

## Quelques réflexions sur la notion de statut humain

Marlène Maltais

Volume 31, Number 1, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043003ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043003ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Maltais, M. (1990). Quelques réflexions sur la notion de statut humain. *Les Cahiers de droit*, 31(1), 125–153. <https://doi.org/10.7202/043003ar>

Article abstract

Biogenetics and medical research are subject to varying theories as to their legal effects. Does our traditional civil law system have the resiliency to absorb new phenomena issuing from the conquest of nature? These are questions of cost-effectiveness, of nature, but above all of human nature. Risks are incurred in applying the law to such phenomena: 1. A breaking with our legal tradition, that which has shaped our beings and lifestyles; 2. The bursting of whole areas of legal thinking, as for instance in the law of persons.

By recognizing our legal foundations by the effects they have on our everyday lives, rather than as simple historical reference points, we find it easier to understand the true impact of biotechnologies. It then becomes more feasible to innovate solutions directly related to our heritage. We must bear in mind the need for ensuring historical continuity.

## Quelques réflexions sur la notion de statut humain

---

Marlène MALTAIS \*

*La biogénétique et les recherches médicales font l'objet de plusieurs théories en ce qui a trait à leurs conséquences juridiques. Notre héritage de droit civil sera-t-il capable d'encadrer les phénomènes issus des conquêtes sur la nature ? Question de commercialité, question de nature, mais premièrement question humaine. Il existe des risques dans l'application du droit à ces phénomènes : (1) rupture avec nos assises juridiques, celles qui ont façonné notre manière d'être et de vivre ; (2) l'éclatement de parties entières du droit, par exemple le droit des personnes.*

*En reconnaissant nos assises juridiques pour ce qu'elles produisent dans notre présent — plus qu'en tant que simples repères historiques — il devient plus facile de comprendre l'impact réel de la biotechnologie. Après quoi il devient possible d'inventer des solutions en relation directe avec notre héritage. On doit demeurer conscient de la nécessité de ne pas créer de rupture.*

---

*Biogenetics and medical research are subject to varying theories as to their legal effects. Does our traditional civil law system have the resiliency to absorb new phenomena issuing from the conquest of nature? These are questions of cost-effectiveness, of nature, but above all of human nature. Risks are incurred in applying the law to such phenomena : 1. A breaking with our legal tradition, that which has shaped our beings and lifestyles ; 2. The bursting of whole areas of legal thinking, as for instance in the law of persons.*

*By recognizing our legal foundations by the effects they have on our everyday lives, rather than as simple historical reference points, we find it easier to understand the true impact of biotechnologies. It then becomes more*

---

\* LL. D.

*feasible to innovate solutions directly related to our heritage. We must bear in mind the need for ensuring historical continuity.*

---

	<i>Pages</i>
1. Les enjeux .....	127
2. Au cœur du sujet : plus que du corps .....	129
3. Reproduction et moyens du droit .....	132
4. Chosification : Statut humain <i>versus</i> Statue humaine .....	135
4.1. Rapports droit et biologie .....	136
4.2. Éthique nouvelle? .....	137
5. De quelques vérités .....	139
5.1. Recherche de l'origine et identité .....	141
6. Filiation et obligations : errances juridiques? .....	143
7. Fondements du droit : plus qu'une question d'histoire .....	149
8. Et l'intérêt de l'enfant? .....	150
9. Bride de droit positif : application des développements précédents .....	152

---

Beaucoup a déjà été dit, écrit, au sujet de la problématique née des nouvelles bio-technologies et leurs conséquences en droit. Ouvrages, articles, colloques et plaidoyers divers ont tenté d'en discerner questions et réponses. J'estime toutefois que de nombreuses facettes du nouveau phénomène sont demeurées occultées ou se sont retrouvées rapidement évacuées<sup>1</sup>. L'incertitude demeure perceptible en ce qui a trait à la dimension « philosophique » et l'ignorance en ce qui a trait aux assises mêmes de cette problématique est manifeste dans l'attitude à seulement rechercher la solution juridique technique. Sans vouloir entrer dans un débat qui pourrait être perçu comme polémique,

---

1. Madame Francine C. McKensie, dans son allocution de bienvenue au Forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction à Montréal, en octobre 1987, notait : « J'en profite pour souligner que, fort étrangement, le débat qui a surgi autour de la procréatique en a quasiment occulté une dimension-clé, celle de l'identité des enfants artificiellement conçus. Force nous est de reconnaître qu'en général la documentation existante est assez légère à cet égard. Pourtant, les "d'où je viens?", "ai-je été adopté?" sont sur toutes les lèvres des enfants de moins de 10 ans. », *Sortir la maternité du laboratoire*, Québec, 1987, p. 18.

je vise simplement à signaler que cette dimension ne peut être esquivée. De là sans doute la couleur comme le style peu nuancé de ce texte, où l'habitude juridique laisse un instant place aux évidences, trop vite oubliées.

Le but premier de ce texte est de simplement rappeler les fondements juridiques en cause lorsqu'il s'agit de statut humain. Produit de l'acculturation des années d'expérimentation pédagogique, je ne possède malheureusement pas moi-même la vertu d'érudition nécessaire pour initier quiconque au vaste monde de la culture juridique occidentale. Cela n'empêche toutefois pas d'y porter un certain intérêt.

Je présente donc quelques réflexions, très souvent sous forme de questions, au sujet desquelles, avant de soutenir quelque thèse de droit positif, je veux montrer que c'est d'abord par un retour à l'interrogation sur l'institution occidentale, sur les assises du droit positif, que la problématique bio-génétique trouvera sa juste proposition au sein de nos sociétés où le progrès est devenu synonyme de vérité. Sans références et réflexion sur ce qui nous a précédé en matière institutionnelle, inévitablement l'ignorance découle des propositions juridiques. L'encadrement juridique de la bio-génétique, ainsi effectué, risque d'être le fruit d'une méprise sur les véritables enjeux.

## 1. Les enjeux

Fait indéniable : le droit est fortement questionné par les fulgurants progrès scientifiques et ce dans leurs multiples domaines d'application. L'essor technologique en matière de reproduction humaine se profile à coup de publicité, de psychologie, de marketing ; en somme, un essor aux qualités de notre époque. Vivons-nous à l'heure de la biocratie — socio-biologie en tant que fondement institutionnel<sup>2</sup> — ? Paradoxalement, ces développements avant-gardistes, à saveur de science-fiction, réactualisent l'importance et le poids de la vieille et classique question normative dans ses premiers fondements.

On peut poser le problème comme suit : si les mots sont les choses ou, quand dire c'est faire<sup>3</sup>, comment faut-il « parler » l'humain ou, comment le définir sans qu'il perde son essence, en termes contemporains, sa subjectivité ?

2. « En deux mots, la philosophie sociobiologisante consiste à penser que la biologie est en fait la discipline la mieux qualifiée pour vous dire ce qu'est l'homme, ce qu'est la société », Pierre THUILLIER, « La tentation de la biologie », dans *Magazine littéraire*, 200/201, nov. 1983, p. 79.

3. J.L., Austin, *Quand dire c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1970.

Cette formulation n'est pas sans rappeler la querelle des universaux<sup>4</sup> qui occupa les esprits du Moyen-Âge pendant un long moment.

Le langage n'est pas seulement outil humain aux destinées objectives, il ne sert pas uniquement à la promotion des idées ; s'il y a idées, elles sont façonnées à même ce langage, matériau et réalisation. Or, dans le domaine du statut humain, comme dans tous ceux de la vie humaine, il ne s'agit que de langage. Cette prémisse acceptée, il devient possible de travailler la notion du « statut humain » autrement qu'en tant que formule vide.

L'enjeu ne serait donc pas seulement de savoir s'il faut arrêter ou non expérimentations et progrès bio-technologiques. L'humain se trouve soumis à l'appel de la science : la découverte de nouveaux mondes. On peut employer l'image voulant qu'il soit retenu dans les filets de la mythologie du Savoir<sup>5</sup>. De même il n'est pas plus question d'attendre du droit, et en cela on peut le comparer à la science, une réponse satisfaisante à cet essor, sinon celle issue de la tradition institutionnelle occidentale dans ce domaine du sujet humain. Ce qu'il faut se rappeler est que cette « idée » du statut humain est redevable de tout un travail exégétique complexe. Aussi l'innovation législative, où seules les références aux dates semblent validées, forclot tout un champ du savoir juridique accumulé.

Replacer la problématique de la bio-génétique à cet endroit, c'est reprendre la question de la limite. Il s'agit d'une question fatale<sup>6</sup> en même temps qu'une question fragile.

Cette question de la limite dans l'institutionnalisation de l'humain ne peut être contournée. Et si elle doit être manipulée ou encore modernisée pour les besoins pressants d'une société en mouvement, c'est avec la plus grande prudence, la sagesse et la culture nécessaire eu égard à l'héritage occidental. Il

- 
4. Controverse née de l'analyse du langage dont les deux écoles furent le réalisme et le nominalisme. Le nominalisme ne reconnaît d'existence réelle qu'à des êtres singuliers, les universaux n'étant que des instruments linguistiques connotatifs, ou réalités génériques (structures), le réalisme reconnaît qu'à chacun des termes correspond une réalité. Selon le philosophe Michel VILLEY, en ignorant le chapitre du nominalisme dans l'histoire de la philosophie, on ne peut s'y reconnaître dans les méandres de la pensée juridique contemporaine, *Philosophie du droit, I. Définitions et fins du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1986, p. 124. On peut encore reconnaître cette même querelle dans le domaine de la recherche scientifique, notamment en physique.
  5. L'être humain est aux prises avec le Savoir Total c'est-à-dire qu'il est croyant de la religion du progrès ininterrompu qui le mène vers la totale compréhension et maîtrise de ce qui l'interroge ; voir Pierre LEGENDRE, *Leçons IV*, Paris, Fayard, 1985, p. 131 s. ; J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologies*, Paris, Seuil, 1973 ; Albert JACQUARD, *Au péril de la science*, Paris, Seuil, 1982 : une critique de la science en tant que mythe et idéologie.
  6. Je réfère, par ce qualificatif, à la fable d'Œdipe. La question fut formulée par le Sphinx.

existe une différence entre parfaire des législations et s'attaquer aux fondements « structureaux » de celles-ci. Quoique évidente, cette distinction première n'est pas nécessairement retenue lors des conquêtes juridiques sur le domaine scientifique.

Peut-on, du jour au lendemain, changer l'homme en en reformulant les définitions identificatrices, fondements de son statut, parce que la science, dans sa bonté, a ouvert des avenues jusque-là insoupçonnées ? Ainsi posée, la question prend des allures de caricature, mais ce qu'elle sous-tend laisse croire que là s'affirme le seul défi.

En Occident, les représentations symboliques nécessaires au fonctionnement de la vie humaine sont d'abord juridiques. Le droit se présente en tant que *nomos* c'est-à-dire un monde de représentations symboliques structurant notre vision du monde, incluant ce que signifie notre statut d'humain. Les questions sociales sont d'abord des questions d'identité. C'est à ce niveau, je crois, qu'il y a lieu d'analyser l'impact des mutations bio-technologiques.

Généalogie et filiation sont deux principes juridiques fondamentaux et reconnus pour produire les effets normatifs et subjectifs de l'identité. On peut se les représenter comme canons dans notre compréhension du monde. Ils furent incontournés jusqu'à aujourd'hui sinon de manière superficielle. Or l'essor bio-génétique touche à ces institutions. Généalogie et filiation, enfin le statut humain, prendront-ils aussi le « virage technologique » ?

## 2. Au cœur du sujet : plus que du corps

Plusieurs phénomènes découlent des découvertes bio-génétiques, dont les techniques de reproduction humaine. Dépasant l'étape de la recherche sur les espèces végétale et animale <sup>7</sup>, les voies expérimentales se sont ouvertes sur : mères-porteuses, banques d'ovules, de sperme, de sang, d'embryons congelés, gestation chez l'animal, fécondation de l'ovule par l'ovule, reproduction par clonage <sup>8</sup> et autres, tombant sous le générique d'expérimentation sur l'homme. Ces phénomènes scientifiques participent de l'expansion industrielle, je pense entre autres à l'insémination artificielle et à l'extraction des tissus humains jusqu'à leur transplantation.

Une particularité méconnue est que ces innovations du génie biologique se déploient dans le champ de l'imagination ; elles produisent des effets

7. « Des souris qui ont un peu du lapin », par J.J. FERRARA, dans *Science et vie*, nov. 1981.

8. Clonage : production d'individus identiques à partir de cellules prélevées sur un organisme vivant. La technique consiste à vider un embryon de ses instructions génétiques et à les remplacer par celles d'un autre organisme dont il sera la copie génétique. Le film anglais. *Boys of Brazil*, 1978, rend bien le phénomène.

certains. Il devient alors possible de formuler des questions qui relevaient, il n'y a pas si longtemps, de la science-fiction la plus digne du nom, soit jusqu'à un certain point absurdes comme : l'ovule est-il une chose ? le sang en est-il une autre<sup>9</sup> ? et le sperme ? l'utérus ? enfin le corps serait-il choses mises ensemble, somme de parties, ou mécanique aux pièces détachables<sup>10</sup> et échangeables ?

Le corps humain, segmenté et chosifié, se rapprochant de plus en plus de la carte anatomique d'un cours de médecine, entrerait-il dans le commerce ? Peut-on parler d'un retour du corps humain dans le commerce, référence faite à l'esclavage ?

Que comporte de signification et de conséquences l'expression « enfants artificiels » ? Comment définir l'œuf humain<sup>11</sup> ? L'embryon congelé ? Chose ? Être ? Virtualité ou encore réalité en devenir d'humanisation ? Certitude ou simple possibilité jetable faute d'un usage efficace en vertu d'une normalisation biologique ?

Ces questions, en apparence inoffensives, peuvent nous amener à se demander si nos sociétés industrielles s'acheminent vers l'idéal de la race supérieure selon le code parfait, celui génétique<sup>12</sup> ? Des glissements vers l'eugénisme — selon l'étymologie grecque, hérédité avec de nobles qualités — sont-ils à prévoir<sup>13</sup> ? Enfin, les artisanales tentatives du nazisme n'auront-elles été que balbutiements comparé aux efficaces techniques des sorciers de demain ? Discutables, les idées sont là et il est permis d'au moins en retenir

- 
9. Voir Alain BERNARDOT et Robert P. DOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éd. R.D.U.S., 1980, p. 296 où les auteurs notent qu'en droit français, le sang n'est pas une marchandise, référence faite à René SAVATIER, *De Sanguine jus*, Dalloz 1954, Chron. XXV, 141, note 447(1).
  10. Ces questions à coloration fantastique sont analysées par Pierre LEGENDRE dans *Leçons IV*, Paris, Fayard, 1985, p. 269.
  11. À ce sujet Jacques TESTARD note : « Pour les juristes, l'adoption d'un œuf est plus scabreuse encore car l'œuf n'existe pas selon la loi ; il faudra donc l'inventer, définir un statut juridique de l'œuf humain », « Don et adoption des œufs humains », dans *Autrement*, 96, (1988), Paris, Seuil, p. 183-187, p. 187.
  12. Jacques DUFRESNE, *La reproduction humaine industrialisée*, Institut Québécois de recherche sur la culture, Québec, Collection Diagnostic, 1986 : « Qui voudra croire que l'histoire de l'eugénisme s'est arrêtée le 8 mai 1945 ? » Encore : « Le discours eugéniste suppose d'ailleurs toujours résolue la question la plus importante à savoir : qui décide de la norme (ou de la santé) ? Les scientifiques ? Le bon sens ? Le gouvernement ? Les scientifiques au gouvernement animés par leur bon sens et leur compétence ? », Pierre LÉVY, « Contribution au débat sur l'éthique et biologie », dans *Esprit*, 1, (1985), p. 9-18, p. 10. Voir aussi René FRYDMAN, *L'irrésistible désir de naissance*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, où à la page 196 l'auteur parle du produit parfait.
  13. Pierre Lévy propose un eugénisme limité, strictement médical « en attendant ». Il parle de morale provisoire face à la problématique complexe des efforts bio-génétiques, *id.*, p. 17.

cette conclusion : nous assistons à l'éclatement de la notion du statut de l'être humain.

Le cadre normatif du droit doit précéder la réalité bio-génétique même lorsque la science devient capable d'établir certaines lois jusque-là inconnues en matière humaine. En ce sens il y aurait lieu de revoir l'adage reconnu voulant que le droit soit nécessairement à la remorque de la réalité<sup>14</sup>.

Anthropologiquement parlant, la première source occidentale de la normativité est celle d'une limite appliquée sur la nature, cette dernière chaotique, embrouillée tant que non définie, limitée<sup>15</sup>. Une limite qui pose nécessairement le problème de la définition de l'humain. En matière de limite humaine, la malheureuse fable de Sophocle, *Œdipe-Roi*, est fort instructive et raconte la radicalité de la question de l'identité dont la limite est mère<sup>16</sup>. À la question : pourquoi l'histoire d'Œdipe est-elle si horrible, si fatale ?, il convient de répondre qu'elle symbolise, pour l'Occident, ce qu'absence de limite pour un sujet a de meurtrier : non-identité. La limite qui fonde l'identité, et par le fait même ce qu'on entend par statut humain, voilà une première référence occidentale.

En tant que dogme occidental pour les fondements d'un sujet, elle conserve toute sa pertinence en regard des interrogations sur un éventuel droit bio-technologique. La science juridique occidentale a fourni des réponses aux énigmes tracées par le fait humain, ces réponses ne sont pas finalement que fictions ayant pour but de légitimer, en limitant.

La reproduction humaine a été nommée en fonction d'un monde où la limite était la première donnée. Cette prémisse n'a cependant pas eu à être exprimée comme telle, puisqu'elle se résume à être incluse dans le pouvoir. C'est aussi fondamentalement qu'il est nécessaire de reprendre le fil conducteur juridique lorsque confronté aux développements actuellement en cours.

14. Pour un aperçu des doctrines sur les sources du droit : Michel VILLEY, *Philosophie du droit, II. Les moyens du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1984, p. 12 à 18.

15. Ovide considère le chaos comme la masse encore informe des éléments mêlés, conformément à la doctrine stoïcienne, *Les métamorphoses*, Livre Premier, trad., intr. et notes par J. CHAMONARD, Paris, Garnier Flammarion, 1966, p. 41.

16. SOPHOCLE, *Œdipe-Roi*, traduit par Ch. Georgon, Paris, Traductions Hatier, 1963. Toute institution détient un « Œdipe » en tant qu'instrument de normalisation. Cet œdipe, ou interdit, est une entité qui règle et stipule aux individus une loi de la reproduction. Dans un deuxième temps, l'œdipe colonise les rapports humains dans l'espace de la famille ; voir Armando VERDIGLIONE, « Subversion de la raison », dans *Communications*, 26, Paris, Seuil, 1977 : « Engels (cf. *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*) anticipe Freud lorsqu'il avance la question structurale, non génétique : "D'où ça vient ?", p. 145 à 158, p. 149.



### 3. Reproduction et moyens du droit

La sexualité des corps fut, jusqu'à récemment, la cause de la reproduction humaine, causalité dite naturelle. En ce sens la position du Vatican relativement à la reproduction artificielle<sup>17</sup> demeure essentiellement dogmatique, inspirée de la plus pure tradition romano-chrétienne si longuement travaillée par les théologiens, principalement au Moyen-Âge. Le Vatican ne possède aucun intérêt à ce que l'on dévoile que la limite, dans une société, est d'abord affaire de discours ou encore de fiction, non pas une dictée de la nature, l'ordre d'un droit naturel.

Si la reproduction fut causée naturellement, les portes d'entrée au monde du symbole, nécessaires à l'être humain pour la poursuite d'une vie socialisée, demeurent les principes juridiques de la généalogie et de la filiation.

La généalogie symbolise la causalité de la reproduction humaine, la filiation devient l'axe sur lequel gravite l'identité d'un sujet. Par ces moyens du droit un être humain accède à plus qu'un état de « chair ». Aussi peuvent-ils être compris comme moyens d'humanisation, instituteurs de l'être humain.

Ces artefacts juridiques ou mises-en-scène du fait de la naissance, donnent raison et accèdent cette naissance. La destinée d'une vie humaine est premièrement redevable de ces fictions<sup>18</sup>.

Si j'estime que le droit prend place en amont de la réalité biologique, c'est que en ce qui a trait au statut humain, la question de la reproduction, artificielle ou non, n'est pas uniquement une affaire de corps ou une affaire de biologie, mais avant tout une question de langage, du « comment elle est parlée », « comment elle est instituée »<sup>19</sup>.

Si la reproduction sexuelle a traditionnellement fourni le lien nécessaire entre ordre normatif et ordre naturel de la naissance, son dépassement par des techniques de pointe, ne rend pas caduque la nécessité d'instituer un être humain, de l'humaniser en employant des techniques identificatrices, garantes de sa spécificité humaine. C'est là toute la question du sens et de la valeur accordée à la vie humaine — sa dignité — et la réponse se trouve invariablement dans l'art de la représenter. Bref, si la reproduction a pris sens humain et

17. *Instruction sur le respect de la vie humaine naissance et la dignité de la procréation*, publiée par la Congrégation pour la doctrine de la foi, 10 mars 1987 ; le 9 janvier 1988 le Vatican réaffirmait sa position en interdisant toute expérience de fécondation *in vitro* dans les institutions catholiques.

18. Voir Jean-Louis BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », (1987-88) 33, *McGill L.J.*, p. 357 ; Pierre LEGENDRE, *Leçons II*, Paris, Fayard, 1983.

19. Pierre LEGENDRE, *Leçons IV. L'incalculable objet de la transmission*, Paris, Fayard, 1985.

n'est pas restée au niveau de chair et de viande<sup>20</sup>, c'est grâce entre autres à des fictions juridiques telles que maternité, paternité. Ces simples mots transportent en eux la longue histoire juridique occidentale. Si pour tout juriste la fiction du bon père de famille est l'élément quotidien d'une pratique en responsabilité civile, les fictions élémentaires du droit des personnes se sont par contre confondues avec la réalité.

L'humain, différent de l'animal comme du végétal doit à l'ordre institutionnel, ou la limite, l'instauration de cet écart<sup>21</sup>. Si la reproduction des animaux et celle des végétaux demeure un fait biologique, celle des humains est différenciée par le fait du langage. Les notions comme filiation, personnalité, patrimoine, parfont l'humanité de l'humain.

Ces différences reconnues par rapport aux autres sont le legs travaillé et entreteu dont nous sommes les héritiers. Le savoir aristotélicien et ses suites<sup>23</sup> ont affirmé la nécessité d'un ordre fini, hiérarchisé : un monde de la limite nommée.

La spécificité de la parole chez l'être humain a fait de la naissance plus qu'un simple effet de corps, de biologie, d'œufs et de cellules, bref plus qu'une recette dans une éprouvette. L'ordre symbolique, ou encore celui de la limite, est à l'humain, non pas le surplus ou le luxe de sa spécificité mais la condition *sine qua non* de son être. Il n'y a pas « du corps » comme il y aurait « de l'objet », puis du langage ajouté par-dessus<sup>24</sup>. L'inextricabilité humaine réside dans le corps pris dans le langage et le langage dans le corps<sup>25</sup>, en d'autres termes, le phénomène humain se noue avec l'inconscient et le symbolique<sup>26</sup>. Par exemple l'exégèse occidentale a travaillé la notion d'enfant,

---

20. *Id.*

21. « On ne parle jamais du but de la vie des animaux, sinon pour les considérer comme destinés à servir l'homme [...] l'idée d'assigner un but à la vie n'existe qu'en fonction du système religieux », Sigmund FREUD, *Malaise dans la civilisation*, *Revue française de psychanalyse*, Paris, Gallimard, 1973, p. 703.
22. Aristote fut l'auteur repris aux fins de travailler les dogmes de l'institution occidentale. Il fut abondamment repris par les penseurs du Moyen-Âge et encore aujourd'hui il est impossible d'éviter son propos ; voir Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, I, *supra*, note 4.
23. MERLEAU-PONTY le souligne ainsi : « il n'y a pas chez l'humain une couche de corps dite naturelle ou biologique sur laquelle se superposerait une couche d'attitudes culturelles ou sociales. », *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1945, p. 220.
24. HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, trad. André Kaan, préf. J. Hyppolite, Paris, Gallimard, 1940 : « Le corps, pour autant qu'il est existence immédiate, n'est pas adéquat à l'esprit. Pour devenir un organe docile et un moyen animé, il faut qu'il soit pris en possession par lui. », p. 93.
26. Pierre LEGENDRE, *Leçons IV, L'inestimable objet de la transmission*, Paris, Fayard, 1986, p. 10 et 4<sup>e</sup> de couverture. Ce principe est sous-jacent à tout le propos de l'auteur.

en tant que reproduction, à partir de ce passage : « ils seront deux dans la même chair »<sup>27</sup>.

Quoiqu'aux abords faciles, ces considérations n'en demeurent pas moins complexes dans leurs effets. Qu'un arsenal de fictions juridiques soit en fin de compte la seule définition sociale de l'être humain et la seule manière de produire le statut humain nécessaire à la poursuite d'une vie humaine selon l'Occident, demeure peu probant en ces temps de vérité biologique. Baignés que nous sommes dans cette condition humaine, où avant notre naissance le monde du symbole avait fait son œuvre de réception grâce aux procédures d'identification, on en saisit que quelques brides lorsque confrontés à la nécessité de légitimer les innovations de l'expérience scientifique.

La fatalité de l'humain : voilà un premier outil de travail qui ne possède certes pas la qualité de la précision scientifique mais qui exprime toutefois la complexité d'un problème à notre seule hauteur. Quant à l'outil sophistiqué bio-technologique, il s'intéresse aujourd'hui à cette reproduction humaine. Cet intérêt et les découvertes qui en découlent entraînent des conséquences pour les valeurs juridiques d'identité.

Des éléments du processus de la reproduction humaine sont extraits jusqu'à soustraits des corps, de la sexualité humaine. Le clivage acte sexuel/reproduction humaine est entériné. La science vient suppléer à la nature lorsque celle-ci contrarie le désir de procréation. La nature devient « défailante » et le *mater semper certa est* bascule, enfin la femme porteuse apparaît<sup>28</sup>. Un voile se soulève au sujet de la fonction de maternité et, délaissant peu à peu sa relation privilégiée avec la nature, cette fonction rejoint celle de la paternité : une pure fiction.

En résumé, qu'est-ce que les nouveaux types de technique de reproduction impliquent par rapport à la traditionnelle reproduction lorsqu'il s'agit d'instituer, de faire « advenir un sujet »<sup>29</sup> ?

Elles impliquent la difficile manipulation de la notion de limite et de celle de fiction.

---

27. Formule employée au Moyen-Âge.

28. Françoise LABORIE du C.N.R.S. (Paris) soutient, en tant que féministe, que la référence au déterminisme naturaliste : la mère est celle que tout un chacun a pu voir grossir en portant l'enfant, est bousculée et que la mère porteuse peut constituer un modèle de maternité sociale, décidée par avance, ou même un modèle de plurimaternité qui tend à se situer dans une logique d'échange symbolique, « La radicalité des mères porteuses », dans *Sortir la maternité du laboratoire*, Québec, 1987, p. 205 à 214.

29. Référence à une expression de Jacques LACAN, *Écrits*, Paris, Seuil, 1966.

#### 4. Chosification : Statut humain *versus* Statue humaine

La tendance à « l'industrialisation du vivant » est irréfutable. Banques d'organes pour greffes, banques de sperme<sup>30</sup>, importation de tissus humains<sup>31</sup>, banques de sang pour transfusions<sup>32</sup>; le corps humain se divise et les organes sont rangés, catalogués, étiquetés. Il tend à se fractionner en marchandises qu'une économie forte utilise pour les buts individualistes d'assouvir les désirs<sup>33</sup>.

Le tour de force de morceler le corps de manière scientifique a réussi. On parle d'une médecine des prothèses<sup>34</sup> et rien ne semble pouvoir refréner une exploitation biologique intensive<sup>35</sup>. La procréation se règle selon des lois de marché. Les propositions juridiques concernant la réglementation des tissus humains par des techniques de brevets, de droits d'auteur ou des droits de propriété industrielle en sont les symptômes<sup>36</sup>.

Quoiqu'inspirés des meilleures intentions en vue de protéger ce qui prend qualité d'humain, ces directions contiennent implicitement des conséquences que l'on ne saurait ignorer, entre autres : le risque de chosification des attributs humains. Cette possibilité doit demeurer constante à l'esprit de quiconque s'attaque à la problématique bio-génétique.

- 
30. « Use of frozen sperm was greatly developed by the U.S. armed forces during the Vietnam conflict, permitting insemination in the U.S. of wives whose husbands were over seas », *The Globe and Mail*, Toronto, juillet 12, 1977; on y rapporte aussi la naissance d'un enfant de 17 mois après la mort de son père.
31. Une pratique établie au Canada : une information d'un rapport au ministre fédéral de la Santé nationale et du Bien-Être social en avril 1981, mentionne « cette importation a lieu et provient de banques commerciales de sperme des États-Unis qui font la publicité de leurs produits dans certaines revues médicales. », « Stockage et utilisation du sperme humain », dans « New-York Sperm Bank does fertile Business with Canada », *The Gazette*, 31 juillet 1986.
32. Au sujet de l'amendement de l'article 20 du *Code civil du Bas-Canada*, c'est la Croix-Rouge qui fit des pressions au nom des organes susceptibles de régénération; voir aussi « Blood Transfusions, Jehovah's witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body », (1974) 5 *R.D.U.S.*, p. 156.
33. Michael KINSLEY, « Take My Kidney, Please », dans *Time's*, 20 mars 1989, où l'auteur s'interroge sur le commerce des reins en Occident.
34. Geneviève DELAISI de PARSEVAL, « Des enfants prothèse? », dans *Sortir la maternité du laboratoire*, Québec, 1988, p. 134 à 141, et « Enfants-prothèse ou enfants-greffe? », dans *Autrement*, numéro « Objectif Bébé », Paris, Seuil, 1985, p. 70.
35. *The Times Magazine* rapporte un projet américain chiffré à 3 billions de dollars aux seules fins de connaître les chromosomes et d'en déchiffrer les instructions complètes pour « concevoir » un être humain, Léon JAROFF, « The Gene Hunt », 20 mars 1989, p. 54 à 63.
36. Bartha M. KNOPPERS conclut au besoin de protéger le matériel génétique sans nécessairement lui accorder la personnalité juridique dans « Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person », (1986-87) 32 *McGill L.J.*, p. 336.

L'exploitation technologique et industrielle du champ biologique nous confronte donc à la structure de notre civilisation. Celle-là même qui a fait de nous, non pas des êtres interchangeables mais uniques. C'est comme si l'individualisme, se retournait contre lui-même. Si l'ère industrielle du début du siècle fut reconnue pour avoir affecté notre rapport aux choses, l'ère technologique sera réputée avoir mis en cause le rapport des humains entre eux, jusqu'au fondement de leur être lorsqu'il est question de reproduction. Mais faut-il rappeler ici que cette voie nouvelle était déjà implicitement inscrite dans la logique scientifique : la somme des lois objectives appliquées à toute étude du sujet humain a forclos ce que de subjectivité il comporte.

Enfin si on ne peut définir l'expérimentation sur l'humain en tant que nouveauté<sup>37</sup>, il serait toutefois faux de nier le « phénomène social » qu'en a fait les buts industriels.

#### 4.1. Rapports droit et biologie

Les différentes approches concernant les aspects juridiques des développements technologiques apparaissent peu enclines à parfaire une réflexion solide sur les éléments fondamentaux. Constatant l'engouement pour les solutions à la pièce, on peut se demander si le Texte occidental<sup>38</sup> survit sans plus ses sources et ses fondements ? L'acculturation frappe aussi le *nomos* juridique. Ces raisons suffisent à rendre la réflexion superficielle lorsque

37. L'auteur Genoveffa COREA souligne « a first unsuccessful attempt to fertilize a rabbit egg in vitro was made in 1878, embryo transfer between animals began in 1890, and embryos were first cultured from mammalian germ cells in 1920. Sperm was initially frozen about 1777 by Lazzano Spallanzani, and less than a century later the Italian pathologist Paolo Montegazza introduced the idea of banks for the storage of iced mammalian semen, for veterinary use or as reproductive insurance for soldiers in wartime. », *The mother Machine*, New York, Harper and Row, 1985, 310, 46, n° 2, cité par Mary Anne COFFEY, « Of father Born », dans *Can. Journal Women Law*, 1986, 1, p. 424. Au sujet des limites à l'expérimentation : « C'est à Nuremberg, en 1947, lors du procès des médecins nazis, qu'un premier code de l'expérimentation sur l'homme a été édicté », Michel LACROIX, « La bioéthique et l'expérimentation sur l'homme », *Esprit*, 1986, n° 1, p. 59 à 71, p. 59. En 1964 l'Assemblée médicale mondiale adopte la *Déclaration d'Helsinki*, révisée en 1975 ; enfin en 1981 les directives de l'O.M.S. et du C.O.I.S.M. sont à l'effet qu'une expérimentation sans valeur scientifique est *ipso facto* contraire à l'éthique (article 20). « Dans cette histoire récente, il faut inclure le procès des médecins nazis à Nuremberg, en 1947, qui a fourni le contre-exemple majeur, le type de ce que l'expérimentation sur l'homme devait éviter à tout prix et qui continue à hanter les codes internationaux ; Helsinki (1964), Tokyo (1975), Manille (1981) », François André ISAMBERT, (1987) 68 « L'expérimentation sur l'homme comme pratique et comme représentation », dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, p. 15 à 30, p. 15 ; Jean-Louis BAUDOIN, « L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs », (1981) 26 *McGill L.J.*, p. 809.

38. Texte occidental : métaphore pour exprimer l'ensemble des écrits faisant foi de notre histoire et notre culture ; idée de corpus faisant office de lois.

pourtant elle devrait s'attacher aux fondements institutionnels des questions abordées. Et lorsque les juristes se penchent sur les enjeux subjectifs, jusqu'où se questionnent-ils au sujet des liens institutionnels qui tissent la reproduction ? On peut facilement croire que l'ordre institutionnel est en quelque sorte demeuré ignorant de sa propre constitution historico-juridique.

La redécouverte de nos propres fictions est-elle le résultat d'une histoire du droit émiettée ou le travail incessant d'effacement des vieilles pages du droit, celles sans plus de pertinence dans l'optique d'une législation du cas par cas. Il y aurait des deux. Or, la question du statut humain nécessite plus qu'une simple technique législative en accord avec les seules références contemporaines, en majorité scientifiques.

La notion de statut humain est une disposition de fond qui constitue une fin en soi ; il s'agit d'une fiction inhérente à l'institution elle-même, cause des seules exigences de la politique juridique<sup>39</sup>.

Si on s'accorde à voir la notion de personne morale comme une fiction élaborée à partir de la personne physique, il faut de plus reconnaître que la notion même de personne humaine, le statut, est fiction mais sans autre fondement que sa propre existence.

#### 4.2. Éthique nouvelle ?

Le concept d'éthique a connu une promotion sans précédent lorsque les interrogations sur la reproduction artificielle ont surgi<sup>40</sup>. Plusieurs ont perçu dans l'éthique la clef du problème inédit. Mais à y regarder de plus près la nouvelle éthique laisse transparaître sa volonté de réaliser le même but que ses ascendants : morale et limite<sup>41</sup>. Ne s'agit-il là que d'un synonyme pour des termes connotés négativement ? Ou encore, ne reconnaissant plus nos propres fondements, nous les retrouvons grâce à une nouvelle conceptualisation ?

39. Jean-Louis BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », (1987-88) 33 *McGill L.J.*, p. 357, l'auteur démontre que les fictions ont, dans le système juridique, des fonctions de technique et de politique juridique. Il aborde ainsi les fictions cites créatrices de droit.

40. Voir le concept d'éthique et ses rapports avec le droit comme pouvoir normatif dans *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, par Jean-Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, Paris, P.U.F., 1988, aux pages 258 s., plus précisément p. 264 ; Guy BOURGEAULT, éthicien, *L'éthique et le droit face à la technologie*, Montréal, Thémis, 1988, 22, n° 3, p. 275.

41. Voir Jérôme LEJEUNE, « Le médecin face aux nouvelles techniques de procréation » dans *La vie prénatale(·) Biologie, morale et droit*, Paris, Téqui, 1986, p. 55 à 66, p. 57. « Cette relation, de l'éthique au politique, est de nature subtile et elle est difficile à maintenir toujours de façon juste. Elle risque de se défaire, soit dans le sens d'un oubli de l'éthique, soit dans le sens, inverse du précédent, d'une sorte de précipitation de l'éthique sur le politique.

Malgré ces considérations, il faut comprendre que les problèmes de biotechnologies seront encadrés par une discipline appelée « bioéthique <sup>42</sup> », dont le nom, s'il est inusité, ne soit pas être interprété comme inaugurant un nouveau champ du savoir.

Tout comme les notions plus classiques, l'attitude éthique face aux nouvelles technologie bute au totalitarisme de l'individu en proie à ses désirs.

L'individu d'aujourd'hui développe la croyance qu'il s'appartient, comme on est propriétaire d'une chose <sup>43</sup>. On peut reconnaître dans ce comportement l'œuvre de la science appuyée sur le clivage sujet/objet <sup>44</sup>. Cette attitude suggère la possibilité de produire des sujets humains se détenant comme leurs propres objets, en vertu de ce qui s'assimilerait à un droit de propriété. Cela est particulièrement évident dans les cas de don d'organes, transplantation jusqu'à la vente <sup>45</sup>. Ce pseudo-droit de propriété produirait alors des possibilités contractuelles entre les sujets et leurs corps.

Cette vision objective du sujet humain laisse les portes ouvertes au suicide légalisé, à l'avortement comme moyen contraceptif, au négoce réglementé des tissus humains, régénérables ou non, enfin à l'euthanasie <sup>46</sup> comme meurtre par compassion <sup>47</sup>.

Revenons un moment aux sources obscurcies. De maintes façons la philosophie et le droit occidental n'ont cessé de répéter que la personne humaine ne se possède pas. Cet *a priori* fixe certaines limites : la personne humaine ne peut détruire ce qu'elle est, proposition opposée à celle voulant qu'elle puisse détruire ce qu'elle a. B.A.-Ba de l'avoir et de l'être. Shakespeare

De part et d'autre le danger est extrême. » Jean LADRIÈRE, « Droit naturel, droit, éthique », dans *Esprit*, n° 11, 1985, p. 80 à 84, p. 83. De son côté François TERRÉ considère que l'on préfère parler d'éthique de peur de parler de morale, l'éthique, « science de la morale » deviendrait de plus en plus la « morale de la science », *Le Figaro*, 15 décembre 1986. Enfin, Guy DURAND considère, malgré la distinction faite par certains auteurs entre morale et éthique, un mot pour l'autre, cela en vertu de l'étymologie commune des deux termes, l'un d'origine latine et l'autre d'origine grecque, « Du rapport entre le droit et l'éthique », dans (1986) 20 *R.J.T.*, p. 281.

42. Guy DURAND, *La bioéthique*, Collection « Bref », St-Amand (Cher), Les Éditions du Cerf, 1989, 217 pages.

43. Voir ANDREWS, « My Body, My Property », (1986) 16 *Hastings Center Report*, p. 28.

44. Application des seules lois objectives dans toute étude empirique, jusque dans celle du sujet humain, dont on reconnaît pourtant la nature subjective, indissociable de l'objectivité.

45. *Supra*, note 33.

46. Voir le *Rapport de la Commission de réforme du droit du Canada, Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, n° 20, 1983, p. 18 à 20.

47. La *Charte canadienne des droits et libertés* pourrait-elle servir de base légale au droit à la mort ?, voir Fran CARNERIE, « Euthanasia and Self-Determinism : Is there a Charter Right to Die in Canada ? », (1986-87) 32 *McGill L.J.*, p. 299.

fait dire à Hamlet, prince du Royaume de Danemark : Être ou ne pas être, voilà la question. En termes plus contemporains cela revient à se demander si vente, louage, ou toute appropriation pour fins commerciales de ce qui a qualité humaine doivent être interdits ou non. Il existe une interdiction de commercialité lorsque le corps de l'humain est en cause. Cette interdiction est d'ordre public ; c'est-à-dire qu'elle est établie en vertu d'un principe de sauvegarde de la notion de l'être. Ce principe s'est manifesté dans la littérature, la philosophie comme dans le droit.

Serait-il possible de faire fi, ou d'effacer les savoirs laborieusement élaborés en Occident pour instituer le sujet humain, cela au nom du progrès ou encore de la modernité considérée comme la « formule magique de nos destinées » ?

Les signifiants modernes, ceux des transactions commerciales sur le corps de la personne, ne sont-ils pas des termes innovés pour un ancien mot, plus indigne : l'esclavage ? Non plus par chaînes et labeur obligatoire, mais avec le visage d'un droit individualiste poussé à ses limites ? Esclavage commercial où les valeurs humaines deviennent monnayables, où un prix pour chaque chose s'étend à des morceaux de corps.

Ces raisons sont suffisantes pour réactualiser les vieilles questions scolastiques. De toute manière insidieusement elles remontent à la surface de notre prétendue modernité. Il n'y a rien de vraiment neuf en ce qui concerne l'humain, et les questions oubliées des livres de droit réapparaissent à la manière des « revenants ». C'est finalement la question fatidique du « au nom de quoi ou de qui » fixer les limites, s'il y a, de la légalité en matière de reproduction humaine ? À ce point ultime, on redécouvre les premières propositions de la limite à instituer, de la nécessité humaine de structure. Dabin parle de fictions créatrices de droit<sup>48</sup>, GénY suggère le concept de fonction téléologique du droit<sup>49</sup>.

## 5. De quelques vérités

En quête de vérité, la génétique s'avance avec la notion de « vérité biologique »<sup>50</sup>. Comme le souligne bien Jean Carbonnier : « Ce critère-là a le vent en poupe, car il est appuyé par tous les progrès, présents ou escomptés,

48. BERGEL, *supra*, note 39, p. 360, note 10 : J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Paris, Sirey, 1935.

49. *Id.*, p. 359, note 5 : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921.

50. Voir l'article de droit comparé de Marie PRATTE et Élisabeth MONJAL, « Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois », (1987) 18 *R.G.D.*, 421, p. 434 s. : La promotion de la vérité biologique.



de la biologie»<sup>51</sup>. De son côté le juriste français Roger Nerson note que : « l'une des caractéristiques les plus marquées de la jurisprudence relative au droit de la filiation est l'entrée en force des preuves biologiques, dans tous les domaines ; leur utilisation n'est certes pas une nouveauté [...] mais ce qui paraît nouveau, c'est la diversité des cas dans lesquels les expertises biologiques sont sollicitées, et admises. »<sup>52</sup>.

Madame Michèle Rivet, abordant les questions de transexualisme<sup>53</sup> et de sexualité éclatée, note bien un des enjeux du problème en affirmant que « la question du transexualisme met en relief tout l'aspect de la "vérité biologique" par rapport à la "vérité psychologique". La question fondamentale qui doit être posée est de savoir quelle vérité devrait prévaloir. Quel intérêt doit l'emporter sur l'autre : celui de la société ou celui de l'individu ? »<sup>54</sup>.

Au-delà de cette première opposition, se joue le difficile enjeu de conférer à l'humain des limites, garantes de sa sociabilisation, de son identité et ne l'aliénant pas. Cet enjeu est la première mission des institutions juridiques de l'Occident ; il se traduit encore dans cette visée de protéger la pérennité de l'espèce. La promotion des désirs humains par le biais de droits n'est qu'un récent mouvement tributaire, d'une part, de l'idéal scientifique et, d'autre part, des valeurs sociales où l'objet est vénéré.

L'organisation des filiations<sup>55</sup> réfère-t-elle d'abord à la biologie ? L'identité est-elle régie par le seul domaine de la thérapie ?<sup>56</sup>

L'éventualité de modifications du statut humain annonce une révolution. La question devient : comment de telles modifications peuvent-elles se réaliser sans mettre en péril l'ensemble des informations, des élaborations de la tradition civiliste dans le domaine du droit des personnes ?

Au cœur d'une crise d'appréciation de nos idéaux, ceux portés par une tradition séculaire, la célèbre question que se posait les jurisconsultes romains : l'enfant de l'esclave est-il un fruit ou un produit, redevient plus qu'actuelle.

51. *Droit civil 2*, Paris, P.U.F., 1979, p. 317.

52. « Jurisprudence française en matière de droit civil. a. Personnes et droits de famille, Filiation », dans 1983 *Rev. trim. dr. civ.*, Paris, Sirey.

53. Pour quelques remarques inusitées sur le sujet, voir Pierre LEGENDRE, *Leçons II*, Paris, Fayard, 1983, p. 126, *Leçons IV, supra*, note 5, p. 131.

54. « La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois », (1987) 18 *R.G.D.*, 843.

55. « It is not up to the biological sciences to make a definitive judgment on questions which are preproperly philosophical [...], such as the moment when a human person is constituted... », *Declaration on abortion*, Sacred Congregation for the Doctrine of the Faith, Washington, D.C., U.S., Catholic Conference, 1975.

56. Les notions de filiation psychologique, filiation sociologique sont des conséquences de la « pensée thérapeutique » appliquée au droit. Illustrations de ces filiations multiples dans *Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants*, 1985, Prix Charles-Coderre pour l'avancement du droit social, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986.

Elle n'a pas vieilli d'un jour sauf peut-être le revêtement de signifiants contemporains : question de rhétorique.

Si la question du fondement de l'art filioire se pose, est-ce eu égard aux fondements d'un nouvel art ? L'Occident est-il à l'aube d'une configuration originale dans sa manière d'instituer la vie <sup>57</sup> ? Ce qui revient à se demander si l'on peut fabriquer du père, de la mère de « synthèse » ? Manipulations génétiques appellent-elles manipulations institutionnelles ? Jusqu'ou l'ordre de la filiation tel que reconnu et garant des humains occidentaux peut-il être affecté par des réformes ? La génétique, en tant que réponse biologique de l'humain, se distingue de la filiation en tant que réponse institutionnelle de ce dernier. S'il arrive qu'en certains cas on les retrouve confondues, la filiation demeure seule voie limitatrice ou encore politique pour l'humain.

Un discours moderne propose l'éclatement du concept de la filiation en qualités affective, sociale, psychologique et biologique <sup>58</sup>. Le concept sociologique de l'éclatement est mis à l'essai. Si ce concept est appréciable pour répondre de certaines situations de fait de nos sociétés modernes, il y a lieu de douter de sa pertinence dans le domaine juridique. Comment accepter l'idée de filiations distinctes, plusieurs pères comme plusieurs mères de qualité différenciée, avec des droits conformes à cette différence casuelle ? Quelle serait la hiérarchie des qualités filiatoires ? Ou encore comment la filiation, de principe unifiant, deviendrait appliquée au « cas par cas » <sup>59</sup> où la vraisemblable limite serait l'intérêt de chacun ?

## 5.1 Recherche de l'origine et identité

Pour saisir l'inefficacité des scissions conceptuelles de la filiation et comprendre la place unique que celle-ci détient dans l'univers d'un individu, quelques remarques sur la subjectivité s'imposent.

---

57. « Vous êtes à l'aube d'un droit nouveau ; c'est un débat de société qui s'ouvre et dont il vous appartient d'être les tenants, les arbitres, pour dégager les règles qui viendront combler le vide juridique né de la faculté de la science à nous dépasser », extrait d'un discours prononcé par le représentant du Bâtonnier de l'ordre des avocats à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

58. Voir notamment *Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants*, *supra*, note 56.

59. Le cas *Baby M.* (Superior Court of New Jersey, Chancery Division/ Family, Berger County, 31 mars 1987, U.S.A.). Le jugement américain, amplement publicisé, a confronté l'Occident à ses trouvailles bio-génétiques, et en fin du compte à la question non résolue de la limite. Alors que les projets de loi sur la « location d'utérus » se multipliaient dans les États (70 pour 27 États), le jugement du New Jersey fait désormais référence. Il a déclaré invalide le contrat passé entre une mère porteuse et un couple, contrat selon lequel la jeune femme porteuse s'engageait, contre 10 000 \$, à céder l'enfant conçu avec la semence du mari.

L'être humain, par le simple fait de sa condition, est un être en incessante quête. Fondamentalement il cherche l'impossible réponse de l'origine, celle des choses, celles des êtres et celle plus urgente de lui-même. Recherches éminemment humaines. Pour y survivre ou mieux, en vivre, cette recherche doit être meublée, comblée ou voilée de fictions premières. La métaphore d'un plancher de générations venant accueillir les humains peut servir à exprimer cette quête meublée.

L'arrivée des progrès bio-génétiques fait subir à la filiation l'assaut du mythe scientifique. La recherche des origines s'est trouvée affectée. La multitude maternelle et paternelle ne peut fixer la franche limite nécessaire à fonder un être humain dans un statut X. Un statut X n'équivaut pas à une série de statuts qualitatifs.

Dans ce même ordre d'idées, que signifie le dévoilement des origines aux adoptés (le Mouvement des Retrouvailles le rend possible depuis quinze ans au Québec) que le droit civil québécois reconnaît depuis 1980 par le droit pour un adopté majeur d'obtenir les renseignements permettant de retrouver ses parents, si ces derniers y ont préalablement consenti (article 632 C.C.Q.)<sup>60</sup>. Si l'expression «droit aux origines» n'a pas reçu de sanction légale, elle est abondamment utilisée.

Toujours en vertu de la réforme du droit de la famille de 1980, le *Code civil du Québec* reconnaît la seule filiation biologique en titrant le chapitre premier : De la filiation par le sang<sup>61</sup>.

La question de l'identité trouve-t-elle obligatoirement sa réponse dans la seule filiation biologique ?

Identité réfère au « roman familial »<sup>62</sup>, expression freudienne pour désigner les fantasmes par lesquels le sujet modifie imaginativement ses liens avec ses parents. Si on peut y retracer des incidences biologiques, elles n'ont pas l'exclusivité de l'agencement du récit.

Quelle est alors la véritable science occidentale des identifications ? Si une telle science existe, elle est d'abord l'effet des catégories juridiques du droit de la famille, principes de généalogie de filiation en tête. C'est donc le droit qu'il faut considérer comme l'artisan du statut humain. Cet art juridique

60. Voir Jean-Louis BAUDOIN, « La vérité et le droit des personnes : aspects nouveaux », (1987) 18 *R.G.D.*, p. 801 à 811 : La recherche des origines : la vérité retrouvée.

61. La *Loi sur la protection de la Jeunesse* (L.R.Q., c. P-34.1) en référant à la seule notion de parents, à l'article 1, reconnaît le rôle des parents au sens biologique.

62. J. LAPLANCHE et J.-B. PONTALIS, *Vocabulaire de la psychalyse*, Paris, P.U.F., 1967, p. 427.

ne tombe pas en désuétude du seul fait de nouvelles trouvailles, en matière de vérités génétique, biologique, ou reproductive<sup>63</sup>.

## 6. Filiations et obligations : errances juridiques ?

Dans la veine de la promotion de l'autonomie de la volonté individuelle<sup>64</sup>, certains juristes ont cru que la solution aux problèmes posés par le domaine bio-génétique résidait dans les rapports contractuels. Dans le monde médical comme dans l'univers juridique un nouveau concept fait fureur : celui du « désir d'enfant ». Ce concept serait assimilable à un projet rationnel destiné à combler un besoin<sup>65</sup>. À juste titre Geneviève Delaisi de Perseval note qu'« avoir un enfant est devenu un *must* dans nos sociétés occidentales »<sup>66</sup>. Quant au concept de désir d'enfant il se relierait au droit grâce au principe libéral de l'autonomie de la volonté de l'individu. Enfin, l'entente contractuelle serait valide puisque rencontrant les quatre critères civilistes : la capacité légale de contracter, le consentement des parties, l'objet et la cause, bien entendu si cette entente est définie en tant que location de services.

Si la natalité est devenue un problème de plus pour l'Occident, si la contraception aidée des valeurs de consommation ont relégué la notion de pérennité de l'espèce à ne tenir qu'un rôle historique, donnant préséance à l'individu au détriment de la communauté, les nouvelles technologies de reproduction achèvent le déplacement de l'art de naître vers le simple désir. Que ce désir soit assumé contractuellement ou non.

63. « Mais on en comprendra vraiment ce que sont devenus les rapports entre le droit et la famille que lorsque les nouvelles techniques de reproduction se seront généralisées. Dès la phase embryonnaire, les liens affectifs et sociaux auront été remplacés : d'une part par la technique biologique et, d'autre part, par la technique juridique. La naissance de chaque enfant supposera plusieurs contrats, selon les cas, avec la mère porteuse, avec le donneur, avec l'agence spécialisée, avec la banque de sperme, avec la clinique, etc. Chacun des contrats multipliera les occasions de litige », Jacques DUFRESNE, *Le procès du droit, Diagnostic 5*, Montréal, Institut québécois de recherche sur la culture, 1987.

64. « Le principe de base de cette théorie est que l'individu est tout ; la société n'est faite que pour le servir. La liberté de l'individu ne devrait être restreinte normalement que par sa volonté propre qui est dite pour cette raison, autonome, c'est-à-dire soumise en principe à une autorité supérieure », Maurice TANCELIN, *Des obligations, Contrat et responsabilité*, 4<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, p. 17 ; « The liberty of contract theorists operated within a conceptual space in which individual intent was seen as the source and origin of social context », Gary PELLER, « The Metaphysics of American Law », (1985) 73 *Cal. Law Review*, p. 1156.

65. Discussions sur les thèmes : les enfants que je veux, si je peux, le droit à l'enfant existe-t-il ? Le désir d'enfant ne devient-il pas, à un certain moment, un acharnement injustifié ? Sommes-nous en train de médicaliser le désir d'enfant et de répondre médicalement à des problèmes sociaux ? Pourquoi l'infertilité n'est-elle plus tolérée ?, dans *Sortir la maternité du laboratoire*, *supra*, note 29, p. 119 à 145.

66. DELAISI et Alain RENAUD, *L'enfant à tout prix*, Paris, Seuil, 1983.

Si ces changements peuvent être dits historiques, irréversibles, cela signifie-t-il que le droit doit encore suivre ces changements de manière à entraîner des mutations profondes dans la manière d'humaniser la naissance, enfin dans la définition même de l'humain ?

Le phénomène des mères-porteuses a particulièrement attiré l'attention des médias. À mon avis, il s'agit là de l'exemple idéal afin de démontrer les conséquences institutionnelles de l'emploi des contrats dans le domaine du statut humain.

Cette technique utilise une femme comme matrice ; on parle alors de l'utilisation de l'utérus d'une femme, défini comme service indépendant du sujet femme. Faut-il rappeler que cette matrice est indissociable de son sujet, une femme ; enfin des services utérins employés même en vertu des droits d'une autre femme, il s'agit toujours d'un sujet femme entier qui s'aliène au nom des droits de l'autre. Le concept d'aliénation doit retenir notre attention. Si l'alinéation des choses peut être réglementée, celle d'un sujet est encore sous le coup de l'interdiction, sauf les seules perçées faites pour les cas d'organes régénérateurs<sup>67</sup>, et encore cette aliénation doit être à titre gratuit.

Le contrat régissant l'entente intervenue entre une mère-porteuse et une femme « en désir d'enfant » peut porter différentes appellations : prêt, location, mandat ou encore la formule « grossesse par procuration ». Rarement verra-t-on dans le vocabulaire juridico-médical une formule aussi crue que « louage de ventre »<sup>68</sup>. Je porte l'attention sur ce point aux seules fins de souligner le recul pris par rapport au « corps maternel » par l'usage d'une terminologie moins émotive, objective jusqu'à aseptisée.

À l'argument voulant que le sujet humain loue sa force de travail depuis la révolution industrielle, donc son propre corps, je rétorquerai qu'à mon avis la force de travail est productrice, donc monnayable, toutefois le « produit » n'est pas assimilable aux êtres humains et... si je ne m'abuse l'aventure du Dr. Frankenstein n'est encore que science-fiction.

Il y aurait peut-être lieu de comparer cette location avec la prostitution, soit une location de la jouissance physique. Or celle-ci n'a pas encore eu la reconnaissance juridique<sup>69</sup>. Y a-t-il lieu d'apparenter le contrat de location d'utérus à la prostitution, plus encore qu'au contrat de travail ? Sans conclure

67. Article 20 C.C.B.-C., *supra*, note 32.

68. On retrouve cependant un article intitulé « Ventres à louer » par Francine BORDELEAU, dans *Justice*, mai 1988, Ministère de la Justice, Québec, p. 17, où la question est posée dans l'opposition location de services et commerce d'enfants ; entre autres choses est signalé qu'une trentaine de femmes au Québec auraient accepté de « louer leur ventre ».

69. Infraction se rattachant à la prostitution, article 213 C.Cr..

à une absolue similitude, il est important de souligner que prostitution et location d'utérus ont trait à un domaine symboliquement marqué en Occident : le sexe, jusqu'à nouvel ordre siège de la reproduction, cause de la différence des humains entre eux (le féminin, le masculin). Enfin les techniques de reproduction proposent la rupture du lien sexualité et procréation. Ce nouvel écart est en lui-même révolution.

Le phénomène des mères-porteuses retient l'attention pour une raison connexe : à la difficulté de déterminer la légitimité des services utérins vient s'ajouter celle du statut de l'enfant-à-naître, ou potentiel humain. Cette question demeure confuse et sujette à maintes discussions idéologiques. S'il fut possible de régir les parties régénératrices du corps grâce au don<sup>70</sup>, la question de l'enfant-à-naître, d'un embryon, d'un fœtus, est devenue périodiquement le fait d'études jusqu'à certaines décisions des tribunaux<sup>71</sup>.

Le fœtus possède certains droits<sup>72</sup> en vertu de quelques articles du Code civil<sup>73</sup>. C'est particulièrement dans le domaine des droits successoraux que l'on retrouve ces garanties à l'endroit du fœtus. Les tout récents motifs de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Daigle c. Tremblay*<sup>74</sup> sont toutefois à l'effet que ces droits sont soumis à la condition suspensive que le fœtus naisse vivant et viable.

Dans la doctrine française, on retrouve ces propos des auteurs Aubry et Rau au sujet du statut échu à l'enfant-à-naître :

Dans le sein de sa mère, l'enfant n'a point encore d'existence qui lui soit propre, ni par conséquent, à vrai dire, de personnalité. Mais, par une fiction des lois civiles, il est considéré comme étant déjà né, en tant du moins que son intérêt l'exige. En vertu de cette fiction, l'enfant simplement conçu jouit d'une capacité juridique provisoire, subordonnée, quant à ses effets définitifs, à sa naissance en vie et avec viabilité.<sup>75</sup>

70. Dans l'optique de la réforme du Code civil l'article 10: Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Nul ne peut lui porter atteinte *sans son consentement libre et éclairé ou sans que la loi l'autorise*. (Je souligne). *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens* (1987, chap. 18) (P.L. 20), G.O.Q., Partie II, n° 31, p. 4125.

71. L'affaire *Lewis Davis*, Tennessee, U.S.A., août 1989. Un juge devait déterminer le sort de sept embryons congelés d'un couple en instance de divorce. Il s'agirait là d'une première. Seule la Louisiane a une loi protégeant les embryons, *La Presse*, 8 août 1989.

72. « D'une manière générale, le Code civil ne confère pas au fœtus la personnalité juridique. Le fœtus n'est pas traité comme une personne que dans les cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts après la naissance. », *Daigle c. Tremblay*, Cour Suprême du Canada, jug. rendu le 8 août 1989, motifs déposés le 16 nov. 1989.

73. Articles 338(3), 345, 608(1), 771, 838, 945, 2543 du *Code civil du Bas-Canada*.

74. *Supra*, note 72.

75. *Droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd., Tome I, parag. 53, p. 263. Il s'agit de la maxime *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

Les motifs de la Cour Suprême sont à rapprocher de cette interprétation doctrinale. Enfin d'autres auteurs qualifient le statut de l'embryon de mixte <sup>76</sup>.

S'il est possible, à une certaine étape du processus de la grossesse, de parler de fœtus, laquelle étape demeure aussi sujette à controverses, ce terme laisse la place aux mots : ovule fécondé, embryon, à d'autres temps du processus. C'est la notion cellulaire qui l'emporte <sup>77</sup>. Si, en parlant de cellule il est encore question de vie et, de cellule humaine de vie humaine <sup>78</sup>, la fragilité de cette vie ajoutée à l'incertitude du savoir pourrait profiter aux tenants d'une législation en termes de propriété.

Lorsque les procédures contractuelles sont appliquées aux cas des mères-porteuses, le « potentiel humain », le fœtus, l'embryon, l'ovule fécondé, deviennent objets et causes du contrat. La difficulté ne s'arrête pas là puisque fœtus, embryon, ovule fécondé, sont, dans un même temps, matrice engrossée, femme enceinte. Matrice engrossée égale-t-elle futur enfant ? Ou, le fœtus est-il distinct du corps de la femme ? La matrice, si elle est déterminante dans la différence entre homme et femme, devient-elle simple réceptacle pour un nouvel humain ?

Les revendications pro-choix, en faveur de l'avortement libre, soulèvent, même implicitement, de telles considérations. Les slogans du genre « les femmes sont les seules à savoir ce qu'elles font lorsqu'il s'agit de leur corps », doivent être interprétés comme discours d'affirmation féminine, puisqu'ils voilent tout un champ de la problématique. L'arrivée éventuelle d'un être humain ne peut se résumer à n'être que l'affirmation des droits d'un sexe sur l'autre, en vertu de sa capacité « naturelle » de porteur d'enfant. Quant à l'autre version, celle appelée pro-vie, elle refuse à voir dans la reconnaissance d'un statut humain, au fœtus, à l'embryon, ou au matériel humain, la simple

76. George J. ANNAS, « Redefining Parenthood and Protecting Embryo's : why we Need New Laws, (1984) 50 *Hastings Center Report*, p. 52.

77. « At the earliest stages we are dealing with not the presence of a human body but with the formation of a human body. », A. DI FANNI, « Is Fetus a Person? », (1974) 168 *American Ecclesiastical Review*, 323, p. 324. L'auteur Philip DEVINE parle de « bits of human biological material, things which are becoming human organisms », *Ethics of Killing*, Cornell University, 1978, p. 83. Curran recommande à The Ethics Advisory Board of the Department of Health, Education and Welfare, que les embryons de moins de deux semaines de gestation puissent éthiquement être utilisés pour la recherche fondamentale, « In Vitro Fertilization », n° 4 in *Appendix : H.E.W. Support of Research Involving Human In Vitro Fertilization and Embryo Transfer*, Washington, D.C., U.S., Government Printing Office, 1979, p. 26. Enfin François TERRÉ note les divers débats au sujet de l'embryon à travers les âges, chapitre : *L'embryon et la personne, L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987.

78. « Il n'y a qu'une chose à dire de l'enfant conçu : il est [...]. Il n'est pas une "personne humaine potentielle", ni une "personnalité virtuelle". Il n'est pas une virtualité abstraite : il est. », *La vie prénatale* (:) *Biologie, morale et droit, supra*, note 41, p. 123.

et première nécessité de la limite. Aucune « vérité scientifique » n'est à même de résoudre l'énigme du commencement de la vie, et tout ce qu'on peut en dire est l'effet de prises de position idéologiques.

Quant au projet de loi fédéral en matière d'avortement, déposé le 3 novembre 1989, la volonté législative promeut le médecin seule autorité nécessaire pour subir une intervention. Le droit canadien veut ainsi déléguer la décision, à ce qui peut être reconnu comme l'autorité scientifique, dégageant ainsi les tribunaux du nœud du problème.

Les mères-porteuses, en service commandé, est une problématique qui nous replonge simultanément dans celle des droits de propriété sur le matériel humain. Si embryon, ovule et autres, entrent dans le commerce, il s'agira d'un type nouveau de commercialité, celui du « vivant », ce qui ne peut que laisser perplexe<sup>79</sup>.

Jusqu'à où laisser régner la liberté contractuelle dans ce domaine ? Et que penser d'une société permettant à ses sujets de louer ou vendre quelque partie de leur corps lorsque, par exemple, les seules contraintes financières sont la cause<sup>80</sup> ? Le devenir humain a-t-il à suivre cette voie ? Il s'agit bien d'une question de limite ou encore d'ordre public (article 13 C.C.B.-C.).

La volonté technicienne de certains juristes à contractualiser le phénomène des mères-porteuses et parallèlement la question des tissus humains, n'est-elle qu'un moment dans la recherche de solutions adéquates ? Autrement cela signifierait l'entrée du sujet humain dans le commerce. À ce propos, le Comité du Barreau du Québec sur les nouvelles technologies de reproduction conclut, dans son rapport d'avril 1988, que le principe classique de droit civil reconnaissant que la mère d'un enfant est toujours celle qui le met au monde, doit être maintenu jusqu'à précisé par la législation afin d'empêcher toute tentative de relier l'enfant à la donneuse. Le Comité suggère la création d'une présomption irréfragable de maternité envers la femme qui accouche<sup>81</sup>.

L'article 1059 du *Code civil du Bas-Canada* exclut le corps humain du domaine commercial et contractuel en affirmant que seules les choses qui sont

---

79. André JEAN, « Baby Shop ou le bout de chou éprouvette », *Santé et Société*, vol. 10, n° 1, 1988, p. 49 à 54.

80. *Baby M*, *supra*, note 59, la mère-porteuse s'est engagée pour la somme de 10 000 \$ à céder l'enfant, parce qu'elle avait besoin d'argent. Le besoin monétaire équivaut-il liberté contractuelle ? Sur l'équation posée entre le contractuel et le juste : Maurice TANCELIN, *Des Obligations*, *supra*, note 64, p. 22.

81. « Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction », (1988) 48 *Suppl. Revue du Barreau*, n° 2, p. 26.



dans le commerce peuvent être l'objet d'une obligation. L'Avant-projet de 1987 sur le Code civil du Québec propose l'élimination de cet article<sup>82</sup>.

Selon le rapport du Conseil d'État français sur l'éthique médicale : « L'appropriation de la nature est en route par la brevêtisation des modifications du règne végétal ou des micros-organismes. Dans ce contexte, il paraît de plus en plus difficile de défendre l'idée selon laquelle le corps, inséparable de la personne, est hors commerce. »<sup>83</sup>

Quant au principe premier de l'inviolabilité du corps humain, il est codifié à l'article 19 du *Code civil du Bas-Canada* depuis le premier décembre 1971 : la personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la Loi. Au sujet du corps humain, Jean Carbonnier s'exprime ainsi : « Il a, en quelque manière, un caractère sacré. Il est, dit-on, inviolable »<sup>84</sup>. L'article 19 de notre Code doit se lire avec l'article 18 qui édicte le principe de la personnalité juridique pour tout être humain. Ces deux articles se retrouvent trop peu souvent dans les discussions sur les nouvelles techniques biologiques. En fait, qu'est-ce que l'humain a de plus que son corps pour « être » ?

La vertu du principe de l'inviolabilité du corps humain, est d'opposer, par sa reconnaissance, le sujet et la chose. Lors de la révision du Code civil de 1977, il se trouva affecté par l'insertion de l'article 20 qui reconnaît le droit de disposer de son corps dans le cadre de certaines limites, celles de la régénération des organes<sup>85</sup>.

De principe absolu, l'inviolabilité se relativise lorsque des organes sont susceptibles de régénération et que l'aliénation est à titre gratuit. Le principe se moule aux exigences des progrès bio-médicaux.

Exploité du côté des techniques de reproduction assistée, ce principe ne devrait ouvrir la voie qu'aux seuls dons d'enfant. C'est en ce sens que Madame McKensie a pris position. Ce don pourrait être le palliatif à un avortement pour une femme devenue enceinte mais ne désirant pas porter à

82. Voir la critique de Maurice TANCELIN, *Des Obligations, supra*, note 64, p. 87 à 91 ; aussi François HELEINE, « Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain », 1976 (36) *R. du B.* p. 2.

83. *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La documentation française, 144 pages.

84. *Droit civil*, 8<sup>e</sup> éd., Tome I, Paris, P.U.F., n<sup>o</sup> 48, p. 159.

85. « À noter que tant dans l'avant-projet que dans le rapport final, l'Office excluait toute possibilité d'aliénation à titre onéreux [...]. On ne saurait faire du corps humain une simple marchandise, objet de transactions commerciales. », Édith DELEURY, « Le sujet reconnu comme objet du droit », (1972) 13 *C. de D.*, p. 539, note 43. « Les statuts familiaux sont toujours d'ordre public. Mais les contrats relatifs au corps humain ont cessé de l'être », Maurice TANCELIN, *Des obligations, supra*, note 64, p. 26.

terme ou garder l'enfant. C'est la notion de préméditation qui est ainsi évitée<sup>86</sup>.

## 7. Fondements du droit : plus qu'une question d'histoire

Le droit occidental a depuis longtemps établi les paramètres des discours sur les choses et sur les humains.

Le droit romain sépare l'homme de tout ce qui s'appelle objet (Justinien, *Institutes*, 1,3). Et, si le vocabulaire du droit romain archaïque ne distingue pas encore nettement les personnes des choses ainsi que leurs relations<sup>87</sup>, un langage des biens autour du terme *pecunia* se développe au tournant du III<sup>e</sup> et II<sup>e</sup> siècles av. J.C.. La chose est alors comprise dans un monde d'objets possédant une valeur redevable à l'échange et à la monnaie<sup>88</sup>.

Cette distinction majeure entre la chose et le sujet humain devient le socle du mode de classement occidental. C'est en fonction de cette distinction que nos sociétés sont celles d'aujourd'hui. En termes concrets, cela signifie qu'humain n'est ni objet ni chose. C'est à cette constatation banale en apparence qu'il faut reconnaître nos assises en tant qu'individus.

La philosophie est loin d'être étrangère à ces prémisses. Relire Aristote et Platon, reprendre les propos de Saint-Thomas d'Aquin, revient à reparcourir les sentiers des débats du destin occidental. Quelque chose d'intemporel. Plus près de nous, la constitution des « étants » d'Heidegger redit encore ce que le droit romain a finalement affirmé juridiquement : s'il y a humanité, elle se trouve dans la personnalité. Il s'agit-là du mode d'être sur lequel se règle toute apparition empirique de ce qui s'appelle être humain.

De la personnalité juridique à l'inviolabilité du corps<sup>89</sup>, en passant par l'ordre des filiations, il s'agit de donner « statut » à l'être humain. Ces fictions créatrices fonde un sujet à prendre place avec ses semblables dans la constance de l'histoire occidentale. Comment, aujourd'hui, ce statut pourrait-il avoir affaire avec la propriété, le commerce ?

86. *Supra*, note 1.

87. L'historien E. GIBBON écrit : « In the Forum, the senate, or the camp the adult son of a Roman citizen enjoyed the public and private rights of a *person*; in his father's house he was a mere thing; confounded by the laws with the movables, the cattle, and the slaves,... « Publication of the Justinian Code », dans *The Great Events by Famous Historians*, Vol. IV, The National Alumni, 1905, p. 138 à 181, p. 148.

88. Yan THOMAS, « Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *Archives de philosophie du droit*, 25, 1980, p. 413 à 426.

89. Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975.

*Res* (chose), voilà ce que peut se procurer un sujet de droit. Le droit de propriété sur les choses est redevable aux droits de la personne, soit en deuxième lieu puisque les droits de la personne gardent un caractère absolu eu égard aux fluctuations historiques des droits de propriété. Aussi simple que ce tableau puisse apparaître et autant nos esprits acquiescent à son évidence, sa remise en cause n'en est pas pour autant évitée. L'essor bio-génétique, les problèmes concrets soulevés par les mères-porteuses, réaniment un débat qu'on ne percevait plus aussi fondamental.

Il n'est pas « structurellement » possible de se servir de deux domaines étanches du droit civil : le droit des personnes et les obligations. Cet usage revient à dénier à ces deux domaines, l'étanchéité, même si pour ce faire on prône « l'intérêt de l'enfant-à-naître ». Les grands moyens du droit, desquels on reconnaît les dictées du Titre des personnes à notre Code civil, servent à relier entre eux les enjeux biologiques et les enjeux propres à la condition humaine, à comprendre comme autre chose que la seule « chair ». Essayer de penser autrement les buts de ces « canons » de l'institution occidentale, ou de leur trouver d'autres applications parce que la science doit avoir sa juste réponse juridique, comporte des risques, et ces risques ce sont des êtres humains qui devront les prendre. Je ne parle pas ici de ceux qui ont à dire le droit, mais bien à ceux qui ont à le vivre. Or l'expérimentation juridique n'est pas une partie intégrante du droit<sup>90</sup>.

Jalons et mises en garde posés, il est dès lors pertinent de se demander si le droit contemporain peut forcer ses assises et, par exemple, définir une nouvelle catégorie légale afin de répondre des atteintes scientifiques au corps humain.

La distinction précitée entre chose et personne agit et fonctionne en tant qu'interdit premier, césure de nécessité. Question d'« ancrage du droit ». Toucher à cette division consiste à toucher le socle par lequel un être humain acquiert statut et identité : passeports de vie sociale. Si ce dogme juridique fut à toute épreuve, traversant tranquillement le temps depuis les dernières retouches du Moyen-Âge ; s'il faut jusqu'à presque oublié, on se prend aujourd'hui à le reconnaître dans toute sa fragilité.

## 8. Et l'intérêt de l'enfant ?

Posons ainsi la question, moins froidement qu'en termes de droit positif : peut-il y avoir une personne, au sens juridique, et conséquemment au sens social, si elle n'est pas « appelée à la vie » par une autre personne, dans la suite généalogique, dans le respect de celle-ci ?

---

90. Je retire cette conclusion d'une conférence de Pierre Legendre donnée à l'Université de Montréal, le 17 octobre 1989.

Un enfant non descendant d'une cause généalogique n'est pas un enfant. Il n'acquiert pas la spécificité humaine dont les autres sont nantis. En dernière analyse cela signifie qu'il est traité comme une chose. L'Église catholique nous enseignait que les enfants non baptisés demeuraient dans les limbes. Un enfant non fondé juridiquement, par les moyens du droit des personnes, est un peu l'enfant des limbes. Sans causalité généalogique, en vertu de liens biologiques reconnus ou de fictions, l'enfant se retrouve dans l'obligation inhumaine de se fonder lui-même.

Des enfants non référés à l'espèce humaine grâce aux artefacts de la généalogie et de la filiation, deviennent « otages du désir », celui devenu sacralisé au détriment de la limite instituée.

Cette limite ne doit pas avoir sa source dans cette autre notion, l'intérêt de l'enfant. Lorsqu'il est question d'identité, l'intérêt de l'enfant ne doit pas devenir un principe premier « nouveau genre ». Notion incluse dans divers articles de législation, dont l'article 30 C.C.B.-C.<sup>91</sup>, l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (L.R.Q., c. P.-34.1), l'intérêt de l'enfant se définit selon des critères de continuité et de stabilité des conditions de vie appropriées aux besoins comme à l'âge d'un enfant. Cette notion, fort large, laisse place à interprétation. Elle ne fait que convenir d'un lieu commun où il devient possible d'argumenter. Et comme a tenu à le souligner Madame Michèle Rivet, alors juge au Tribunal de la jeunesse : « l'intérêt de l'enfant n'est cependant pas une "clause omnibus" qui permet de passer outre aux prescriptions de la Loi. »<sup>92</sup>.

Lorsqu'il est question d'enfant, il est question de filiation et c'est encore autour des fonctions paternelle et maternelle, axes de la limite définie généalogiquement, que la notion d'intérêt de l'enfant doit prendre place. Parler d'enfant dans nos sociétés, c'est d'abord soutenir un sujet qui a été appelé à la vie. Lui demander de se soutenir seul, au nom de son intérêt basé sur les critères soulignés, équivaut à le placer dans une situation piégée d'avance en ce qui a trait à son identité. Notion narcissique, l'intérêt de l'enfant prétend fonctionner au-delà du droit-fonction limitatif. Par exemple, ces cas de divorce où il est demandé à l'enfant de faire le partage entre ses parents : lui ou elle ? On lui demande alors de tout supporter, soit le conflit parental et les miettes de la fragmentation de la famille ; tout cela au nom de son intérêt légitimé par la Loi.

---

91. Cet article a été interprété comme une directive large et généreuse reprise des dispositions de l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 : « Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention de ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner. ». Voir *King c. Low* [1985] 1 R.C.S. 87.

92. (1983) Pr.-J-99, 2085, note 5. Sur l'intérêt de l'enfant voir aussi *Re Enfant Maude Goyette* (1983) C.S. 429, p. 434 ; *Droit-famille-140* (1984) T.J. 2049.

## 9. Bride de droit positif : application des développements précédents

Les développements bio-génétiques risquent de se rendre au point où il sera possible de parler de l'auto-engendrement de l'homme par l'homme. Cette extrême maîtrise comporte-t-elle pour l'humain le pouvoir d'engendrer l'autre, son semblable, en tant qu'objet? Et si cet auto-engendrement, sommet scientifique a tous les symptômes d'une théologie, cette dernière risque d'oublier les principes fondant l'espèce humaine.

Considérant avoir suffisamment appuyé sur la tradition institutionnelle en matière de statut humain, il est temps de se demander s'il existe un moyen pour, d'une part, sauvegarder l'immense héritage occidental en matière d'institution du sujet humain et, d'autre part, permettre à la science de poursuivre son cheminement vers le savoir en matière humaine.

Des réflexions présentées, il y a lieu de tirer cette conclusion : les principes de généalogie et de filiation, le domaine particulier du droit des personnes, doivent demeurer légitimants pour tout être humain, que sa naissance soit due aux connaissances scientifiques ou non.

Sans vouloir anticiper sur l'avenir, il est à prévoir que des enfants devront leur naissance à la principale assistance bio-génétique. Tous les ingrédients et récipients sont là. Nous serons face aux « enfants de la science ». Cela n'est pas sans rappeler Huxley<sup>93</sup>. Cette appellation se compare facilement à ce qui pourrait être son pendant du siècle dernier, les « pupilles de l'État »<sup>94</sup> ou encore les enfants de la Crèche du Québec d'avant la Révolution tranquille.

Une naissance où la science fait figure de « père et mère » est une naissance où de filiation il n'y aurait qu'à s'en disputer le titre, surtout pour ce qui concerne la vérité biologique. Une telle naissance remet donc symboliquement à jour ces fictions : pupilles de l'État, enfants de la Crèche.

Il est aussi possible de mettre en relation une telle naissance non affiliée à une parenté légitime, pour cause scientifique, avec les notions d'enfants incestueux, adultérins, notions qui peu à peu ont été intégrées par la légitimité.

Pour les cas d'enfants incestueux, adultérins jusqu'aux pupilles de l'État, la légitimation par reconnaissance d'une filiation reconnue juridiquement, était perçue comme un bienfait de la Loi<sup>95</sup>.

---

93. Aldous HUXLEY, *Brave New World* London, Triad/Granada, 1983. (Écrit en 1931).

94. Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, p. 663, n° 709, 2<sup>e</sup>.

95. *Id.*, p. 626, n° 670.

Or pour les naissances éventuelles d'êtres « sans raison historique », l'exemple de ces fictions peut être plus qu'utile. Les auteurs Weill et Terré soulignent : « À diverses époques, les fictions peuvent, en matière de filiation, jouer un rôle prédominant. L'artifice, il est vrai, se définit par rapport à la réalité biologique ou à la réalité sociologique. Si l'on néglige, à ce propos, le droit de l'adoption — [...] — l'on constate que le nouveau droit de filiation marque, à un double titre, le recul des fictions. »<sup>96</sup>

La catégorie « pupilles de l'État » comprend, en France les enfants nés de parents inconnus, ou orphelins, ou abandonnés sous diverses formes, elle comprend aussi l'enfant dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue<sup>97</sup>. Si on revient à nos « enfants de la science », on peut les considérer de filiation inconnue. Une telle catégorie pourrait répondre de la difficulté de s'y retrouver en termes de filiation légitime, parce qu'il est presque impossible avec les progrès de la biotechnologie de rapprocher le droit des faits. Les « enfants de la science » pourraient être subséquemment adoptables, selon une filiation reconnue par la Loi, sans plus d'autre question sur la trace des origines.

L'adoption, acte juridique et création de droit, est une fiction que notre héritage occidental a reconnu<sup>98</sup>. Aussi, sans rompre avec nos propres dogmes, les « enfants de la science », contemporains des pupilles de l'État, seraient en position de trouver une statut humain et de se voir garantir des liens de filiation aptes à forger l'identité.

Ayant déjà outrepassé la seule mesure de mon propos : réflexions théoriques sur la notion du statut humain, je laisse là cette bride d'hypothèse. Elle m'apparaît une voie conséquente du long passé juridique, ouverte sur l'avenir.

96. *Id.*, p. 436, *Filiation*.

97. *Id.*, p. 626, n° 670.

98. Héritage romain, l'adoption fut délaissée pour être reprise à la Révolution Française et par la suite incorporée au Code napoléonien. En droit islamique, la filiation adoptive n'existe pas ; une « révélation » vint proclamer qu'il ne pouvait exister aucun lien juridique entre adoptant et adopté, toutefois le droit islamique reconnaît « l'enfant trouvé », celui dont on ignore la filiation. Il est présumé de condition libre, tenu pour enfant de la communauté musulmane ; il sera confié à « l'inventeur », lequel l'entretiendra, Raymond CHARLES, *Le droit musulman*, « Que-sais-je ? », Paris, P.U.F., 1972, p. 60.