, soit à l'intérieur de textes généraux, ce qui ne serait point maladroit...¹⁵

Mais, au plus haut niveau décisionnel, on paraît hésiter: deux ministres concernés expriment des opinions différentes... En la forme, «cet avant-projet est... très éloigné de la déclaration de 1789: il s'agit beaucoup plus d'une réglementation de la même veine que celle relative à la protection du consommateur, que d'une grande déclaration de principes comme peut l'être la déclaration des droits de l'homme»¹⁶. Mais surtout, au fond, «insidieusement, les concessions faites à la recherche scientifique remettent en cause la conception traditionnelle de l'homme sujet, telle qu'elle pouvait se manifester dans notre droit positif, tout particulièrement à propos du statut juridique de l'embryon»¹⁷. En effet, dans les «laboratoires» législatifs risquent de se préparer l'appropriation de la vie et celle de la filiation.

D) L'appropriation de la vie

Le titre V de l'avant-projet relatif à la procréation médicalement assistée procède du constat énoncé au rapport selon lequel «la procréation médicalement assistée est aujourd'hui d'abord un fait»; le droit consacre ce fait. Cette activité est, juge le Conseil d'Etat, «un aspect de la cure médicale de la stérilité»¹⁸. Elle n'est pas que cela, en supposant même que les procréations artificielles traitent la stérilité. L'article L. 668.10 parle de pratique de ces actes médicaux uniquement en cas de stérilité ou de «forte probabilité de transmettre une affection considérée comme incurable» (eugénisme latent et involontaire). Le rapport Warnock¹⁹ recommandait que le don d'embryon fût accepté «comme étant un traitement de la

15. J.Y. Nau, «M. Claude Evin se prononce en faveur d'une loi sur la bioéthique» *Le Monde* (11 novembre 1989) 16: «Il semble donc très vraisemblable aujourd'hui que l'on s'orientera vers un "tronçonnage" de l'avant-projet (...)». Le 21 septembre 1989, la Commission nationale consultative des droits de l'homme s'est prononcée en faveur d'une législation rapide sur les problèmes de bioéthique. Début mars 1990, l'avant-projet ne paraissait pas être en voie de présentation immédiate, sauf erreur; en revanche, la Loi no 90-86 du 23 janvier 1990 (J.O. 25 janvier, 1009, A.L.D. Lég. 119) a partiellement modifié la réglementation des nouveaux comités locaux d'éthique, et deux propositions de loi déposées par Mme le Député Boutin et M. le Sénateur Seillier demandent la protection de l'enfant depuis la «conception» ou «fécondation»... Le présent texte était sous presse lorsque, le 18 juillet 1990, le Comité national d'éthique a émis ses avis sur l'organisation et les conséquences du don de gamètes, et sur les recherches sur embryon visant à permettre un diagnostic génétique avant transplantation.

16. G. Raymond, loc. cit., note 8.

17. Id.

18. Cons. d'Etat, 21 juillet 1989, D. 1989. I.R. 247, J.C.P. 1989. 4310; voir les observations de J-M. de Forges dans (1990) 1 *Rev. Droit sanit. et soc.* 79.

19. Department of Health and Social Security, Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilization and Embryology, London, 1984 (comité Warnock).

stérilité». Le comité du Barreau du Québec souligne pour sa part: «La possibilité de créer des embryons, de les congeler, d'expérimenter sur eux, soulève par exemple, directement et de façon claire, une question à la fois philosophique, théologique et juridique, épineuse et importante: celle du statut du foetus et de l'embryon»²⁰. Fabriquer un enfant selon le désir que l'on en a, d'abord, le détruire selon le désir que l'on n'en a plus, ensuite, constituent les formes d'appropriation de la vie humaine consacrées par l'avant-projet de mars 1989, des auteurs duquel la générosité se révèle surprise.

A) La fabrication de l'enfant

L'article L. 668.1²¹ de l'avant-projet dispose: «La procréation médicalement assistée s'entend de celle qui résulte soit de l'insémination opératoire d'une femme avec le sperme de son mari, de son compagnon ou d'un tiers, soit de la fécondation *in vitro* grâce aux gamètes du couple ou du tiers, soit d'un autre procédé équivalent». Un apport de gamètes réalisera un projet de parenté.

L'article L. 668.4 définit le don de gamètes en montrant le lien l'unissant à ce projet: «Le don de gamètes s'entend de l'apport de sperme ou d'ovocytes à la procréation médicalement assistée, en vue de contribuer au projet parental d'autrui».

Ce don s'effectue avec le support d'un double consentement: celui du couple auquel appartient le donneur (art. L. 668.5) et celui du couple receveur (art. L. 668.11), solution implicite. Cette transmission d'une hérédité, d'une part d'enfant pour ainsi dire, est donc une acte grave, au point que seul un couple peut en profiter (couple légitime ou concubins). Le rapport s'en explique: «La femme qui vit seule aurait le pouvoir d'empêcher que son enfant conçu par cette technique ait un père - ce qu'elle ne peut faire dans la famille naturelle puisqu'elle n'a pas la faculté d'interdire la reconnaissance par le père. Il n'y a pas de parallèle possible avec l'adoption d'un enfant par une personne célibataire puisqu'en cas d'adoption, il s'agit de prendre en charge un enfant déjà né et qui a été abandonné, alors qu'ici il s'agit de concevoir un enfant qui serait destiné à

20. Barreau du Québec, Rapport du comité sur les nouvelles technologies de reproduction, avril 1988, supplément à (1988) 48 *R. du B.*, juin 1988, p. 13. Droit pénal et techniques biomédicales modernes, Vienne, octobre 1989; les rapports, débats, et pré-résolutions du Congrès A.I.D.P. tenu à Freiburg im Breisgau en septembre 1987 sont publiés: (1988) 59 *Rev. int. dr. pén.* 549.

21. Du futur Code de la santé publique rénové.

être privé de père à l'origine»²². L'apport de sperme ou d'ovocytes est gratuit: on le qualifie de don, et l'on veut éviter la spéculation sur la cession d'éléments de la personne. La gratuité est déjà la règle en matière de cession de sang humain, de dons d'organes, comme en matière de recherches biomédicales (Loi du 20 décembre 1988). N'est-ce pas un des pièges du discours bioéthique contemporain?

Les auteurs de l'avant-projet, et du rapport De l'éthique au droit, ceux de la Loi du 20 décembre 1988, posent le postulat d'une acceptabilité des actes gratuits opposée à l'horreur des actes rémunérés. C'est un faux-problème, car la question est celle de l'objet de l'acte, et non de sa rémunération, étant entendu que celle-ci apporterait un surcroît d'illégitimité. Un don prétendu généreux demeure illégitime s'il porte sur un élément de la personne. Donner des gamètes est transmettre à autrui son «potentiel génétique» de la même façon que les vendre; donner un embryon est transmettre à autrui la propriété d'un être humain aussi bien qu'en le vendant; prêter un utérus est aussi immoral que le louer («Is the womb a rentable space?» s'interrogeait-on naguère)...

Les mots sont ambigus! Le terme «don» est choisi «par similitude avec des expressions voisines», mais sans référence «à la notion juridique de don laquelle implique la patrimonialité de ce qui est donné»²³. Cette imprécision étant fournie, le rapport ne qualifie pas pour autant ce don qui n'en est pas un. Pour autant, l'acte a un objet dont le transfert, même à titre gratuit, est un indice de patrimonialité, même si d'éminents auteurs sont plus nuancés: «Enfin et surtout, le libre choix, par chacun, de ses placements génétiques accrédiçterait l'idée que les forces génétiques sont, pour celui qui les produit, des biens dont il peut librement disposer, des éléments de son patrimoine. Or, il paraît essentiel de faire prévaloir une analyse contraire: que les forces génétiques, source de vie, ne sont pas dans le patrimoine de celui qui les crée; que, s'il en est évidemment le maître pour la procréation de sa propre descendance, comme émanation de sa personne et prolongement de sa personnalité, il ne dispose pas comme un bien de propriété de ce qui, détaché de lui, devient un matériel génétique destiné à une procréation qui lui est étrangère. La potentialité de ces forces pour la perpétuation de l'espèce les place au-dessus de la volonté de celui qui ne les investit pas dans sa propre descendance.

C'est par une figure de langage, afin d'en traduire le caractère bénévole, que l'on parle de don de sperme ou de don de sang. Cet emprunt au

22. Ces observations s'éloignent de l'analyse proposée par M. Badinter dans son discours de Vienne du 20 mai 1985; voir Rapport du comité du Barreau du Québec, op. cit., note 20.

23. Rapport préliminaire.

vocabulaire des libéralités tend seulement à exprimer la gratuité du geste sans postuler la patrimonialité de son objet, au moins pour celui qui le fournit de son corps²⁴». Cependant, le problème rebondit. Si le don personnalisé est exclu, qu'en est-il de l'abandon anonyme?

La référence à la générosité du donneur, à son altruisme rappelle les vertus dont ont été crédités les sujets «qui se prêtent» à la recherche biomédicale, récemment. Elle ne doit pas masquer une difficulté de principe mise en relief par la Cour d'appel de Toulouse:

«Attendu qu'ainsi qu'il a été excellemment écrit, le corps humain ne peut faire l'objet d'actes d'appropriation ou de disposition, il fait en effet partie du domaine de l'être et non pas de celui de l'avoir; à la différence du don d'organe, le don de sperme aboutit à donner à l'enfant à naître l'être même du donneur, et l'autoriser aboutit à faire de la personne humaine une chose; pareil don heurte en outre de front le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, celui-ci ne pouvant faire l'objet de cessions à titre onéreux ou gratuit; dès lors tant la cause que l'objet d'une convention passée entre époux ou concubins tendant à un recours à un tiers donneur de sperme ou à une femme donnant ses ovules présentent un caractère illicite tout comme la cause en est également illicite; elle est par suite nulle et en outre fautive au regard de l'intérêt de l'enfant à naître»²⁵.

Les forces génétiques de la personne sont-elles même cessibles? Les gamètes sont porteurs d'indications héréditaires; leur utilisation au profit du couple receveur introduit dans la relation de ce couple non pas un enfant en soi, objet du désir, mais l'enfant d'autrui, avec les données génétiques que ceci implique.

Le don, altruiste ou supposé tel, introduit une participation d'autrui à la création de l'enfant du couple receveur, par définition même.

L'avant-projet met l'accent sur la contribution «au projet parental d'autrui» (art. L. 668.4, 668.7, 668.12), mais ni les articles proposés ni le rapport ne définissent celui-ci. Sauf omission, le rapport De l'éthique au droit, qui en fait état, n'est pas plus précis. N'est-ce pas le désir d'enfant tout simplement, que l'on éprouve, que certains subissent, que d'autres

24. G. Cornu, «La procréation artificielle et les structures de la parenté», (1986) *Rev. Ordem Advogados*, Lisbonne, 453.

25. Toulouse, 21 septembre 1987, D.1988.Jur.184 (note D. Huet-Weiller), J.C.P. 1988.II.21036 (obs. E.S. de la Marnierre).

abandonneront avant qu'il ne soit réalisé? Un noble mot ne couvre qu'une volonté personnelle reconnue changeante (ex. art. L. 670). L'aspect positif de l'existence du concept est l'implantation de limites au don de gamètes et d'embryons, et à la fabrication d'embryons: «Il est interdit de constituer des embryons humains in vitro dans tout autre but qu'un projet parental de procréation (...)»²⁶. On ne pourra pas, par exemple, procréer un enfant pour qu'il serve de banque d'organes. L'aspect négatif en est la reconnaissance d'un droit à l'enfant. «Il y aurait alors droit à l'enfant sans que celui-ci soit pour autant institué, sauf identification du désir et du droit individuel, alors que la patria potestas obéissait, en droit romain, à une conception politique et civique aujourd'hui révolue et peut-être renaissante (...) Le droit de l'homme en tant que droit de procréer un enfant en viendrait à détruire le droit de l'enfant d'être un sujet autonome non livré au seul pouvoir des volontés ou des désirs des autres»²⁷. L'enfant est objet d'un droit subjectif à sa fabrication; logiquement, lorsque le désir s'estompe, il est l'objet du droit à sa destruction, son meilleur sort étant d'être donné à un couple d'accueil en désir d'enfant.

B) La destruction de l'enfant

Le texte de l'avant-projet prend acte de la fécondation d'embryons surnuméraires, ou excédentaires par rapport au projet parental. Si le projet n'est d'avoir qu'un enfant, pourquoi obliger les parents à conserver les enfants non désirés, accidents de la science? Leur avortement in vitro est donc prévu, ou bien leur cession, soit à la recherche scientifique, soit à d'autres couples acquéreurs de l'enfant.

Le rapport énonce quelques règles techniques:

- l'embryon excédentaire ne peut être conservé au-delà de cinq années;
- à l'intérieur de ce délai, et «à la condition formelle que le projet parental a d'abord et déjà été réalisé», ce qui ne signifie pas que l'enfant voulu soit né mais qu'il a été fécondé et accepté, l'embryon in vitro peut être donné à un couple stérile ou susceptible «de transmettre probablement une affection reconnue comme incurable» ou bien donné pour la recherche s'il a moins de sept jours (ou quatorze, art. L. 672). La recherche suppose l'avis du Comité national d'éthique. On mesure l'imprudence qu'il y a à

26. Art. L. 669 et 676.1; voir en ce sens Barreau du Québec, op. cit., note 20.

27. J.L. Baudouin et C. Labrusse-Riou: Produire l'homme: de quel droit? Paris, P.U.F. 1987, p. 152.

affirmer que «il n'en demeure pas moins que, à aucun des stades de sa vie *in vitro* l'embryon ne peut être traité comme une chose», et que la société «doit formuler des normes pour traduire le respect que commande (sa) potentialité». Le principe du don de la personne est consacré; les articles du projet de loi formulent même la capacité d'exigence de sa destruction (art. 670) en cas d'abandon du projet parental. Le document de décembre 1989 du Comité national d'éthique sur les conditions des recherches sur l'embryon *in vitro* s'oriente dans cette direction.

Est permise, dans les termes des articles de l'avant-projet, la fécondation *in vitro* pour la réalisation du «projet parental», sans limitation du nombre des embryons créés. Le phénomène des embryons excédentaires est consacré, ce qui explique les dispositions qui suivent, et ce qui traduit fort bien la considération de l'embryon *in vitro* comme simple objet.

Et dans l'art. 670, il faut comprendre que:

- la caducité du projet parental,
- la volonté commune des parents,
- l'expiration du délai (5 ans),

entraînent la destruction de l'embryon *in vitro*. On parle de destruction d'une chose, et non d'une personne; le choix du mot est significatif. Par exemple, l'enfant fécondé avant le divorce ou la séparation de fait est destructible.

Ceci veut dire que les parents sont titulaires du droit de réclamer la mort de leur enfant *in vitro*.

Quant à l'article L. 671, il régleme le don d'embryon. Le refus de la maternité de substitution n'est, dans cette perspective, plus logique du tout!

- Délai de cinq ans après la fécondation,
- contribution au projet parental d'autrui,
- subsidiarité par rapport au projet des géniteurs,
- conditions des art. 668.4 à 668.11 (dont anonymat)

telles sont les conditions de ce don d'une personne au moins potentielle. L'art. L. 672 introduit implicitement le concept de pré-embryon accepté depuis quelques années déjà aux Etats-Unis et facilitant une mise hors-la-loi arbitraire du produit des premiers jours (7 ou 14) de la fécondation.

Le texte subit l'influence de la logique qui, depuis 1975, enserre l'enfant conçu, celle de la puissance de la volonté individuelle sur la vie d'autrui, de la conception de l'enfant comme un moyen de satisfaction de la personne et de la science.

Dès lors que le droit «sur» l'enfant a été consacré par la Loi du 17 janvier 1975, les barrières élevées entre l'enfant et son appropriation s'abaissent toutes fatalement. Un droit «à» l'enfant n'est plus que le «droit» de le créer s'ajoutant à celui de le détruire, et rejoignant ce pouvoir dans le «droit» d'exiger la destruction de l'embryon en cas d'abandon du projet parental. Des deux côtés, s'exerce le même pouvoir de la volonté individuelle. Que l'on nous permette deux citations.

Donum vitae²⁸:

«le rapport entre fécondation in vitro et élimination volontaire d'embryons humains se vérifie trop fréquemment. Ceci est significatif avec ces procédés, aux finalités apparemment opposées la vie et la mort sont soumises aux décisions de l'homme, qui en vient ainsi à se constituer donateur de vie et de mort sur commande.»

Comité consultatif national d'éthique, Rapport sur les recherches sur les embryons humains in vitro²⁹:

«S'agissant du statut de l'embryon humain, le développement de la contraception et la dépénalisation de l'avortement laissent croire que l'embryon humain dans les limites temporelles légales, est un pur objet au pouvoir de la mère; cela conduit certains médecins ou chercheurs à penser que le pouvoir de détruire (même limité légalement au cas de détresse, solution légale de moindre mal) fonde le droit d'utiliser l'embryon humain comme bon leur semble, et notamment pour la recherche. On peut certes déplorer les contradictions d'une société qui, au nom des désirs individuels, laisse détruire nombre d'enfants possibles et s'efforce à grands frais de produire des enfants hors des conditions naturelles de la reproduction humaine. On peut aussi relever la contradiction que porte en elle la fécondation in vitro, qui voulant agir pour créer la vie, est conduite en même temps à la détruire.»

Telle est aussi l'opinion de X. Dijon: «Aussi cruel que paraisse le raisonnement des chercheurs, il ne fait que prolonger une violation fondamentale des droits de l'être conçu: si l'on n'a pas d'égards pour le caractère humain de l'embryon en autorisant la mère à l'expulser, pourquoi les hommes de science devraient-ils manifester davantage de respect pour ce fruit de la conception?»

28. Donum vitae, Congrégation pour la Doctrine et la Foi, 22 février 1987.

29. Décembre 1986.

Le rapport du Barreau du Québec mettait en relief ces logiques: «Est également souligné le danger de réification de l'embryon. Celui-ci devient, en effet, un moyen de satisfaire un désir. S'il a été créé initialement dans le but d'être utilisé pour donner vie à un enfant, il peut désormais être aussi détruit, donné ou même vendu, ou faire l'objet d'expérimentation»³⁰. Et, fort pertinemment, Madame Castelli relevait la tendance contemporaine «à considérer l'enfant comme objet de consommation»³¹, contraire à tout un mouvement doctrinal et jurisprudentiel confirmant la reconnaissance de l'infans conceptus comme sujet de droit³², subsidiairement comme personne «en devenir», plus subsidiairement personne «potentielle», plus subsidiairement encore (en langage du Palais!) comme une «valeur», et même contraire au standard minimum selon lequel «la vie humaine, dès la fécondation, mérite en principe d'être protégée, indépendamment du fait que l'embryon dès le début, soit qualifié ou non de «personne» ou qu'il possède ou non des droits propres fondamentaux»³³. Pour G. Raymond, «cela rappelle étrangement le statut de l'esclave dans le droit romain ou l'ancien droit français, sur lequel le maître avait droit de vie et de mort parce qu'il était assimilé à un chose»; et: «il y a donc par ces textes remise en cause de la personnalité juridique de l'embryon et de la protection qui lui est requise de par la loi»³⁴.

L'animal monte en droit civil! De meuble par nature ou immeuble par destination qu'il était, il est qualifié «d'être sensible»; l'expérimentation sur lui est encadrée³⁵; il est l'objet de contrats dits «d'adoption»³⁶; l'on se dispute sa «garde» pendant le procès du divorce... L'enfant de la recherche et des désirs n'a point cette chance. A-t-il au moins celle, s'il survit, de retrouver ses origines?

30. Barreau du Québec, *op. cit.*, note 20, p. 31.

31. M. Castelli, «Les manipulations génétiques et le droit», (1988) 19 R.G.D. 5; voir J.C. Galloux «Réflexion juridique 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, et «De la nature juridique du matériel génétique, ou: la réification du corps humain et du vivant», (1989) Rev. de Rech. Jur. 521.

32. Cass. civ. 1re, 10 décembre 1985, Gaz. Pal. 1986. 2e sem. Somm. 323 (note A. Piédelièvre); voir le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire Daigle c. Tremblay, [1989] R.J.Q. 1980 (C.S.), [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.), infirmé par la Cour suprême [1989] 2 R.C.S. 530; R.P. Kouri, «Réflexions sur le statut juridique du fœtus», (1980-81) 15 R.J.T. 193; C. Hennau-Hublet, Le statut de l'embryon humain, I.S.E.N.B., rencontre Int. Bioéthique, juillet 1989; voir aussi Commission de réforme du droit du Canada, Les crimes contre le fœtus, Document de travail 58, Ottawa, 1989.

33. Résolution A.I.D.P., Vienne 1989, *op. cit.*, note 20, & 5.2.

34. G. Raymond, *Op. cit.* note 8.

35. Décret no 87-848 du 19 octobre 1987 pris pour l'application de l'article 454 du Code pénal et du troisième alinéa de l'article 276 du Code rural et relatif aux expériences pratiquées sur les animaux, J.O. 20 octobre 1987, 12245, J.C.P. 1987, III. 60727.

36. Versailles, 24 août 1988, Gaz. Pal. 1989. 1re sem. Somm. 121.

II) L'appropriation de la filiation

Le but des activités de procréation assistée n'est pas de soigner une stérilité dont elle ne constitue que des palliatifs, mais de donner un enfant à un couple dont il ne sera le vrai descendant qu'en cas d'insémination entre époux. L'apport de gamètes d'un tiers, voire de l'enfant fécondé et conservé, ne peut que perturber le schéma familial³⁷. Le législateur n'en affirme pas moins son *imperium* en permettant une cession de filiation et un obscurcissement de filiation.

A) La filiation cédée

En premier lieu l'avant-projet confirme l'illicéité de la pratique des «mères porteuses», ou «mères de substitution» qui, selon les termes employés ici par le Comité du Barreau du Québec, «ne respecte pas la dignité de l'être humain. L'enfant y est traité comme une marchandise, comme un objet, comme un bien, et non pas comme une personne. Il est utilisé pour satisfaire les désirs d'un couple en mal d'enfant et souvent ceux d'une femme en mal d'argent», et qui «asservit la femme d'une double façon»³⁸. C'est «l'enfant de l'esclave» (F. Terré)!

Conformément à une jurisprudence qu'il cite³⁹, l'avant-projet laisse hors-la-loi les contrats de mères porteuses. L'article L. 671 n'autorise que les dons d'embryons excédentaires et le futur article 353.1.4 Code pénal punit l'entremise pour la conclusion d'une convention de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui «avant la conception d'un enfant». L'interprétation restrictive des incriminations pénales ne permettrait pas de sanctionner l'entremise après la conception (aux fins de négocier l'implantation et la gestation de l'embryon fécondé). C'est pourquoi il est utile de citer le rapport qui constate l'irrégularité générale de ces exploitations: «Le groupe de travail a, conformément aux propositions du Conseil d'Etat, estimé nécessaire d'indiquer que ce type de contrat n'était pas admissible et qu'il était nul en droit (article 342.12 du Code civil)»⁴⁰. Le futur article 342.12 du Code civil dispose: «Les conventions de

37. Voir G. Cornu, *op. cit.*, note 24, p. 419 et suiv.; J. Hauser et D. Huet-Weiller, «La famille: fondation et vie de la famille» dans J. Ghestin, (dir), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1989, no 452 et suiv.; G. Nicolau, *L'influence des progrès ou la génétique sur le droit et la filiation* P.U. Bordeaux, 1989, préface J.-F. Vouin.

38. Barreau du Québec, *op. cit.*, note 20, p. 28.

39. Aix-en-Provence, 29 avril 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1^{re} sem. Jur. 44 (note P. Biasca); Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1989, D.1990.I.R.29, D.1990.Jur.273 (rapport J. Massip, J.C.P. 1990.II.21526 (note A. Sériaux); cep: Paris, 15 juin 1990, J.C.P. 1990. Actualités no 29-30.

40. Conseil d'Etat, *De l'éthique au droit*, Doc. fasc. no 4855, Paris, La Documentation française, 1988, pp. 60, 65, 196.

procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles». Déjà, l'indisponibilité de l'état des personnes et son corollaire, la nullité des renonciations aux actions relatives à la filiation (art. 311.9 Code civil), privent d'effet ces négociations. On sait que le Comité du Barreau du Québec prévoit de déclarer contraire à l'éthique professionnelle de l'avocat la rédaction de ces contrats. La filiation de l'enfant ne peut être cédée par le biais de la fabrication suivie de l'abandon: «On ne porte pas un enfant sous l'obligation de l'abandonner»⁴¹. La Commission Warnock recommandait, en 1984, «qu'il soit prévu par la loi que tous les accords en vue d'une grossesse de substitution sont des contrats illégaux qui ne peuvent par conséquent être exécutés par les tribunaux»⁴².

En second lieu, le document, qui proscrie ainsi la cession de l'enfant né et même *in utero*, admet la cession de l'enfant excédentaire. En effet, les auteurs de l'embryon *in vitro* sont non seulement en droit d'en exiger la destruction au cours du délai maximum de conservation de cinq ans (article L. 670 & 2), ou de le donner «à la recherche scientifique» après réalisation (avec un autre embryon) ou abandon de leur «projet parental» (article L. 673; le protocole de recherche doit être approuvé par le Comité national d'éthique⁴³) ainsi qu'il a été dit ci-avant, mais encore de le donner «pour la réalisation du projet parental d'autrui». Ce don est subsidiaire par rapport à la réalisation du projet parental dit «primordial» (art. L. 671) et ne peut porter que sur les embryons dits excédentaires et au profit d'un couple stérile ou susceptible de transmettre une affection incurable. Dans son avis du 15 décembre 1985, le Comité national d'éthique avait énoncé:

«Aucune législation ne permet, en l'état actuel, d'organiser la réalisation d'un tel don de sperme. Rien ne permet actuellement de répondre en pareil cas aux questions juridiques qui pourraient se poser (notamment en matière de filiation).

Le Comité souhaite donc que des règles juridiques soient élaborées avant que ce don d'embryon à d'autres couples puisse être envisagé. Il souligne l'urgence d'une intervention législative. Faute de quoi, risque de se développer un véritable marché noir des embryons.

41. *Id.*, p. 60.

42. Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilization and Embryology, *op. cit.*, note 19.

43. Comparez l'avis du Comité national d'éthique du 15 décembre 1986 publié dans Avis de recherches sur l'embryon, éd. français/ anglais, préface J. Bernard, Actes-Sud/INSERM, 1987, p. 73 et suiv. Ce «don» à la science n'est qu'une destruction différée, en connaissance de cause. C'est pourquoi, en toute déférence, nous avouons nos réserves devant la réflexion du Comité du Barreau du Québec: «Le comité considère, lorsque le don de l'embryon surnuméraire n'est pas possible, qu'il est préférable de le voir servir à la recherche scientifique plutôt que d'être détruit.» *op. cit.*, note 20, p. 33.

La somme des questions concrètes que la fécondation in vitro et la congélation des embryons font surgir montre les difficultés d'élaborer des solutions pleinement satisfaisantes. Elle révèle, en outre, les risques des engrenages dans lesquels nous entraînent des pratiques incontrôlées de reproduction médicalisée. C'est pourquoi on devrait notamment éviter de féconder plus d'ovocytes qu'il ne paraît raisonnable et prudent de transplanter».

Le projet de loi, dont l'intention de ses auteurs est au-dessus du soupçon, consacre l'enfant comme objet des désirs individuels: il est réalisé comme moyen de satisfaire un désir de paternité/maternité dans la conscience de son caractère potentiellement surnuméraire et donc destructible ou cessible; il est donné comme moyen de réalisation du désir parental d'autrui, parce qu'excédentaire et donc superflu. Telle est la double logique, et de la fabrication scientifique de l'enfant, et de son appropriation depuis la Loi du 17 janvier 1975. Le rapport De l'éthique au droit affirmait pourtant que, pour l'embryon in vitro, «le statut proposé repose sur l'idée irréductible que l'on ne saurait traiter l'embryon comme une chose. Cela va de soi, quelle que soit la conviction défendue ou la référence utilisée»⁴⁴.

Pour que la cession soit complète, fût-elle gratuite, le législateur est conduit à s'écarter en principe du rapprochement entre la règle de droit et la vérité biologique qu'il avait recherché en 1972 (sans dogmatisme ni absolutisme cependant⁴⁵). L'article 342.9 dispose que «la contribution au projet parental d'autrui par apport de forces génétiques à la procréation médicalement assistée ne permet de fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de la contribution et l'enfant issu de cette procréation...» Les textes suivants confirment la rupture entre la participation à la procréation et la filiation déclarée.

Article 342.10

«Nul ne peut contester la filiation de l'enfant pour une raison tenant au caractère médicalement assistée de sa procréation et l'enfant n'est pas recevable à réclamer un autre état.

Cependant le mari de la mère ou le compagnon de celle-ci peut désavouer l'enfant ou contester la reconnaissance s'il n'a pas consenti à la

44. Conseil d'Etat, op. cit., note 40, p.

45. Voir J. Carbonnier, Droit civil, t. 2: «La famille, les incapacités», Paris, P.U.F., 1977, p. 305: «politique législative».

procréation médicalement assistée ou s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci.»

Article 342.11

«Celui qui, après avoir consenti à la procréation médicalement assistée, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant.»

Les auteurs de l'embryon ont donné chacun leurs «forces génétiques», leur patrimoine héréditaire, mais en transmettant le produit, ils abandonnent leur paternité et leur maternité. Les parents d'accueil seront ceux que le droit futur couronnera seuls, après quelques mots, dans les rapports, sur l'altruisme, la générosité - pourquoi pas le civisme - des donateurs⁴⁶. Le rapport explique cette conséquence du don: «La procréation médicalement assistée implique que l'enfant n'est pas l'enfant biologique de ses deux parents juridiques. Il convient, pour consolider le lien de filiation volontairement créé, d'interdire que quiconque, y compris l'enfant, prenne prétexte de l'absence de lien biologique pour rompre le lien juridique»⁴⁷.

La filiation est abandonnée «par accessoire»... Une garantie solide contre l'éviction par les auteurs de l'enfant réside dans le silence sur les origines génétiques de celui-ci.

B) La filiation obscure

Premièrement, le donneur de gamètes «ne peut en déterminer le bénéficiaire» (art. L. 668.7). Il donne son hérité anonymement, ce qui interdit les complaisances amicales ou familiales. Imaginons un bref instant la loi qui voudrait tolérer l'adultère infécond, ou bien l'adultère fécond mais anonyme et, mutatis mutandis, altruiste et désintéressé, ou encore interdire l'adultère fécond mais intuitu personae! Les intermédiaires sont tenus par l'obligation au secret professionnel sur l'identité du donneur (art. L. 668.8). Les risques de conflit qu'engendrerait le don nominatif, «notamment du fait (qu'il) se réaliserait souvent au sein d'une même famille (don de sperme pour une parente, une alliée, par exemple), les déséquilibres et ruptures qui pourraient en découler, interdisent le don à des personnes ou à des catégories de personnes déterminées. L'altruisme ne peut être sélectif»⁴⁸ (sic). Le législateur n'envisage pas l'hypothèse inverse,

46. Les géniteurs ne ramasseront que les miettes du droit de visite et de correspondance exceptionnel de l'article 371.4 & 2 Code civil, si du moins le secret des origines n'y met point obstacle radicalement.

47. Comparez le rapport De l'éthique au droit, op. cit., note 40, pp. 62 et 64 (articles 18, 19, 20) et G. Cornu, op. cit., note 24, p. 249.

48. Rapport préliminaire.

celle de la condition imposée par le donneur de ne pas remettre ses gamètes à telle ou telle catégorie de bénéficiaires (considération de choix ethnique, social, religieux, etc...); faudra-t-il raisonner alors comme en matière de refus de prestation de services? L'anonymat «préserve», certes, «de tout», même de la garantie. Le rapport Warnock écartait à la fois les droits et les obligations des donneurs...

Deuxièmement, le don d'embryon surnuméraire n'est pas frappé par cette discrétion et semble réalisable anonymement ou nominativement. Les raisons de la dissimulation des origines en cas de don de sperme ou d'ovocyte se seraient pourtant retrouvées en ce domaine, et l'on sait que l'article 354 & 2 Code civil relatif à la transcription du jugement d'adoption plénière sur les registres de l'état civil prescrit: «elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant». Le système a «pour but de mettre l'enfant à l'abri de toutes recherches de la part de sa famille d'origine»⁴⁹. La procréation artificielle n'est pas une adoption, même prénatale, certes mais le législateur paraît vouloir lui faire produire la même rupture entre l'enfant et ses parents biologiques.

Ce secret absolu s'impose-t-il? Il constitue une conséquence logique du transfert de l'enfant, mais il interdit de remonter le courant héréditaire lorsque cette exploration présentera un intérêt thérapeutique... Tous les systèmes juridiques ne le retiennent pas...

CONCLUSION

Est-ce, pour aujourd'hui, l'essentiel? «La difficulté est presque insurmontable de «durcir en mots» l'essence vivante de la personne. Mais il y a urgence à le faire»⁵⁰. En effet, il y a urgence! Les législateurs modernes, cédant aux flots impétueux du courant utilitariste, font, ou feront, courir à l'homme, un risque évident d'appropriation par la science ou, sans jouer sur les mots, l'inconscience. Le législateur humain n'est pas omnipotent. Il ne dispose pas du pouvoir de trancher de ces questions de vie et de mort.

La science n'est pas neutre, le droit n'est pas neutre non plus. Remettre aux seuls scientifiques la définition des normes, c'est risquer de rendre

49. J. Hauser et D. Huet-Weiller, op. cit., note 38, no 926. Toutefois, le jugement d'adoption lui-même n'est pas secret. Dans Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le droit, t. XXXVIII, 1987, Paris, Economica, 1989 voir J.L. Baudouin, «Rapport général» p. 21, M. Rivest, «La procréation "éclatée"», p. 77, B.M. Knoppers, «Vérité et information de la personne», p. 87 et Mme Labrusse-Riou, «Rapport français», p. 103; le rapport de C. Labrusse-Riou est repris et développé dans L'homme, la nature et le droit, Ch. Bourgeois, 1988, p. 159.

50. M. Delmas-Marty, «Les droits de l'homme entre médecine et politique» Le Monde (10 novembre 1989) 31.

moralement admissible tout ce qui est techniquement possible. «Si le législateur, responsable du bien commun, manquait de vigilance, il pourrait être dépouillé de ses prérogatives par des chercheurs qui prétendraient gouverner l'humanité au nom des découvertes biologiques et de prétendus processus d'«amélioration» qui en dériveraient»⁵¹.

Pour certains (M. Torrelli), il est urgent de légiférer, pour éviter de laisser se constituer des acquis sociologiques qui seront considérés comme des droits acquis. En tout cas, le législateur, s'il intervient, doit rappeler ce qui doit être respecté⁵². C'est alors seulement que, toujours sensible aux détresses, mais d'une extrême prudence, il peut être satisfait: *Egregi monumentum aere perennius!*

51. Donum Vitae, Chap. III.

52. Meyer, Colloque AMADE, *op. cit.*, note 14.