

Les manipulations génétiques et le droit

Mireille D.-Castelli

Volume 19, Number 1, March 1988

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059186ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059186ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

D.-Castelli, M. (1988). Les manipulations génétiques et le droit. *Revue générale de droit*, 19(1), 5–28. <https://doi.org/10.7202/1059186ar>

Article abstract

Genetic manipulations on human beings raise problems which namely concern law. After situating the problem in its scientific and social framework, the possible effect on actual law is envisioned before the desired meaning of a legislative intervention in function of the boundaries it must respect, is evoked.

The scientific framework and the social context in which this problem fits, emphasizes that only the genetic manipulations concerning embryos and gametes present sharp difficulties because of their not only permanent, but also transmissible objectives and effects.

The essential reaction, as seen in conferences, commissions and committees are found in the social context. These reactions are generally motivated by risks stemming either from these manipulations or from the nature of the embryo. However, already do these elements ascribe inevitably to the framework of existing laws. In the legal framework, it is suitable to raise two questions.

- Firstly, are these necessary consents to make, and if so, which ones?
- Secondly, is it sufficient to gather certain necessary consents to render possible such a manipulation?

Relative to desirable solutions which are legally attainable and which must be eventually retained, if we intend to legislate, it is advisable to firstly see that the solutions in this domain, must as in others, respect the logic of our law. For this, it is advisable to research and draw the fundamental intervening principles which are universally admitted, namely those of the respect of human life and of the human being, because they justify all the others.

DOCTRINE

Les manipulations génétiques et le droit *

MIREILLE D.-CASTELLI
Professeure à la Faculté de droit
de l'Université Laval

RÉSUMÉ

Les manipulations génétiques sur les êtres humains soulèvent des problèmes qui concernent notamment le droit.

Après avoir situé le problème dans son cadre scientifique et social, l'effet possible du droit actuel est envisagé avant que soit évoqué le sens souhaitable d'une intervention législative en fonction des paramètres qu'elle devrait respecter.

Le cadre scientifique et le contexte social dans lequel ce problème s'insère soulignent que seules les manipulations génétiques portant sur les embryons et les gamètes présentent des difficultés aiguës en raison tant de leur objet que de leurs effets non seulement permanents mais transmissibles.

ABSTRACT

Genetic manipulations on human beings raise problems which namely concern law. After situating the problem in its scientific and social framework, the possible effect on actual law is envisioned before the desired meaning of a legislative intervention in function of the boundaries it must respect, is evoked.

The scientific framework and the social context in which this problem fits, emphasizes that only the genetic manipulations concerning embryos and gametes present sharp difficulties because of their not only permanent, but also transmissible objectives and effects.

The essential reaction, as seen in conferences, commissions and

* Ce texte reprend une conférence donnée par l'auteur à la Faculté de droit d'Ottawa à la demande de l'Association des étudiants de droit civil de l'Outaouais.

Nous tenons à remercier madame Édith Deleury pour nous avoir donné accès aux documents rassemblés par son équipe de recherche, ce qui a considérablement simplifié la recherche de certains documents cités, et nous a permis de consulter certains documents que nous n'aurions autrement pu obtenir en temps utile.

Dans le contexte social, sont présentées les réactions essentielles à ces problèmes, telles qu'elles se manifestent dans des colloques, commissions et comités. Ces réactions sont motivées généralement soit par les risques découlant de ces manipulations, soit par la nature de l'embryon.

Cependant, ces éléments s'inscrivent, d'ores et déjà, inévitablement dans le cadre des lois actuellement existantes. Dans le cadre juridique, il convient de soulever deux questions :

— Y a-t-il des consentements nécessaires? (et en cas de réponse positive, lesquels?)

— Suffirait-il de rassembler certains consentements nécessaires pour rendre possible une telle manipulation?

Relativement aux solutions souhaitables qui sont juridiquement soutenables et qui devraient être éventuellement retenues si l'on entend légiférer, il convient tout d'abord de voir que les solutions doivent, en ce domaine comme dans les autres, respecter la logique de notre droit. Pour ce faire, il convient de rechercher et de dégager les principes fondamentaux mis en cause, ceux qui sont universellement admis parce qu'ils fondent tous les autres, notamment celui du respect de l'être humain et de la vie humaine.

committees are found in the social context. These reactions are generally motivated by risks stemming either from these manipulations or from the nature of the embryo. However, already do these elements ascribe inevitably to the framework of existing laws. In the legal framework, it is suitable to raise two questions.

— Firstly, are these necessary consents to make, and if so, which ones?

— Secondly, is it sufficient to gather certain necessary consents to render possible such a manipulation?

Relative to desirable solutions which are legally attainable and which must be eventually retained, if we intend to legislate, it is advisable to firstly see that the solutions in this domain, must as in others, respect the logic of our law. For this, it is advisable to research and draw the fundamental intervening principles which are universally admitted, namely those of the respect of human life and of the human being, because they justify all the others.

SOMMAIRE

Introduction	7
I. Le contexte	8
A. Le cadre scientifique	8
B. Le contexte social	10
1. Les questions soulevées sur le plan éthique	10
a) Les risques	11
b) La nature de l'embryon	11
2. Les solutions retenues par les commissions d'étude	12
II. Le contenu de la loi actuelle	15
A. Le consentement des donneurs	15
B. Le consentement des parents	17
III. <i>De lege ferenda</i>	19
A. La logique du droit	20
1. Les raisonnements superficiels et les conséquences	20
2. Le recours au principe fondamental de notre droit	21
B. Les conséquences de la mise en œuvre des principes fondamentaux	23
1. La nature de l'embryon	23
2. Les conséquences	25
Conclusion	27

INTRODUCTION

Après l'insémination artificielle, le transfert d'embryons, la fécondation *in vitro*, la congélation d'embryons, toutes techniques qui, d'ores et déjà, appartiennent à la réalité concrète (même si ces techniques demeurent rarement utilisées), on est en droit de penser aux applications pour l'être humain des techniques de manipulation génétique, c'est-à-dire à la modification des caractères inscrits dans les cellules et qui caractérisent chaque être vivant (et dans le cas qui nous intéresse, chaque personne).

Même si, officiellement du moins, les manipulations génétiques sur l'être humain n'existent pas encore, elles ont déjà été expérimentées sur les micro-organismes avec la création de bactéries utiles, par exemple pour extraire le pétrole, puis sur les végétaux, avec notamment la mise au point de types de blé particulièrement résistants aux maladies, puis sur les animaux, avec la poule-caille, le poulet à quatre pattes et souris-rat (ce que l'on appelle les « chimères », c'est-à-dire le croisement de plusieurs

espèces). Déjà, la législation des États-Unis a récemment prévu de manière expresse la protection des droits d'auteur ou des brevets pour les inventeurs de ces nouvelles espèces, ce qui en soi n'est pas très révolutionnaire, quoique l'on en ait parfois dit. Il y a tout lieu de penser que les savants, après avoir expérimenté et mis au point cette technique sur les micro-organismes, les végétaux et les animaux, seront tentés de les essayer sur l'homme. La gloire et l'afflux des subventions seront des motifs suffisants pour les faire passer outre à leurs craintes, d'autant plus que, ainsi que le fait remarquer Jacques Testart, un des pères du premier bébé éprouvette français, il suffit d'un seul savant, et il s'en trouvera toujours, pour que l'expérience soit possible, puisque dans un tel cas, il n'aura pas besoin du consentement du « patient » puisqu'il ne s'agit, dans ce cas, que de cellules incapables d'exprimer leur consentement.

L'application des techniques modernes de génétique à l'être humain a soulevé des questions très vivement débattues. De nombreux colloques ont été tenus, de nombreux comités d'éthique ou commissions ont été créés pour examiner ces problèmes. Après les problèmes de l'admissibilité de techniques telles que l'insémination artificielle et la transplantation d'embryons, la question de la manipulation génétique relativement à l'être humain devient de plus en plus d'actualité. On a beaucoup discuté, il y a quelques années, de l'admissibilité de telles recherches sur les micro-organismes, par crainte notamment de la création de micro-organismes dangereux. Cette crainte s'est maintenant atténuée. La question de la manipulation génétique appliquée à l'être humain a encore été peu soulevée. Pour discuter de cette question, il convient de la replacer dans son contexte, cadre scientifique et contexte social, puis de rechercher si la loi actuelle ne donnerait pas certains éléments de solution avant de voir dans quelle optique et quel domaine une législation éventuelle devrait intervenir.

I. LE CONTEXTE

Ainsi que nous l'avons dit, ce problème doit être envisagé dans le contexte aussi bien scientifique que social.

A. LE CADRE SCIENTIFIQUE

Les manipulations génétiques sont de deux types. Les premières portent sur certaines cellules d'un individu complètement formé, enfant ou adulte; elles sont effectuées alors sur les cellules « somatiques ». Ce pourrait être par exemple la modification de cellules de moelle osseuse ou de cellules de certaines glandes qui permettraient, une fois réinsérées dans la personne dont ces cellules sont originaires, de corriger des déficiences

génétiques, telle l'hémophilie. Ces manipulations génétiques ont d'ores et déjà été expérimentées¹.

Le second type de manipulation qui peut être effectué sur l'homme suppose :

[...] l'intégration de la chimère (cellule modifiée) dans un ovule fécondé, de telle façon que le gène étranger s'associe et s'intègre chimiquement aux chromosomes de l'ovule et que l'individu qui en résulte recèle dans ses propres gamètes ce gène étranger².

Il existe donc une différence considérable entre ces deux types de manipulation, aussi convient-il de distinguer deux niveaux de responsabilité morale, soit celui ayant trait au transfert d'un gène dans les cellules somatiques d'un individu, « ce qui n'est pas très différent de la transplantation d'organes ou même de la prise de médicament », et celui du transfert du génome d'un homme sain dans un ovule fécondé, ce qui est beaucoup plus grave³.

Le premier type de manipulation génétique, manipulation de cellules somatiques de l'individu complètement formé, ne pose pas de graves problèmes d'éthique. En effet, la manipulation de cellules somatiques permet de corriger la maladie d'origine génétique en permettant à la personne de ne plus souffrir des symptômes de cette maladie. Ces manipulations sont relativement bénignes en ce qu'elles ont un effet limité à la personne qui en bénéficie. De plus, puisqu'il s'agit d'un traitement expérimental, la personne qui y sera soumise devra donner son consentement, consentement qui devra être particulièrement éclairé.

On doit cependant souligner que lorsqu'on introduit un gène sain destiné à remplacer un gène déficient ou à pallier à ses effets, on ne peut déterminer la place exacte du gène introduit. Or, de sa place dans la chaîne chromosomique, dépendent son effet et son efficacité. On voit déjà l'aléa couru. Cependant, cette manipulation et l'introduction de ce nouveau gène ne modifieront en rien les caractères héréditaires et la chaîne ADN de la personne chez qui on introduit quelques cellules modifiées.

Il en va tout à fait différemment pour la manipulation génétique des cellules reproductrices et des embryons avant le stade de la différenciation des cellules. Une telle manipulation va en effet entraîner une modification du codage génétique de chacune des cellules qui composeront l'enfant à naître, y compris ses cellules reproductrices.

1. Dès 1980, cf. René FRYDMAN, *L'irrésistible désir de naissance*, Paris, P.U.F., 1986, p. 194.

2. M. GROS, intervention sur « Génie génétique, transfert de gènes dans la cellule, texte synthétique », in *Génétique, procréation et droit*, Actes du colloque, Paris, Hubert Nyssen édit., 1985, diffus. P.U.F., p. 92.

3. *Id.*, p. 97; voir dans le même sens, A. MOTULSKY, « Impact of Genetic Manipulations in Society and Medicine », *Sciences*, 4 janvier 1983, pp. 135-140.

Ceci veut donc dire que non seulement c'est la totalité de la personne soumise au traitement qui sera modifiée (en mieux, espéret-on), mais aussi toute sa descendance. On mesure la gravité de telles manipulations. Les manipulations d'embryons et de cellules reproductrices sont, à cause de la gravité du problème qu'elles soulèvent, les seules qui nous intéressent ici.

On doit être conscient qu'elles sont rendues possibles par l'existence de toutes les techniques modernes de reproduction, prélèvement de cellules reproductrices, ovule ou sperme, fécondation *in vitro* notamment. Ainsi que l'a fort bien souligné Jacques Testart, ce qui était caché, et protégé, dans le corps de la femme est maintenant, par le biais de la fécondation *in vitro*, livré (et l'on peut se demander si, dans le droit actuel, c'est livré sans défense) aux expérimentateurs.

À l'intérieur même des manipulations génétiques relatives aux cellules reproductrices ou à l'œuf fécondé, on doit établir des distinctions selon le but poursuivi par ces manipulations. Un premier type d'objectif poursuivi peut être purement expérimental et viser simplement à accroître les connaissances de l'être humain relatives à la reproduction, à la fixation des gènes, aux effets de telles ou telles transplantations ; il s'agit alors d'un but purement scientifique qui pourra certes se révéler utile mais à longue échéance. Mais les manipulations peuvent aussi être faites dans un but thérapeutique ou curatif ; elles sont faites alors pour éviter qu'une personne ne naisse physiquement ou intellectuellement diminuée à cause d'une déficience génétique. C'est ce deuxième type de manipulation qui va généralement justifier l'acceptation des expériences, notamment des expériences sur l'embryon destinées à éviter le développement de l'anomalie génétique. La distinction entre les deux types d'expérimentation est fondamentale pour la résolution des problèmes soulevés en droit. Aussi, nous sera-t-elle utile par la suite.

Nous allons maintenant situer la question dans le contexte social : problèmes d'éthique, prises de position qui se dégagent des diverses commissions d'enquête, colloques, comités d'éthique, etc.

B. LE CONTEXTE SOCIAL

1. Les questions soulevées sur le plan éthique

Deux sortes de questions ont été soulevées au plan éthique. La première, relative aux risques, a trait généralement aux risques courus par l'ensemble de l'humanité alors que la deuxième a trait à la nature de l'embryon.

a) *Les risques*

La communauté scientifique, les commissions ou les personnes qui ont donné leur avis ont mis en cause les manipulations génétiques en raison des nombreux risques potentiels. On a craint les manipulations ratées. Toute manipulation fera naître, espère-t-on, un Apollon mais peut-être sera-ce un Frankenstein qui apparaîtra. Quelle serait alors la force de propagation de cet essai raté ?

On soulève aussi le risque de rétrécissement de la diversité génétique dans l'espèce humaine. Ce rétrécissement de la diversité génétique pourrait, craint-on, entraîner une diminution de la capacité d'adaptation de l'être humain aux divers dangers qui pourraient menacer la race humaine. Cependant, plusieurs spécialistes estiment ce risque très nettement exagéré « car la sélection naturelle subsisterait et les risques introduits par transgénose n'auraient pas plus d'effets que les mutations naturelles que nos populations subissent chaque jour sans en être génétiquement altérées pour autant⁴ ». Ceci semble d'autant plus évident que tous les êtres humains ne seront pas soumis à cette manipulation génétique.

On a également mentionné un risque « moral », soit celui que les gens n'exigent des bébés parfaits, l'enfant étant alors perçu comme un objet. On peut souligner qu'existe déjà, dans notre société, cette tendance à considérer l'enfant comme un objet de consommation que l'on veut posséder pour soi et non pour lui-même, les techniques de procréation ne faisant qu'intensifier cette conception.

Enfin, on soulève le risque des excès dans ces manipulations, avec l'introduction de gènes appartenant à d'autres espèces que la race humaine.

b) *La nature de l'embryon*

La deuxième question relative à l'éthique est celle de la nature de l'embryon. En effet, toute manipulation de l'embryon soulève cette question. L'aspect sous lequel cette dernière est très souvent abordée est celui de l'intérêt général par le biais des problèmes qui résulteront éventuellement d'une telle manipulation de « matériel humain » pour l'ensemble de l'humanité. Mais on soulève aussi cette question par rapport à la nature de l'embryon lui-même :

4. M. LANGANEY, intervention sur « Génie génétique, transfert de gènes dans la cellule, texte synthétique », in *Génétique, procréation et droit*, op. cit., supra, note 2, p. 96.

Avec le statut de l'ovule fécondé, nous sommes au cœur du sujet. L'œuf non fécondé est-il un objet biologique? À partir de quel moment est-il une personne humaine? Lorsqu'il est fécondé ou transplantable ou segmentable?⁵

Tous les biologistes sont d'accord pour dire que le matériel fœtal est incontestablement humain; reste le problème philosophique de savoir à partir de quel moment on considérera qu'il s'agit d'une personne humaine. En raison de la gravité de toutes ces questions, de nombreux colloques, commissions d'étude ou commissions d'enquête ont eu lieu. Ils ont non seulement soulevé des questions mais proposé diverses solutions.

2. Les solutions retenues par les commissions d'étude

On doit noter préalablement que l'expérimentation sur les fœtus ou les embryons est interdite aux États-Unis. Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé en France arrive aux mêmes conclusions⁶. Cependant, dans les deux cas, ce qui est interdit, c'est l'expérimentation sur les produits d'avortement et ce, pour éviter que l'avortement ne soit encouragé dans le but d'utiliser les produits de l'avortement (fœtus, placenta) à des fins commerciales ou scientifiques. Bien qu'il ne s'agisse donc pas de législations ayant pour objet les manipulations génétiques sur des embryons conçus *in vitro*, l'existence de ce type de législation constitue cependant un point de référence intéressant.

Les conclusions de la majorité des commissions réunies dans divers pays ont été d'interdire des expérimentations sur des tissus embryonnaires ou, lorsque ces commissions ont envisagé qu'on puisse les accepter, d'imposer des règles très strictes. La majorité de ces commissions exigent aussi qu'il y ait un contrôle total des donneurs sur l'usage qui sera fait de leur gamète. Tous les comités d'éthique ou de médecins et de scientifiques imposent une limite de quatorze jours pour la culture d'un embryon avant sa transplantation. Ils interdisent donc la culture au-delà du stade du premier développement mental⁷. On doit

5. M. GROS, *loc. cit.*, *supra*, note 2, p. 93.

6. Voir *Avis, prélèvement de tissus d'embryons ou de fœtus humains morts à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, avril 1984.

7. Voir sur la question Bartha KNOPPERS, « Reproductive Technology », (1987) 32 *McGill Law Journal* 337, p. 345, et références citées; voir notamment, sur la dernière question, le Rapport du Collège royal des obstétriciens et gynécologistes de Grande-Bretagne; sur l'ensemble des questions, les meilleurs supports sont le *Rapport Warnock* de G.-B. et « Fécondation in vitro, analyse de génome et thérapie génétique », Rapport du groupe de travail commun, ministère fédéral de la Recherche et de la Technologie, et

noter, relativement à cette limitation à quatorze jours de la culture de l'embryon, le parallélisme fait avec la nouvelle définition de la mort. Voyant dans la vie cérébrale la caractéristique de la vie humaine, les scientifiques ont considéré de manière symétrique que la vie humaine devait être respectée à partir du moment où le tissu nerveux se développe.

Enfin, on doit noter que tous ces rapports interdisent d'implanter dans une femme un embryon ayant été l'objet d'une expérimentation⁸. Le parlement européen, dans sa recommandation 934 de 1982 relative à l'ingénierie génétique, considère dans son article 4 que :

Les droits à la vie et à la dignité humaines, garantis par les articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme implique le droit d'hériter des caractéristiques génétiques n'ayant subi aucune manipulation.

- ii) ce droit doit être expressément énoncé dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme;
- iii) la reconnaissance expresse de ce droit ne doit pas s'opposer à la mise au point d'applications thérapeutiques de l'ingénierie génétique (thérapie des gènes) pleines de promesses pour le traitement et l'élimination de certaines maladies transmises génétiquement;
- iv) la thérapie des gènes ne doit être pratiquée et expérimentée que par le libre consentement et la pleine information de l'intéressé ou, en cas d'expérimentation sur des embryons, des fœtus ou des mineurs, avec le libre consentement et la pleine information des parents et tuteurs;
- v) les limites d'une application thérapeutique légitime des techniques d'ingénierie génétique doivent être clairement définies, portées à la connaissance des chercheurs et des expérimentateurs, et faire l'objet de révisions périodiques;
- vi) il conviendra d'élaborer dans ses grandes lignes une réglementation visant à protéger les individus contre les applications de ces techniques à des fins non thérapeutiques.

Dans son article 7, il recommande au Comité des ministres :

- a) d'élaborer un accord européen sur ce qui constitue une application légitime des techniques d'ingénierie génétique aux êtres humains « y compris aux générations futures », d'aligner les législations nationales en conséquence et de promouvoir la conclusion d'accords analogues au niveau mondial;
- b) de prévoir la reconnaissance expresse dans la Convention européenne des droits de l'homme du droit à un patrimoine génétique n'ayant subi aucune manipulation, sauf en application de certains principes reconnus

du ministère de la Justice (Allemagne) dit *Rapport Benda* d'Allemagne (version française reprographiée sans lieu ni édition), lequel est le mieux étayé juridiquement quant aux solutions qu'il propose.

8. Bartha KNOPPERS, *loc. cit.*, note 7, p. 346; le *Rapport Warnock*, qui témoigne des réflexions les plus systématiques et les plus approfondies sur la question, estime que la manipulation de matériel génétique doit être regardée à la lumière du meilleur intérêt de l'enfant qui en résultera.

comme pleinement compatibles avec le respect des droits de l'homme (par exemple, dans le domaine des applications thérapeutiques);

- c) de prévoir l'établissement d'une liste des maladies graves susceptibles d'être traitées par la thérapie des gènes avec le consentement de l'intéressé (bien que certaines interventions opérées sans consentement, conformément à la pratique en vigueur pour d'autres formes de traitement médical, puissent être considérées comme compatibles avec le respect des droits de l'homme lorsqu'une maladie très grave risque d'être transmise à l'enfant de l'intéressé [...]).

On peut remarquer que dans cette recommandation faite par le Conseil de l'Europe, ce qui est garanti, c'est le droit pour un enfant qui naît à un patrimoine génétique non manipulé, sauf manipulation thérapeutique. Mais, on chercherait en vain dans la formulation, une interdiction d'expérimentations portant sur des embryons qui seraient par la suite détruits, sauf de manière très indirecte par le biais du consentement des « parents » de l'embryon. Tout ce qui ressort de ces recommandations, c'est donc l'interdiction d'amener à terme un embryon qui aurait été l'objet d'une manipulation à but non thérapeutique⁹.

Par contre, dans une recommandation datant de septembre 1986, le même Conseil de l'Europe, approfondissant son point de vue, et précisant encore plus sa position, recommandait aux gouvernements des États membres « d'interdire toute création d'embryons humains par fécondation *in vitro* à des fins de recherche de leur vivant ou après leur mort » (art. 14, iii). Il recommandait aussi, relativement aux règles à respecter, que toute intervention, que son but soit de diagnostic ou thérapeutique, ait pour but d'assurer le bien-être de l'enfant à naître et de favoriser son développement et sa naissance, sans que la thérapie réalisée sur les embryons et les fœtus n'ait d'influence sur leurs caractères héréditaires non pathologiques¹⁰.

Tel est donc actuellement le point où sont rendues les réflexions et les diverses recommandations faites par les comités ou même, comme nous l'avons vu, par le Conseil de l'Europe. Comme on le voit, les avis demeurent dans l'ensemble partagés, fondés sur des réflexions de circonstance, pourrait-on dire, et sur des risques.

Si les risques ne sont pas négligeables, les intérêts potentiels de telles manipulations sont immenses. En effet, peut-on sans réflexion approfondie, rejeter d'un revers de la main, des possibilités qui ouvrent l'espoir à de nombreuses personnes. Ainsi en témoigne l'intervention du père d'un enfant atteint d'une maladie héréditaire au cours du Colloque Génétique, procréation et droit :

9. CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation 934 (adoptée par l'Ass. parlementaire le 26 janvier 1982) relative à l'ingénierie génétique.

10. CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation 1046 (adoptée par l'Ass. parlementaire le 24 sept. 1986) relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, scientifiques, industrielles et commerciales.

Aux amateurs de science-fiction ou de science-frayeur, je peux montrer des photos qui attestent que la réalité des maladies génétiques est, aujourd'hui, effrayante [...]

Avec le développement du génie génétique, c'est un pan d'ignorance qui est en train de s'effondrer; c'est pour nous l'espoir d'une solution rationnelle à ces maladies [...]¹¹

Dans cette perspective, ce n'est pas alors l'eugénisme qui est à l'horizon, mais au contraire la possibilité pour les personnes atteintes de déficiences génétiques d'avoir des descendants.

La plupart des opinions sont souvent passionnelles fondées en fonction des craintes ou des espoirs. Aussi, recherchons-nous, par une démarche qui a été jusqu'à présent peu faite, si la loi actuelle ne contient pas déjà certains éléments de réponse à ces problèmes.

II. LE CONTENU DE LA LOI ACTUELLE

Relativement aux questions d'expérimentation et de manipulation génétique sur des embryons, on peut envisager deux aspects, soit celui de la nécessité éventuelle du consentement des donneurs (ceux qui ont donné les cellules reproductrices, sperme ou ovule) et celui du problème du consentement des parents en tant que parents de l'embryon.

A. LE CONSENTEMENT DES DONNEURS

Peut-on se passer du consentement des donneurs et ceci, au nom de l'intérêt général? Certains estiment que oui. Ils considèrent en effet que le patrimoine génétique d'un individu n'appartient pas à cet individu mais à la collectivité, c'est-à-dire à l'État, et que c'est donc ce dernier et lui seul qui, par l'intermédiaire éventuel de ses savants et de ses hôpitaux, déciderait de l'expérimentation sans possibilité aucune aux donneurs d'intervenir pour consentir ou interdire à cette expérimentation¹².

11. M. BARATAUD, intervention sur « Génie génétique, transfert de gènes dans la cellule, texte synthétique », in *Génétique, procréation et droit*, op. cit., supra, note 2, p. 110.

12. Cette attitude est citée par J. ROBERT, intervention sur « Génie génétique, transfert de gènes dans la cellule, texte synthétique », in *Génétique, procréation et droit*, op. cit., supra, note 2, p. 100. On peut voir aussi un exemple de cette attitude chez madame RUBELLIN-DEVICHI, « Congélation d'embryons, fécondation *in vitro*, mère de substitution; point de vue d'un juriste », in *Génétique, procréation et droit*, op. cit., supra, note 2, p. 324. Pour elle, le recours à la fivète se ferait simplement à la condition par les parents de laisser l'équipe décider du sort des œufs surnuméraires : « Il [le couple] est tenu d'abandonner, de laisser les œufs surnuméraires, à la disposition de l'équipe qui seule a le pouvoir de décider de leur sort ». Voir aussi C. Keith BOONE, « Recombination DNA and Nuremberg : Toward a New Application of Old Principe », *Perspectives in Biology and Medicine*, hiver 1980, p. 240 et s.

Dans la perspective non de la simple utilisation des cellules reproductrices mais de leur utilisation postérieure pour une fécondation, une telle solution est inconciliable avec les principes énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (art. 3 et 12) et la *Charte canadienne des droits et libertés* (art. 2) qui édictent la liberté de conscience et de religion des individus. Pour certains, en effet, il y aura une vie humaine digne de protection dès l'instant où il y a fécondation. Dans la mesure où ils auront volontairement fait don de leur gamète, ils pourront se considérer comme responsables d'un usage qui contreviendrait à leurs principes moraux, notamment une manipulation suivie de la destruction de l'embryon ainsi manipulé ou créé après manipulation des cellules reproductrices.

On a déjà dit qu'il suffirait à ces personnes de ne pas recourir aux services de reproduction scientifique ou de ne pas faire don de leurs cellules reproductrices. Une telle solution est inacceptable car elle revient à créer un accès discriminatoire aux services offerts. En effet, ceux qui considéreront inacceptable au regard de leurs conceptions un tel usage de leurs gamètes ou d'un embryon sans qu'il leur soit permis de s'y opposer devront renoncer à recourir à ce service. On en arrive donc en fait à l'offre de service discriminatoire dans le public, par le biais des conditions imposées, discrimination fondée sur les conceptions et la conscience ou la religion des personnes, et en conséquence, contraire à l'article 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Aussi, la conception de madame Rubellin-Devichi, qui estime que le couple ne peut « que faire connaître son désir, restant, bien entendu, libre de ne pas recourir à cette thérapeutique s'il estime qu'il est en contradiction avec ses préoccupations »^{12a}, au cas où l'on utiliserait l'embryon d'une manière non conforme à leur pensée religieuse, est tout à fait inacceptable en raison de la discrimination qui serait introduite. Donc, en vertu de cette liberté qui fait partie des libertés fondamentales, il est inacceptable de ne pas exiger le consentement spécifique des donneurs à un tel usage de leurs gamètes.

On ne pourrait non plus écarter la nécessité du consentement des donneurs par rapport à la *Charte canadienne des droits et libertés*, car rien dans les motifs soutenant l'utilisation des embryons ne semble de nature à rencontrer les exigences de l'article 1 de cette charte et ne permet d'écarter la liberté de conscience. En effet, on chercherait en vain une « justification [pouvant] se démontrer dans le cadre d'une société juste et démocratique ». Même ce qui constitue l'argument le plus puissant, celui — uniquement présumé — de l'intérêt de l'humanité par le biais des découvertes scientifiques espérées par le biais de telles recherches, ne pourrait justifier une telle restriction, puisque l'on peut

12a. *Op. cit. supra*, note 12, p. 324.

penser qu'il devrait pouvoir se trouver des donneurs pour consentir à ce genre d'expérience. Et si tel n'était pas le cas, la situation de fait tendrait à prouver que de telles expérimentations sont contraires à la conscience de l'ensemble de la nation, ce qui justifierait amplement qu'on ne puisse les imposer par le biais du refus d'exiger le consentement des donneurs.

Mais on peut aussi envisager la nécessité du consentement des donneurs en tant que parents ou des parents sociaux (personnes ayant recouru aux techniques modernes de reproduction pour avoir un enfant qui ne serait pas génétiquement le leur, en supposant une telle démarche valide légalement, la discussion de cette question étant par ailleurs écartée comme étrangère au sujet traité).

B. LE CONSENTEMENT DES PARENTS

Si l'on voit dans l'embryon un être humain, le consentement des parents entre alors en jeu et la loi va rendre impossible une telle manipulation. Nous allons, dans cette perspective, voir quelles solutions résulteraient des dispositions du *Code civil* actuel, puis du *Code civil du Québec* dont le livre I sera peut-être bientôt mis en vigueur.

Si l'on voit dans l'embryon un être humain, celui-ci, au point de vue juridique, ne peut être qu'un incapable puisqu'il ne peut exprimer sa volonté et qu'il ne peut avoir une volonté autre que celle purement automatique et non consciente de son développement inscrite dans ses cellules. Il faudrait alors recourir, pour trouver la solution juridique, aux règles édictées relativement aux mineurs, soit l'article 20, paragraphe 2, *Code civil du Bas-Canada* qui traite de la possibilité de consentir par écrit à l'aliénation d'une partie de son corps ou à se soumettre à une expérimentation. Or, cet article stipule :

Le mineur doué de discernement peut également se soumettre à une expérimentation avec l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure et le consentement du titulaire de l'autorité parentale, à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé.

Si l'on peut envisager des manipulations qui ne feraient pas courir un risque sérieux pour la santé de l'enfant à naître, si l'on peut envisager le consentement du titulaire de l'autorité parentale et l'autorisation d'un juge de la Cour, *il manquera toujours une condition pour pouvoir recourir à cet article* et, par conséquent, autoriser l'expérimentation. Cette condition sera le consentement du mineur dont le législateur exige qu'il soit doué de discernement. On voit que rien dans l'embryon ne peut correspondre à cette condition. L'embryon ne peut ni consentir (*a fortiori* par écrit) ni être considéré comme doué de discernement au sens juridique du terme. Par cette condition, le législateur se trouve à exiger un consentement *personnel* de l'incapable, consentement qui ne pourrait

être donné par un représentant légal, tel le tuteur. Donc, dans l'état actuel de la législation de la province de Québec, une telle expérimentation sur un embryon, si on considère qu'il relève de la législation s'appliquant aux personnes, serait donc impossible.

Voyons maintenant ce qu'il en serait selon le *Code civil du Québec*. Ce Code lui rendrait possible une telle expérimentation. En effet, *il ne fait plus référence à la nécessité pour l'incapable d'être doué de discernement et de consentir lui-même*¹³. Cet article indique que pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait espéré, « le titulaire de l'autorité parentale, le tuteur ou le curateur peut, sous la même condition [le fait que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait espéré] et s'il est autorisé par le tribunal, consentir à une aliénation ou à une expérimentation qui concerne un mineur ou un majeur inapte à consentir ». Donc, *une expérimentation est possible* avec le consentement du tuteur autorisé par le tribunal et à condition que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait espéré. Encore faut-il préciser que dans ce Code, *ce bienfait doit être dans l'intérêt de la personne concernée*, c'est-à-dire, dans un tel cas, dans l'intérêt de l'embryon. En effet, l'article 20 précise à quelles conditions le tribunal peut donner son autorisation pour que le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur consente à une expérimentation :

Le tribunal doit, avant de statuer sur la demande d'autorisation, s'assurer que [...] les expérimentations sont dans l'intérêt de la personne concernée et qu'elles sont opportunes dans les circonstances ; il doit aussi s'assurer que le risque présenté par ces actes n'est pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère ou qu'ils sont bénéfiques pour la personne malgré leurs effets majeurs et permanents¹⁴.

On voit donc que si l'on estimait pouvoir appliquer les dispositions relatives à l'intégrité de la personne du *Code civil du Québec* à l'embryon, *une expérimentation ayant pour but une mutation génétique serait possible du consentement des parents autorisés par le tribunal mais seulement dans l'intérêt de l'embryon*. Il s'agirait donc *obligatoirement d'une manipulation dans un but thérapeutique*. Il serait alors également impossible d'autoriser la création d'embryons dans un but strictement expérimental puisqu'on ne pourrait dire dans un tel cas que l'expérimentation donnerait un bénéfice qui serait proportionné au risque et à l'acte puisque l'embryon serait détruit.

Il faut cependant remarquer que cette législation ne pourrait en aucun cas s'appliquer pour régler le problème de l'expérimentation de mutation génétique sur des gamètes, gamètes qui ne seraient pas utilisés par la suite, c'est-à-dire des cellules reproductrices non fécondées. Leur

13. Voir article 18, paragraphe 2 *C.c.Q.*

14. Article 20 *C.c.Q.*

utilisation resterait donc sous la seule condition du consentement des donneurs.

Si on estime que ces articles du *Code civil du Québec* peuvent s'appliquer à l'expérimentation sur l'embryon, on arrive à des solutions raisonnables puisqu'elles permettent l'expérimentation mais seulement à titre thérapeutique, au bénéfice de l'embryon lui-même, ce qui recouvre d'ailleurs, on peut le remarquer, les recommandations du *Rapport Warnock*. Reste à savoir si l'on peut soutenir juridiquement que ces dispositions doivent s'appliquer à l'embryon. Nous verrons cette question dans la troisième partie où il sera question de la détermination des politiques législatives.

III. DE LEGE FERENDA

Pour une législation portant sur un domaine mettant l'être humain si étroitement en cause, le législateur ne doit pas se laisser influencer par les désirs des savants qui voudront aller toujours plus loin, même si c'est trop loin. Ainsi que le dit Jacques Testart :

Je suis convaincu que les autres hypothèses évoquées ici, même les plus folles, trouveront un jour ou l'autre raison d'être démontrées. Pour que s'opère le passage à l'acte, il suffit que puisse se conjuguer la compétence technique avec deux volontés, celle de l'expérimentateur et celle du sujet. La volonté de faire du nouveau est présente chez chaque chercheur car elle est la raison même de son choix professionnel¹⁵.

Or, ici le sujet est un embryon sans défense et sans voix sauf celle de ses parents si on leur accorde voix au chapitre, raison pour laquelle d'ailleurs Jacques Testart estime préférable qu'il n'y est pas de stockage d'ovules non fécondés, stockage qui permettrait une fécondation cachée pour fin d'expérimentation par les chercheurs, alors que tout embryon, même congelé, a des parents auxquels il faudra demander leur avis pour décider de son sort ou de son utilisation.

On ne peut non plus se fier à une opinion publique mal renseignée, ayant des réactions trop superficielles, trop fluctuantes, influencées par la dernière campagne de presse, selon qu'elle aura prôné les espoirs de guérison d'une maladie héréditaire ou inauguré la nouvelle chasse aux sorcières que constitue de nos jours la chasse aux savants jouant à l'apprenti sorcier, en affolant l'opinion publique à propos des risques courus. Le législateur doit d'ailleurs, pour bien faire, trouver des critères qui l'aident à déterminer ces politiques. Or, ces critères sont aisément déterminables.

15. Jacques TESTART, *L'œuf transparent*, Paris, Flammarion, 1986, p. 111, 112.

A. LA LOGIQUE DU DROIT

Il convient tout d'abord de rappeler la nécessité d'une unité dans les législations entre les pays pour éviter la surenchère et l'éclatement de notions fondamentales à notre société.

Or, le *droit* est, et doit être, un *tout cohérent*. Il est construit en fonction de notions, souvent inexprimées, qui reflètent une conception et une philosophie. Cette conception et cette philosophie doivent être dégagées et, pour maintenir la cohérence de l'édifice juridique, cette démarche est essentielle. Elle n'a, hélas, jusqu'ici jamais été faite. Lorsqu'elle a été tentée, elle restait trop superficielle, présentant par le fait même des lacunes. Il est tout d'abord un type de raisonnement qui, sans prendre en considération les notions de base du droit, se réfère à d'autres éléments philosophiques ou pseudo-scientifiques.

1. Les raisonnements superficiels et les conséquences

Ainsi, certains se sont attachés à ce qui se passe dans la nature pour justifier l'utilisation et la destruction planifiées d'embryons créés pour des fins expérimentales. À leurs yeux, ce genre de pratique ne soulève aucun problème philosophique ou moral puisque la nature est elle-même extrêmement prodigue et effectue un très grand gaspillage.

Plus de la moitié des conceptions conduisent à un avortement spontané. La nature ne respecte pas la vie humaine ¹⁶.

D'où l'on tire la conclusion que l'être humain n'a pas à respecter la vie humaine plus que ne le fait la nature. Ce raisonnement est erroné. S'il devait être accepté, par un raisonnement semblable, on devrait justifier le sacrifice de l'être humain, meurtre ou sacrifice à des fins scientifiques ou autres, par le fait que la nature fait un grand gaspillage de vies humaines même adultes par le biais des maladies.

D'autres voient dans cette question un simple problème de consentements à réunir, le consentement des expérimentateurs, le consentement des donneurs ou parents. On doit remarquer qu'alors la porte est ouverte à tous les abus et qu'il suffirait de l'accord des donneurs pour que l'expérimentateur puisse se livrer à toutes sortes de manipulations, même totalement immorales, telle celle du croisement entre les espèces.

Certains ont tenté une analyse en fonction de critères plus approfondis. Ils en sont cependant généralement restés à des éléments du droit qui sont non pas des éléments fondamentaux mais des éléments découlant eux-mêmes des conceptions qui sous-tendent l'ensemble de

16. M. LANGANEY, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 95.

l'édifice juridique. Nous donnerons comme exemple le raisonnement qui rattache simplement les manipulations génétiques au droit sur son propre corps et à ses limites.

Ainsi, certains vont estimer que la personne est propriétaire de son corps et qu'elle peut donc en faire ce qu'elle veut. Pour d'autres, elle en a un simple « usufruit », la propriété étant soit à Dieu, soit à la collectivité, et donc à l'État. Le patrimoine génétique d'un individu ne lui appartenant pas, dans la dernière conception, toute manipulation devient possible si elle sert la collectivité¹⁷.

D'autres, enfin, en recherchant si l'on pouvait trouver une solution par le biais du *Code de Nuremberg*, ont estimé que les patients dans de telles recherches, c'est-à-dire des embryons, sont des sujets humains et qu'ils doivent en conséquence se voir appliquer le *Code de Nuremberg*. Or, le *Code de Nuremberg* exige, pour qu'il y ait des expérimentations sur des sujets humains, d'une part, que ceux-ci donnent un consentement volontaire et éclairé et d'autre part, qu'il y ait un bénéfice pour la société, ce bénéfice ne pouvant être obtenu par d'autres moyens. L'auteur estime que le critère de la proportion risque/bénéfice n'est peut-être pas rempli. Quant au consentement qui doit être volontaire et éclairé, voyant dans le public le réel sujet de la recombinaison de l'ADN, il estime que c'est ce dernier qui doit le donner. L'opinion publique devra donc être éclairée par la diffusion des problèmes et des difficultés ou avantages qui peuvent en résulter¹⁸.

Ces dernières approches présentent au moins l'avantage d'une tentative de raisonnement à partir de règles de droit. Mais restant à la surface des choses et aux règles qui dérivent des principes fondamentaux sans aller jusqu'aux principes d'où découlent ces règles, les solutions prônées sont diverses et insatisfaisantes. En effet, même si les règles sur lesquelles ces auteurs s'appuient sont très générales, elles ne font que découler de principes qui les sous-tendent. Ce sont ces principes qu'il faut rechercher pour arriver à une solution cohérente, valable et universelle en une matière si fondamentale.

2. Le recours au principe fondamental de notre droit

Certains estiment que « notre société est dépourvue d'un cadre commun de référence. Elle est plurielle dans ses pratiques, ses appartenances, ses croyances »¹⁹. D'où l'on conclut qu'il est impossible de trouver un critère de base pour déterminer la solution à un tel problème.

17. M. ROBERT, *op. cit.*, *supra*, note 12, p. 100.

18. C. Keith BOONE, *loc. cit.*, *supra*, note 12.

19. Mme GIARD, intervention sur « Génie génétique, transfert de gènes dans la cellule, texte synthétique », in *Génétique, procréation et droit*, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 109.

Or, cette conception est inexacte. Certes, notre société est pluraliste ; il est cependant des conceptions fondamentales et un cadre de référence qui est accepté par l'ensemble de nos sociétés occidentales. Ce principe n'est peut-être pas respecté dans l'intégralité du monde mais un des buts de toutes les grandes organisations internationales est qu'il le soit ; ce principe est le *respect de l'être humain, le respect de la vie humaine*. Toutes les grandes organisations insistent sur cette question et tout le monde est d'accord sur cet aspect. On doit respecter l'être humain — et la vie humaine — quel que soit son état, bien portant ou malade, physiquement capable ou lourdement handicapé, intelligent ou réduit à une vie purement végétative.

C'est de ce principe fondamental que découlent les autres grands principes. C'est du respect de l'être humain que se dégagent le respect de la diversité des conceptions, celui de l'égalité et celui de la justice sociale. C'est donc de lui que vient, entre autres, celui dont découle le respect du pluralisme, dont on se sert pour prétendre qu'il n'y a pas d'unité dans notre société, et baser ainsi l'impossibilité supposée de dégager une solution universelle acceptable en raison de la diversité des conceptions, car c'est du respect de l'être humain que découle le respect de la diversité des opinions, posé en principe si absolu que l'on en perd de vue la hiérarchie des valeurs fondamentales sur lesquelles repose ce refus même de juger les autres conceptions.

Il est évident que l'on ne peut introduire dans le droit un élément qui soit en complète contradiction avec les principes fondamentaux et avec tout le reste de la construction juridique qu'il fonde.

On doit donc admettre que la liberté de chacun, liberté qui découle du principe du respect de l'être humain, a des limites. La liberté de chaque personne finit où commence celle des autres. Mais également et encore plus important, est le fait que l'utilisation par chacun de sa propre liberté ne doit pas mettre en péril le principe même de la liberté ou de notions aussi essentielles et encore plus fondamentales tel le respect de l'être humain car c'est alors la notion même qui est attaquée et c'est le droit de tous qui serait atteint, ce qui est inacceptable²⁰. C'est pour cela qu'il ne saurait dépendre de quelques-uns de décider si oui ou non il convient de faire des manipulations génétiques sur des êtres humains et des embryons. C'est pour cela que l'on doit également veiller étroitement à préserver le principe du respect de l'être humain trop facilement battu en brèche²¹.

20. Cet aspect a fort bien été montré par madame C. LABRUSSE-RIOU lors d'une conférence présentée à l'Université Laval le 2 nov. 1987 et qui avait pour titre « Les droits sur le corps humain et le Projet de loi 20 ».

21. Jacques ROBERT, « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », in *Génétique, procréation et droit, op. cit., supra*, note 2, p. 384.

B. LES CONSÉQUENCES DE LA MISE EN ŒUVRE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

Pour utiliser adéquatement ce principe fondamental, il convient d'analyser la nature de l'embryon et ses conséquences.

1. La nature de l'embryon

On doit remarquer que pour l'application d'un principe aussi fondamental, on n'a pas à chercher si l'embryon est, en droit, une personne au sens juridique du terme. En droit, la notion de personne correspond à la personnalité juridique; c'est donc une notion juridique qui a des effets concrets dans le domaine patrimonial, par exemple, ce qui peut, dans certains cas, amener une dénaturation de la notion courante. C'est pourtant l'utilisation de ce terme et son assimilation à la stricte notion juridique qui a justifié une interprétation restrictive des déclarations des droits de l'homme. Ainsi, relativement à la *Convention européenne des droits de l'homme*, on a estimé que le mot « personne », utilisé par l'article 2 de cette Charte, soulevait le problème de la définition juridique de la personne et de la détermination du moment à partir duquel un être humain devient une personne au sens juridique, avec toutes les difficultés et toute la gamme des possibilités relativement au développement du fœtus.

Mais en droit allemand, où la loi fondamentale édicte que « chacun a droit à la vie », tout comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans son article 1, les tribunaux ont estimé qu'il y a vie d'un être humain, et donc droit à la protection, à compter du quatorzième jour²².

Dans ce domaine, qui concerne un point fondamental mettant en jeu un principe essentiel et non pas l'octroi de droits patrimoniaux ou d'obligations, ce qu'il convient de rechercher c'est la nature même de l'embryon et non s'il s'agit d'une personne au sens juridique.

On doit en effet souligner combien un juridisme excessif, rattachant l'octroi des droits proclamés par ces déclarations à la notion de personne au sens juridique est dangereux et contraire à l'esprit même de telles déclarations et chartes. Si l'on estime que seules les « personnes » au sens juridique bénéficient de la protection accordée par ces chartes et déclarations, il suffit alors de modifier les critères indiqués concernant l'attribution de la personnalité juridique pour éliminer toute une catégorie d'êtres humains de leur champ. Il suffirait de dire que les êtres humains présentant tel handicap ou tel sexe ou de telle race ne sont pas des

22. *Id.*, p. 383.

personnes au sens juridique, pour les exclure du champ couvert par les chartes.

On voit ainsi que vouloir rattacher la protection accordée par ces grands principes à une notion étroitement juridique constitue une déviation inacceptable par rapport à l'esprit qui a présidé à leur élaboration. Car, quel que soit le terme utilisé, ce que l'on a voulu protéger et affirmer dans ces déclarations et chartes c'est que tout être humain, toute personne au sens général du terme, doit bénéficier de ces droits.

Donc, aussi bien en raison de la philosophie générale des chartes que des textes mêmes de la Charte canadienne ou québécoise ou du *Code civil du Québec*, la question centrale devient donc : l'embryon est-il ou non un être humain ?²³

Certains veulent voir dans l'embryon une simple excroissance du corps maternel. On ne saurait pourtant assimiler l'embryon à un organe ou à une prolifération anarchique de cellules, telle une tumeur ou un cancer. Les biologistes considèrent d'ailleurs qu'il y a un nouvel être dès la fécondation. Laissons parler sur ce point des généticiens. Ainsi, Jacques Testart, qui discute de savoir à quel stade de la fécondation apparaît un nouvel être :

Est-ce dès l'accolement du spermatozoïde à la membrane de l'œuf ou juste après sa pénétration, ou encore quand un noyau masculin fait face à un noyau féminin, ou seulement quand se marient les deux patrimoines génétiques ? L'opinion des biologistes est qu'un nouvel être n'est constitué qu'à l'occasion de cette dernière phase, quand le masculin s'enchevêtre intimement et de façon indissociable avec le féminin. Alors seulement apparaît un individu unique et imprévisible²⁴.

Cet aveu du fait que l'embryon est un nouvel être est d'autant plus intéressant que Jacques Testart refuse, malgré les termes pourtant explicites qu'il emploie lui-même, de voir dans l'embryon un être humain. Il semble y avoir un illogisme fort surprenant chez un savant mais qui traduit la passion et l'idée préconçue, c'est-à-dire le désir de pouvoir utiliser les embryons à des fins de recherche. En effet, puisqu'il reconnaît l'existence d'un nouvel être dès la fécondation, il semble impossible qu'il puisse voir dans cet être issu de deux êtres humains autre chose qu'un être humain. C'est nécessairement à cette race que ce nouvel être appartient puisqu'il contient dans ses chromosomes toutes les

23. Le jugement de la Cour suprême rendu le 28 janvier 1988 dans l'affaire *Morgentaler* ne modifie en rien notre raisonnement puisque les juges ne se prononcent pas sur la question de savoir si le fœtus est « inclus dans le terme « chacun » de l'article 7 de manière à être titulaire du droit à la vie, à la liberté et la sécurité [...] » (juge BEETZ, p. 62). Voir aussi juge en chef DICKSON, pp. 38 et 39; juge WILSON, p. 30. Le juge MCINTYRE n'aborde même pas la question. (Les références sont tirées du texte original non encore publié.)

24. Jacques TESTART, *op. cit.*, *supra*, note 15, p. 122; les italiques sont les nôtres.

informations et tous les caractères de la personne humaine qu'il sera par la suite²⁵. Puisque ce nouvel être est nécessairement humain, on doit décider en fonction de ce caractère humain et donc être guidé par le principe fondamental qui guide tout notre droit soit, celui du respect des êtres humains. L'embryon « ne doit pas devenir un matériau de laboratoire »²⁶. On ne peut peut-être dire, selon le droit, qu'il s'agit d'une « personne » au sens juridique²⁷ mais il s'agit très certainement d'un être nouveau, indépendant de ses géniteurs, père et mère, et d'un être humain puisque c'est à cette espèce qu'il appartient.

Ainsi que le rappelle le *Rapport Benda*, rapport préparé par un comité présidé par le président de la Cour fédérale constitutionnelle d'Allemagne :

Lorsqu'il s'agit de vie humaine non née [...] la question s'est à plusieurs reprises posée de savoir si l'ovule fécondé devait être considéré comme détenteur des droits fondamentaux constitutionnellement protégés. La réponse à cette question n'était toutefois pas nécessaire. Car même si l'on estime que l'embryon dans les premiers stades de son développement ne détient encore aucun droit, on ne peut nier que l'ovule d'une femme fécondé par le sperme d'un homme détient une forme spécifique de la vie humaine — et non une forme végétative — et qu'en tant que sujet humain potentiel, il est digne de protection²⁸.

De cette nature, on doit tirer les conséquences des grands principes.

2. Les conséquences

L'embryon étant un être humain, on doit le faire bénéficier des conséquences qui sont tirées par le *Code de Nuremberg* du respect dû à l'être humain. Donc, notamment, on doit décider en fonction de l'intérêt, non pas de la race humaine ainsi qu'on l'a prétendu, mais de l'embryon lui-même.

25. Pr. Jérôme LEJEUNE, professeur de génétique fondamentale à l'Université de Paris, discours prononcé devant le Synode des évêques et reproduit dans *Osservatore Romano*, édition hebdomadaire en langue française, 20 oct. 1978, 1, p. 2 : Dès la fécondation, « toute l'information nécessaire et suffisante pour édicter la constitution génétique du nouvel être humain se trouve rassemblée [...] et si ce message est un message humain alors cette vie est une vie humaine ».

26. Révérend père THÉVENOT, in *Génétique, procréation et droit*, op. cit., supra, note 2, p. 107.

27. Il l'est, semble-t-il, sans l'ombre d'un doute, en droit français voir Ch. ATIAS, « La situation juridique de l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VI^e Colloque des juristes catholiques, Paris, Tequi, 1986, p. 119 et il semble bien qu'il le soit selon le droit du Québec (cf. *infra*).

28. *Rapport Warnok*, op. cit., supra, note 7, p. 6.

On doit également tirer comme conséquence que les manipulations génétiques devront être faites dans un *but uniquement thérapeutique* et uniquement au bénéfice de l'embryon et cela, même s'il s'agit de manipulations expérimentales. On devra évaluer une telle expérimentation en fonction du fait que l'embryon lui-même en retirera un bénéfice ou non.

Ceci entraîne évidemment l'interdiction de créer un embryon à seule fin expérimentale avec l'idée de le jeter. En effet, le droit fondamental garanti par les chartes canadienne et québécoise est le droit à la vie. Or, aucun argument ne peut permettre de dégager un motif répondant aux critères de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour légitimer des « limites » telles qu'il perdrait le droit à la vie²⁹. Cette notion amène également l'interdiction de manipuler à des fins expérimentales un embryon génétiquement sain puisqu'il ne pourra en retirer aucun bienfait.

Guidé par ces principes, on évitera le genre d'excès auquel on risque d'arriver et qui se produit déjà dans certains cas telle l'opinion qui prévaut parfois chez certains :

Pourquoi ne pas utiliser tout simplement ces embryons à des fins thérapeutiques ou de recherche? On affirme que, dans notre pays, des embryons ont déjà été produits spécifiquement pour la recherche. On ajoute même que, dans certaines villes françaises, des équipes médicales procèdent à l'extraction par césarienne des fœtus de dix à onze semaines, qui sont soit utilisés pour des expériences, soit disséqués rapidement afin que leurs organes puissent être utilisés en milieu nutritif artificiel en vue d'une ultérieure transplantation [...]³⁰

Le recours au principe fondamental de toute notre société, celui du respect de la vie humaine doit certes guider l'État dans les mesures qu'il doit prendre, mais les décisions *ne doivent pas toutes être prises par l'État*. Celui-ci doit seulement placer des guides, des bornes, au-delà desquels le consentement des donneurs, des parents et des expérimentateurs ne doit pas aller, pour éviter que l'usage qu'ils feraient de leur liberté ne mette en jeu les droits et libertés essentiels des autres, dans ce cas par l'intermédiaire du respect de la vie humaine.

Mais l'État ne doit pas passer outre à la nécessité de ces consentements pour les raisons que nous avons vues, celles notamment du respect de la liberté de conscience et de la liberté de religion, jointes à

29. Le *Rapport Benda* conclut en ce sens pour les raisons suivantes: « [...] car concevoir une vie humaine potentielle sans lui donner la chance de devenir un être humain, c'est envisager dès le début la destruction de cette vie et n'est pas par la suite compatible avec les dispositions de l'art. 1.1 et 2.2 de la loi fondamentale »; *op. cit., supra*, note 7, p. 44.

30. J. ROBERT, *loc. cit., supra*, note 17, p. 382-383.

l'obligation de ne créer aucune discrimination dans le recours aux services.

On doit aussi noter que la notion d'être humain ainsi dégagée permet, par le biais de l'actuel article 18 du *Code civil du Bas-Canada* ou par l'article 1 du *Code civil du Québec*, de faire appliquer les dispositions relatives à l'inviolabilité de la personne humaine à l'expérimentation sur l'embryon. En effet, ces articles sont ainsi rédigés : « Tout être humain possède la personnalité juridique », l'article 1 du *Code civil du Québec* précisant : « Il a la pleine jouissance des droits civils ». Au Québec, la notion de personne au sens juridique est donc définie dans le *Code civil* puisque la notion de personne est liée au fait d'être titulaire de la personnalité juridique. Or, le code est très clair, c'est tout être humain.

Puisque nous avons vu que les biologistes reconnaissent qu'il y a création d'un nouvel être dès la conception et que cet être est fatalement humain, on doit en déduire le fait que cet être bénéficie de toutes les protections contenues dans le Code, qu'il a la personnalité juridique, ce que reconnaissent d'ailleurs les dispositions relatives à la personnalité sous condition résolutoire de l'enfant conçu et qu'il va donc se trouver à bénéficier des dispositions concernant les expérimentations.

Se trouveront ainsi rendues doublement impossibles, par le biais des notions du *Code de Nuremberg* mais également par l'intermédiaire du *Code civil du Bas-Canada* ou par l'intermédiaire du *Code civil du Québec*, les expérimentations non thérapeutiques sur des embryons. On peut remarquer d'ailleurs que dans l'actuel *Code civil du Bas-Canada*, aucune expérimentation ne serait possible sur des embryons alors qu'une telle expérimentation le serait si elle a des fins thérapeutiques pour l'embryon qui y serait soumis par l'intermédiaire du *Code civil du Québec*.

CONCLUSION

En déterminant ainsi, en stricte logique, quelles conséquences doivent découler des grands principes qui fondent l'ensemble de nos systèmes juridiques, on s'aperçoit que l'on arrive à des solutions valables, semblables à celles qui sont majoritairement recommandées par les divers comités qui ont débattu de ces questions et celle que le Conseil de l'Europe a retenue. Ainsi, deviennent impossible la création d'êtres humains à des fins d'expérimentation, l'utilisation d'embryons pour des expérimentations à but non thérapeutique et l'obligation que le but thérapeutique soit dans l'intérêt de l'embryon objet de l'expérimentation lui-même.

Une législation qui reconnaîtrait explicitement, puisque certains en doutent, que dès fécondation il y a présence d'un être humain,

empêcherait ainsi, *a fortiori*, tous les plus grands dangers, notamment la création de chimères : le croisement entre l'espèce humaine et d'autres espèces.

Le législateur ne devrait pas craindre de poser ce principe, même s'il semble à première vue se concilier fort mal avec les positions actuelles concernant l'avortement. Car, ainsi qu'on l'a dit :

Ces dispositions relatives à l'avortement sont le fruit d'un compromis visant à régler un conflit entre les intérêts de la mère [nécessité de lui éviter des risques physiques ou une détresse morale] et l'intérêt du fœtus à la vie. S'agissant d'une solution spécifique à un conflit spécifique, aucun principe général ne peut être déduit³¹.

L'intervention d'une telle législation serait, en fait, inutile dans le cadre du droit civil si les tribunaux, faisant l'effort d'effectuer le raisonnement nécessaire pour rechercher les principes généraux qui sous-tendent toute l'attitude de la législation à l'égard de l'être humain et sans se laisser influencer par les pressions d'opinions publiques et le courant favorable à l'avortement qui biaisent le raisonnement, reconnaissent que l'embryon est un être humain et, à ce titre, protégé. Elle serait cependant souhaitable en raison de la rareté avec laquelle les tribunaux pourraient intervenir dans les faits par absence de demandes émanant de personnes concernées (soit les donneurs et les « parents »). Le législateur devrait donc poser des règles claires, afin que les conséquences des principes fondamentaux soient non pas établies mais rappelées. Par contre, les essais sur des gamètes resteraient possibles, à condition, bien sûr, que ces gamètes manipulées ne soient pas utilisées pour engendrer un embryon pour les raisons vues plus haut. C'est là que pourrait intervenir le critère prévu par le Conseil de l'Europe, selon lequel un individu a droit d'hériter de caractéristiques génétiques n'ayant subi aucune manipulation, sauf thérapeutique.

Le droit arriverait ainsi à un juste équilibre entre les nécessités de la science et les bienfaits que l'humanité et l'être humain non encore né peuvent en retirer, et le droit et le respect qui doivent être conservés à l'égard de la vie humaine, déjà trop souvent battue en brèche, dans l'intérêt de tous.

31. *Id.*, p. 384.