

LE STATUT JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN OU L'OSCILLATION ENTRE L'OBJET ET LE SUJET DE DROIT

Marie-Ève Arbour and Mariève Lacroix

Volume 40, Number 1-2, 2009–2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107378ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/10451>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Arbour, M.-È. & Lacroix, M. (2009). LE STATUT JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN OU L'OSCILLATION ENTRE L'OBJET ET LE SUJET DE DROIT. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 40(1-2), 231–268.
<https://doi.org/10.17118/11143/10451>

Article abstract

The writers examine the legal status of the human body, which appears to be hybrid in nature and which thus requires a sui generis approach, due to its emergent nature as both a subject and an object of law. Clarifying its status calls for bioethical considerations pertaining to two aspects. The first relates to a determination of the ultimate limits to human existence, which underscores a conceptual disparity between legal and biological existence. It seems illusory, on the one hand, to grant legal personality before birth, yet prolong personality after death, on the other. If the acquisition of legal personality is to be considered in relation to assisted procreation, scientific evolution and parental choices, the extinction of personality must inevitably depend upon modern scientific technology capable of delaying death. The second aspect relates to a determination of the parameters of protection surrounding the living human body, not only during its existence, but also as a form of respect of the human cadaver and of a person's wishes post mortem. The inviolability of the human person, as a subject of law, is transformed into respect of the human cadaver, an object of law, based on the reverence surrounding human remains.

ARTICLE

LE STATUT JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN OU L'OSCILLATION ENTRE L'OBJET ET LE SUJET DE DROIT*

par Marie-Ève ARBOUR**

Mariève LACROIX***

Les auteures s'interrogent sur le statut juridique du corps humain, lequel apparaît hybride, exigeant une approche sui generis et se situant dans une position médiane entre les catégories d'objet et de sujet de droit. Un positionnement – certes nécessaire – sur le statut juridique du corps humain engage une réflexion bioéthique contemporaine sur deux aspects. Dans un premier temps, la détermination des pôles de l'existence juridique peut poser problème en raison du « décalage » des temps juridique et biologique : on plaide en vain pour anticiper l'avènement de la personnalité juridique, d'une part, et pour la prolonger au-delà de la mort, d'autre part. Si l'acquisition de la personnalité juridique doit être considérée en conjonction avec la procréation assistée et les projets scientifique et parental, son extinction ne peut qu'être tributaire des technosciences qui tendent à une prolongation de l'ultime fatalité. Dans un second temps, le traçage des pourtours de l'intégrité du corps humain se révèle dans une protection de l'intégrité du corps humain vivant, durant l'existence humaine, et se poursuit par un respect du cadavre, au moment de sa mort, et du prolongement de ses volontés par les vivants. Cette inviolabilité de la personne humaine, sujet de droit, se meut en un respect du cadavre, objet de droit, fondé sur le respect dû à la dépouille mortelle.

The writers examine the legal status of the human body, which appears to be hybrid in nature and which thus requires a sui generis approach, due to its emergent nature as both a subject and an object of law. Clarifying its status calls for bioethical considerations pertaining to two aspects. The first relates to a determination of the ultimate limits to human existence, which underscores a conceptual disparity between legal and biological existence. It seems illusory, on the one hand, to grant legal personality before birth, yet prolong personality after death, on the other. If the acquisition of legal personality is to be considered in relation to assisted procreation, scientific evolution and parental choices, the extinction of personality must inevitably depend upon modern scientific technology capable of delaying death. The second aspect relates to a determination of the parameters of protection surrounding the living human body, not only during its existence, but also as a form of respect of the human cadaver and of a person's wishes post mortem. The inviolability of the human person, as a subject of law, is transformed into respect of the human cadaver, an object of law, based on the reverence surrounding human remains.

*. Ce texte constitue une version partielle et largement remaniée du rapport québécois intitulé *Le statut juridique du corps humain* présenté par les auteures aux Journées de l'Association Henri Capitant tenues en Suisse au mois de juin 2009.

** Professeure aux Facultés de droit de l'Université Laval et de l'Università del Salento (Italie)

*** Chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheuse au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de l'Université McGill et doctorante à la Faculté de droit de l'Université Laval.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	233
SECTION I La détermination des pôles de l'existence juridique.....	239
A. L'acquisition de la personnalité juridique : « naître ou ne pas être? »	240
(1) La procréation assistée et le projet scientifique.....	246
(2) La procréation assistée et le projet parental	249
B. L'extinction de la personnalité juridique : « de l'être à l'avoir... été? »	251
SECTION II Les pourtours de l'intégrité du corps humain	254
A. L'inviolabilité d'une personne humaine sujet de droit.....	255
B. Le respect d'un cadavre objet de droit.....	262
CONCLUSION	267

INTRODUCTION

Il serait sans doute possible de déterminer les paramètres du statut juridique du corps humain pour peu que l'on définisse préalablement au moins trois notions : celles de *personne*, de *sujet de droit* et d'*être humain*. Prétendre y parvenir relèverait de la témérité intellectuelle ou de la banalisation d'un débat millénaire¹, voire – pire encore – d'un aveuglement méthodologique volontaire destiné à occulter leur inhérente polysémie; non seulement parce qu'il n'est pas certain que la tâche échet au juriste², mais aussi parce que les idiosyncrasies propres à l'interprète du droit relèguent la neutralité scientifique à laquelle il aspire au rang d'un vœu pieux³. Doit-on pour autant renoncer, tout court, à appréhender le sujet? Non pas. Le statut du corps humain comporte une dimension normative qui se prête à l'analyse, si l'on fait amende honorable de renoncer à toute forme d'objectivité épistémologique, et après avoir accepté – dans le sillage tracé par le doyen Carbonnier – « [...] de pivoter sur des nuages »⁴.

Pour les civilistes québécois, le point de départ se situe dans un droit positif qu'éclaire la trajectoire conceptuelle franco-allemande, mais qui s'en démarque par la symbiose qu'il propose

-
1. C'est ce que rappelle notamment François Terré, « Génétique et sujet de droit » (1989) 34 Arch. phil. dr. 159.
 2. C'est ici la problématique de la perte de contact entre les choix bioéthiques, le débat démocratique et l'espace décisionnel dévolu à la science qui est soulevée.
 3. Selon certains, le relativisme et l'émotivisme inhérents à la réflexion bioéthique moderne expliquent « [...] l'incapacité [de la littérature bioéthique] d'élaborer des théories capables de produire une entente rationnellement motivée autour des normes à imposer », voir Yvette Lajeunesse et Lukas K. Sosoe, *Bioéthique et la culture démocratique*, Montréal, L'Harmattan, 1996 à la p. 14 [*Bioéthique et la culture démocratique*]. Pour un premier contact avec la matière, voir Guy Durand, *Introduction générale à la bioéthique : histoire, concepts et outils*, Saint-Laurent, Fides, 2005; Marie-Hélène Parizeau, « Bioéthique », dans Monique Canto-Sperber, dir., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996 aux pp. 184-190.
 4. Jean Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit » (1989) 34 Arch. phil. dr. 197.

entre le *Code civil du Québec*⁵ et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶ et, dans une moindre mesure, la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷, éclipsant la dialectique des droits subjectifs et des droits objectifs qui a longtemps tourmenté la doctrine⁸. À vrai dire, le droit civil québécois s'accommode plutôt bien de principes malléables et poreux – ces « épigones des *Droits de l'Homme* »⁹ – qu'hébergent les Chartes québécoise et canadienne ou les toutes premières dispositions du Code civil¹⁰.

On sait que la *personne*, en son sens étymologique *persona*, révèle le « masque de théâtre »¹¹ qui tend à se détacher de l'acteur

-
5. L.Q. 1991, c. 64 [C.c.Q.].
 6. L.R.Q., c. C-12 [Charte québécoise].
 7. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [Charte canadienne].
 8. En témoigne la disposition préliminaire du C.c.Q. Depuis environ trois décennies, une approche symbiotique au C.c.Q. et à la Charte québécoise a permis en quelque sorte de réconcilier le jusnaturalisme et le *ius positivum*. Montesquieu observerait que le juge québécois n'a jamais incarné l'image métaphorique de la bouche de la loi : habile jongleur, il est plutôt appelé à conjuguer des principes généraux du droit avec des raisons politiques et des règles de droit posé.
 9. L'expression est empruntée à Adrian Popovici, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil » (2000) 34 R.J.T. 607 à la p. 615.
 10. Beaucoup a été écrit sur les rapports unissant le droit civil et le droit constitutionnel. À titre indicatif, voir Jean-Louis Baudouin, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975) 53 R. du B. can. 715; H. Patrick Glenn, « La Cour suprême du Canada et la tradition de droit civil » (2001) 80 R. du B. can. 151. Un auteur évoque même une « contamination sournoise et pernicieuse » du droit privé par le droit constitutionnel, voir *supra* note 9 à la p. 612.
 11. Oscar Bloch et Walther von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 11^e éd., Paris, PUF, 1996; Jacqueline Picoche, *Dictionnaire étymologique du français*, Paris, Le Robert, 1997; Rémy Cabrillac, « Libres vagabondages à propos de la notion de personne », dans *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005 à la p. 720. Sur cette même notion, voir notamment Anne Lefebvre-Teillard, « Personne », dans Denis Alland et Stéphane Rials dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/LAMY, 2003; Pierre Basile Mignault, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil » de Frédéric Murlon avec revue de la jurisprudence de*

et à traduire le rôle qu'il joue dans la société. Sous cet angle, elle prend la forme d'une notion métajuridique¹². Au Québec comme ailleurs, la *personne*¹³ ne coïncide pas toujours avec la notion plus philosophique de *sujet de droit*, laquelle englobe d'autres entités, dont les associations, les États ou les sociétés par actions. Gravitant autour de la notion d'*être humain*¹⁴, elle recoupe la personnalité juridique¹⁵, c'est-à-dire une *aptitude générale à*

nos tribunaux, t. I, Montréal, C. Théoret, 1895 à la p. 129; Jean-Marc Trigaud, « La Personne » (1989) 34 Arch. phil. dr. 103.

12. Fidèle au *Code Napoléon* [C.N.], le C.c.Q. énonce à sa disposition préliminaire qu'il régit les « principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». Il est notamment complété de la *Loi sur le curateur public*, L.R.Q., c. C-81; *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1; *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.R.Q., c. P-38.001.
13. Sur le sujet, voir Aude Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
14. Ici, le droit québécois prend ses distances de l'approche séculière proposée aux États-Unis, voir H. Tristram Engelhardt Jr., *The Foundations of Bioethics*, New York, Oxford University Press, 1986 aux pp. 104 et 105, qui dissocie les concepts d'*être humain* et de *personne* afin de pouvoir soutenir l'idée de l'inégalité entre les hommes et, de manière corollaire, leur traitement différent. Cette conclusion est partagée par Peter Singer, *Rethinking Life and Death. The Collapse of our Traditional Ethics*, New York, St-Martin's Press, 1994 à la p. 190.
15. L'article 1 C.c.Q., qui reprend la lettre de l'article 18 du *Code civil du Bas-Canada*, L.Q. 1980, c. 39 [C.c.B.-C.] adopté en 1971, ne souffre d'aucune ambiguïté en ce sens. Il édicte : « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils ». Il en va de même du Préambule et de l'article 1 de la Charte québécoise : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. Il possède également la personnalité juridique .» L'article 16 C.N. assure : « [...] la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». L'apparition de la locution « être humain » au sein du C.c.Q. semble être le fruit du mariage de deux disciplines historiquement isolées (les rapports entre personnes et ceux les opposant à l'État). De son côté, la personnalité est entendue dans un sens empirique et évolutif, soit l'« ensemble des caractéristiques inhérentes et spécifiques de la personne qui la distingue de toute autre personne », voir Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008 au n° 81 [*Le droit des personnes*

devenir sujet de droit, à avoir la pleine jouissance des droits civils (objectifs)¹⁶. Les prérogatives qui se rattachent à la personnalité juridique sont également reflétées par la reconnaissance de droits fondamentaux (subjectifs, cette fois) pour lesquels toute atteinte est sanctionnée par une contrainte juridique¹⁷. De tels droits revêtent des caractères propres : ils sont extrapatrimoniaux (car dépourvus de valeur pécuniaire en soi), intransmissibles¹⁸, incessibles¹⁹, insaisissables²⁰ et imprescriptibles²¹. Ces caractéristiques ne possèdent pas un caractère absolu et invitent à la nuance. Certains attributs de ces droits peuvent, en diverses circonstances, faire l'objet de conventions à caractère patrimonial, dont l'exploitation commerciale du nom ou de l'image²². Un tel phénomène de contractualisation ne s'étend toutefois pas à toutes les parties détachées du corps humain, qui demeurent généralement hors commerce²³. Le Code civil tend ainsi à un équilibre par l'arbitrage de l'ordre public et de l'autonomie de la

physiques]. La personne humaine est donc considérée dans sa globalité et sa réalité à la fois biologique, psychologique et sociale.

16. Il importe de distinguer la jouissance de l'exercice des droits civils, voir Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993 aux pp. 3 et 4.
17. Charte québécoise, *supra* note 6, art. 49; art. 1457 C.c.Q. À titre indicatif, voir Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 2007 au n° 1-266.
18. Art. 625, al. 3 C.c.Q.; art. 1610, al. 2 C.c.Q.
19. Art. 3, al. 2. C.c.Q.
20. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 [C.p.c.], art. 552 et ss.
21. Art. 2876 C.c.Q.
22. *Le droit des personnes physiques*, *supra* note 15 n° 83. Sur la renonciation à l'exercice des droits de la personnalité, voir notamment Maxime Lamothe, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes*, collection Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 2007.
23. Art. 25 C.c.Q. À ce propos, voir Suzanne Gascon, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, collection Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1993 aux pp. 51 et ss. [*Utilisation médicale et commercialisation du corps humain*]; Marie-Ange Hermitte, « Le corps hors du commerce, hors du marché » (1988) Arch. phil. dr. 339.

volonté; des intérêts individuels et de ceux collectifs : c'est du moins ce qu'enseignent les manuels de droit privé.

Mais l'évolution de la science et de la technique a modulé les rapports entre individus à telle enseigne²⁴ que le couple autonomie de volonté/ordre public ne suffit plus à arbitrer entre les intérêts divergents qui entrent en conflit, parce qu'ils ne sont plus réductibles à une simple affaire privée. En tiennent pour preuve les processus de fusion homme-animal et d'homme-machine, qui ébranlent plusieurs idées reçues au fur et à mesure que l'Homme s'approprie l'Homme – dans l'optique d'une « auto-instrumentalisation » et d'une « auto-optimisation »²⁵ – et que la nature prend la forme d'un simple événement contingent. À elle seule, cette nouvelle prospective ne marque pas la désuétude *hic et nunc* d'une tradition civiliste qui a survécu à plusieurs révolutions, mais elle contribue à tout le moins à embrouiller la dialectique des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, et, plus généralement, à ébranler les catégories propres au droit civil. Sous cet angle, les mutations scientifiques et techniques forcent un rééquilibrage des composantes collective et individuelle qui sous-tendent le droit privé québécois, à travers le prisme de la notion évanescence – et kantienne²⁶ – de dignité de la personne²⁷. De ce contexte, émerge la problématique suivante : dans quelle mesure l'évolution de la science et de la technologie infléchit-elle les paramètres du statut juridique du corps humain?

24. À propos, plus généralement, de l'impact de la science sur le droit, voir Guy Bourgault, « L'éthique et le droit, quand les fondations sont ébranlées » (1993) 34 C. de D. 517; Guy Bourgault, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales*, Montréal, PUM, 1990.

25. Jürgen Habermas, *L'avenir de la nature humaine : vers un eugénisme libéral?*, trad. par Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2002 à la p. 37.

26. À ce sujet, sur le versant philosophique, voir Thomas De Koninck, *De la dignité humaine*, Paris, PUF, 1995.

27. Cette dichotomie a déjà été mise en relief dans Marie-Josée Bernardi, « Diversité génétique humaine : éléments d'une politique » (2001) 35 R.J.T. 327.

Une intervention récente du Parlement fédéral avec la *Loi sur la procréation assistée*²⁸ reconfigure le cadre législatif flexible et minimaliste que propose le Code civil, alors qu'elle pose avec grande minutie de nouvelles balises à la procréation assistée, la recherche scientifique et l'autonomie des personnes²⁹. Tel que reconfiguré par le Parlement fédéral, le statut juridique du corps humain se trouve propulsé aux confins de trois courants épistémologiques convergents : le positivisme juridique et son double, la méthode exégétique³⁰, la philosophie libérale anglo-américaine, et un jusnaturalisme de matrice constitutionnelle, perméable au développement de droits fondamentaux³¹. Deux aspects de la réflexion bioéthique contemporaine tendent à confirmer cette hypothèse : soit la détermination des pôles de

-
28. L.C. 2004, c. 2 [LPA]. La LPA est entrée en vigueur le 22 avril 2004, à l'exception des articles 8, 12, 14 à 19, 21 à 59, 72 et 74 à 77. Les articles 21 à 24 (sauf les alinéas 24(1) a), e) et g)), 25 à 39, 72, 74, 75 et 77 sont entrés en vigueur le 12 janvier 2006. À ce jour, les articles 12, 14 à 19, 24(1) a), e) et g), 40 à 59 et 76 ne sont toujours pas en vigueur et aucun règlement n'a été adopté sous son égide.
29. La Cour d'appel a toutefois conclu à son caractère partiellement anticonstitutionnel, bien que les dispositions les plus pertinentes à la présente étude ne soient pas visées. À ce sujet, voir *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2, [2008] R.J.Q. 1551 (C.A.)*. Sur l'aspect du partage des compétences, voir notamment Guy Tremblay, « La compétence fédérale et le projet de loi sur la procréation assistée » (2003) 44 C. de D. 519 qui exprime des doutes quant à la constitutionnalité de certains articles; *contra* Jocelyn Grant Downie, Jennifer Llewellyn et Françoise Baylis, « A Constitutional Defence of the Federal Ban on Human Cloning for Research Purposes » (2005) 31 Queen's L.J. 353.
30. Soulignons que Kelsen ne considérait pas la notion de sujet de droit comme étant indispensable au droit, mais plutôt comme étant une notion auxiliaire qui en facilite la description, voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 225 [Kelsen]. Kelsen préconisait par ailleurs la dissolution du concept de personne, afin d'exprimer une « attitude pleinement universaliste et objectiviste », voir *ibid.* à la p. 253.
31. Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire : droit, individu et pouvoir de l'École du droit naturel à l'École du droit historique*, Paris, PUF, 1991 aux pp. 236 et ss.

l'existence juridique (Section I) et le traçage des pourtours de l'intégrité du corps humain (Section II).

SECTION I LA DÉTERMINATION DES PÔLES DE L'EXISTENCE JURIDIQUE

Si nul ne conteste désormais que la personne humaine jouit de droits de la personnalité jusqu'à sa mort par le fait même de son existence, le point de départ de cette existence demeure en revanche ambigu³². À l'image du pendule de Foucault, d'un questionnement sur la qualité de *sujet de droit* (naissance) se meut une interrogation sur la détermination de l'*objet de droit* (mort)³³. Les repères immuables de la naissance et de la mort posent problème, se complexifient et se détachent de cette simplicité jadis affirmée et fortement imprégnée de la morale religieuse³⁴. Au royaume des vivants et à celui des morts – la cloison est parfois mince³⁵ – se juxtapose un « troisième royaume »³⁶, qui oscille entre les « morts vivants » et les « morts en sursis »³⁷. Le décalage qui sépare les temps juridique et biologique oblige-t-il à questionner les rapports entre l'être humain et le sujet de droit? Alors que l'existence juridique tend à se distancier de

32. Robert P. Kouri, « Réflexions sur la nécessité d'une définition de la mort » (1983) 13 R.D.U.S. 447 [Kouri]. Selon Kouri : « La personne humaine, de son vivant titulaire de droits et d'obligations, traverse une frontière et devient cadavre – un objet de respect certes mais tout de même un objet », voir *ibid.* à la p. 448.

33. Ce questionnement avait déjà retenu l'attention d'Édith Deleury, en 1976, dans le cadre des travaux de l'Association Henri-Capitant, voir Édith Deleury, « Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit » (1976) 17 C. de D. 265.

34. Ces tensions ont été abordées dans Henri Mbulu, « Le clonage humain et les usages polémiques de la dignité humaine » (2003) 44 C. de D. 237.

35. Jean-Louis Baudouin, « Rapport général », dans Travaux de l'Association Henri-Capitant, *Le corps humain et le droit (Journées Belges)*, t. 26, Paris, Dalloz, 1975 aux pp. 175 et ss.

36. Jean-Louis Baudouin, « L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil » (1970) 5 R.J.T. 217 à la p. 230.

37. Jean-Louis Baudouin et Danielle Blondeau, *Éthique de la mort et droit à la mort*, Paris, PUF, 1993 à la p. 27.

l'existence humaine suivant son acception purement biologique, on plaide en vain pour anticiper l'avènement de la personnalité juridique, d'une part (Sous-section A), et pour la prolonger au-delà de la mort, d'autre part (Sous-section B).

A. L'acquisition de la personnalité juridique : « naître ou ne pas être? »

Naître vivant³⁸ et viable³⁹ emporte l'acquisition de la personnalité juridique et, avec elle, l'attribution de droits subjectifs⁴⁰. Cela recouvre notamment les cas de successions⁴¹, de substitutions⁴², de fiducies⁴³, de donations⁴⁴ et de bénéfices

38. Pour naître vivant, l'enfant sorti du sein de sa mère doit avoir respiré complètement, et ce, même s'il meurt peu de temps après la naissance. Une présomption *juris tantum* prévaut : il sera présumé viable. Repose alors sur la personne qui conteste cet état de fait le fardeau d'établir la preuve de la non-viabilité. Voir par ex. *Allard c. Monette*, (1928) 66 C.S. 291.

39. La viabilité se définit comme étant « l'aptitude à survivre par soi-même, ce qui n'exclut toutefois pas la présence de soutien extérieur ». Elle se rattache au potentiel de survie, sujet aux progrès de la périnatalité, et déterminé par expertise médicale. Voir Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 au n^o 98.

40. Une fois la personnalité juridique acquise, elle rétroagit par l'effet d'une fiction du droit civil à la date de sa conception; fiction à laquelle on a recours pour protéger les intérêts patrimoniaux futurs du fœtus. Elle matérialise en droit positif la maxime latine « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », c'est-à-dire : « L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de l'intérêt de celui-ci », voir Albert Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 225. Voir également *ibid.* aux n^{os} 103 et ss.; *supra* note 15 aux n^{os} 10-16. D'application générale cette fiction juridique octroie à l'enfant né vivant et viable, outre la pleine jouissance de ses droits civils dès la naissance, le bénéfice de ses droits d'action acquis pendant sa vie intra-utérine. Par exemple, voir *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456.

41. Art. 617, al. 1 C.c.Q.

42. Art. 1239, al. 1; 1242, al. 1 C.c.Q.

43. Art. 1279, al. 1 C.c.Q.

44. Art. 439; 1814, al. 1; 1840, al. 1 C.c.Q.

d'assurances⁴⁵, de même que les actions en responsabilité civile pour le préjudice causé *in utero*⁴⁶. À la différence du versant criminel⁴⁷ et devant l'absence d'un positionnement législatif clair⁴⁸ quant au moment de la naissance, la Cour suprême a dû, lors de l'arrêt *Tremblay c. Daigle*⁴⁹ rendu dans le sillage des affaires *R. c.*

45. Art. 2447, al. 1 C.c.Q.

46. Louise Langevin, « Entre la non-reconnaissance et la protection : la situation juridique de l'embryon et du fœtus au Canada et au Québec » (2004) 56 R.I.D.C. 39; Marie-Josée Bernardi, *Le droit à la santé du fœtus au Canada*, Montréal, Thémis, 1995; Robert P. Kouri, « Réflexions sur le statut juridique du fœtus » (1980-81) 15 R.J.T. 193 [*Statut juridique du fœtus*]. Dans le contexte de la common law, voir l'intéressante décision *Dobson (Tuteur à l'instance) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753 [*Dobson (Tuteur à l'instance) c. Dobson*], où la Cour a statué qu'un enfant ne peut poursuivre sa mère pour les dommages subis *in utero* par la faute de celle-ci. Voir également Sandra Rosier et Denis Boivin, « L'affaire *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson* : un conflit entre la réalité et la théorie » (1999-2000) 31 R.D. Ottawa 283; Suzanne Philips-Nootens, « La Cour suprême face à la vie, face à la mort : de valeurs et de droits » (2000) 79 R. du B. can. 145 [*Cour suprême face à la vie, la mort*]; Alexandre-Philippe Avard et Bartha Maria Knoppers, « L'immunité légale de la femme enceinte et l'affaire *Dobson* » (2000) 45 R.D. McGill 315.

47. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 [*Dictionnaire de droit québécois*] (sous « naissance »). Voir également Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2007 [*Vocabulaire juridique*] (sous « naissance »).

48. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 223(1) [C.Cr.] définit le moment où un enfant devient un être humain : « Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère : a) qu'il ait respiré ou non; b) qu'il ait ou non une circulation indépendante; c) que le cordon ombilical soit coupé ou non ».

49. [1989] 2 R.C.S. 530 [*Daigle c. Tremblay*]. Voir Keyserlingk EW, « The Unborn Child's Right to Prenatal Care », McGill Legal Studies, No.5, Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, Montreal, 1984; Donna Greschener, « Abortion and Democracy for Women : A Critique of *Tremblay v. Daigle* », (1989-90) 35 R.D. McGill 633; Monique Ouellette, « Et maintenant... le fœtus? », dans S.F.P.B.Q., *Droit et enfant*, vol. 13, Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 39; Jean Rhéaume, « *Daigle* : un oubli des questions de droit civil et constitutionnel? » (1990) 21 R.G.D. 151; Suzanne Philips-Nootens, « Être ou ne pas être... une personne juridique : variations sur le thème de l'enfant conçu », dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p. 197; Paul-André Crépeau, « L'affaire *Daigle* et la

*Morgentaler*⁵⁰ et *Roe v. Wade*⁵¹, poser les paramètres du sujet de droit. L'affaire est née des doléances d'un père ayant tenté, pour sauver sa progéniture d'une mort certaine, d'empêcher son ex-conjointe de subir un avortement. Afin de déterminer si le fœtus est un « [...] être humain [qui] a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne » au sens de l'article premier de la Charte québécoise, la Cour préconise une approche résolument téléologique. Elle écarte explicitement les instruments interprétatifs métaphysiques, philosophiques ou théologiques qui auraient pourtant permis de préciser la portée du vocable anthropologique *être humain*, se refusant par ailleurs d'abandonner le sort du litige à une analyse terminologique ou linguistique trop simpliste⁵². Elle préfère plutôt dégager l'intention du législateur en recentrant le débat autour du contexte sociojuridique qui a présidé à l'adoption, en 1975, de la Charte québécoise. En substance, elle infère du silence du législateur quant au moment de l'acquisition de la personnalité juridique une absence de volonté d'attribuer au fœtus un droit à la vie⁵³; une solution qu'étaierait, du reste, le tissu normatif découlant de la maxime *Infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur*, laquelle ne reconnaît à l'enfant à naître que certains droits de nature purement patrimoniale (sous la condition suspensive qu'il naisse vivant et viable). Il faut dire que la mise en relation des concepts de *personne* et d'*être humain* tend à confirmer cette hypothèse, pour peu que l'on prenne acte du fait qu'une *personne* peut être *physique* ou *morale*. Cette subtilité n'a pas échappé à feu le juge Tourigny, dissidente en Cour d'appel, qui constatait ce qui suit : « [...] si toute personne n'est pas un être humain, parce qu'il peut y avoir des personnes morales et des personnes

Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p. 217.

50. [1988] 1 R.C.S. 30.

51. (1973) 410 U.S. 113.

52. *Daigle c. Tremblay*, *supra* note 49 à la p. 544.

53. Voir notamment Michèle Rivet, « La situation juridique de l'enfant non encore né au Canada (Droit civil) », dans *Travaux du treizième Colloque international de droit comparé*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1978 à la p. 73.

physiques, tout être humain est cependant une personne »⁵⁴. Et parce seule une *personne* possède la personnalité juridique, un fœtus n'est pas une personne; il ne détient aucun droit extrapatrimonial à la protection de sa vie⁵⁵. Compléter ce syllogisme porte à affirmer que si un fœtus n'est pas une personne, il n'est pas non plus un *être humain*; une conclusion qui n'est possible qu'au prix de l'extraction complète de la locution de son contexte anthropologique. La quadrature du cercle est ici révélée : le droit s'isole et se suffit à lui-même.

L'exégèse de la toute première disposition du Code civil aurait pu porter à un résultat opposé, si l'on eût agréé l'idée qu'un fœtus est bien un *être humain* (à tout le moins en formation). Cette clef de lecture anthropojuridique lui aurait permis de revendiquer un droit extrapatrimonial et « naturel à la vie »⁵⁶ attaché à sa personnalité juridique et opposable à sa mère. C'est d'ailleurs l'interprétation qu'avaient préconisée la Cour supérieure⁵⁷ et la Cour d'appel⁵⁸, en procédant – à l'instar, paradoxalement, de la Cour suprême – à un renvoi analogique au domaine de la protection des droits patrimoniaux (dont la double condition de vie et de viabilité portant sur les qualités pour succéder⁵⁹), afin de reconnaître au fœtus la personnalité juridique. Ici encore, la thèse présente une double faiblesse méthodologique : d'abord, parce qu'elle suggère que la reconnaissance d'un droit patrimonial emporte la qualité de sujet de droit – ce qui apparaît tout à fait incertain⁶⁰ –; et ensuite, parce qu'elle semble réfractaire à l'idée

54. *Daigle c. Tremblay*, [1989] R.J.Q. 1735 à la p. 1756 (C.A.) (j. Tourigny, dissidente).

55. *Ibid.*

56. *Ibid.* à la p. 1739 (j. Bernier).

57. *Tremblay c. Daigle*, [1989] R.J.Q. 1980 (C.S.).

58. *Supra* note 54.

59. Art. 617, al. 1 C.c.Q. Sur une réitération de la double condition de vie et de viabilité, voir art. 1840, al. 1 C.c.Q. (donation par contrat de mariage ou d'union civile); art. 2373 et 2374 C.c.Q. (rente viagère); art. 2447, al. 1 C.c.Q. (assurances).

60. Une opinion différente est exprimée par Patrice Garant, « Droits fondamentaux et justice fondamentale », dans Gérald Armand Beaudoin et Edward Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd.,

(trop orthodoxe?) de faire coïncider le moment de l'acquisition de la personnalité juridique avec celui de la conception, une interprétation qui se serait d'ailleurs posée en porte-à-faux des conclusions dégagées de l'arrêt *Morgentaler*. Il faut donc conclure que la solution jurisprudentielle compromissive esquissée par la Cour s'effectue en marge des constructions doctrinales sur lesquelles s'érigent les théories portant sur le sujet de droit.

À l'issue de l'arrêt *Daigle c. Tremblay*, il appert plutôt que l'acquisition de la personnalité juridique est tributaire du temps, entendu comme étant un moment juridique qui n'est pas réductible à l'existence biologique, ni même à la séquence zygote-embryon-fœtus. Sous cet angle, l'*infans conceptus* prend la double forme d'un non-sujet de droit qui existe pourtant ou d'un objet de droit singulier, qui échappe aux règles relatives à la propriété ou au droit des contrats. Mais ce statut juridique vaporeux emporte une conséquence redoutable sur le plan constitutionnel, puisqu'il faudra admettre que l'*infans conceptus* évolue, au Canada comme aux États-Unis, en marge des Chartes des droits et libertés⁶¹ : il n'est pas une « personne constitutionnelle »⁶². Profitant du

Montréal, Wilson & Lafleur, 1989 à la p. 383; *Statut juridique du fœtus*, supra note 46.

61. Sur l'aspect éthique de la question de l'autonomie de la femme enceinte, voir Michel Morin, « Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu » (1997) 42 R.D. McGill 199; Hugues Létourneau, « Le fœtus, une question de droit ou de bon sens? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de la jeunesse (1998)*, vol. 101, Cowansville, Yvon Blais à la p. 59; Michel T. Giroux, « L'autonomie de la femme enceinte et la protection de l'enfant à naître : une perspective éthique », dans S.F.C.B.Q., *Autonomie et protection (2007)*, vol. 261, Cowansville, Yvon Blais à la p. 33. Sur une application (critiquable) de l'arrêt *Daigle c. Tremblay*, supra note 49 et de la non-reconnaissance au fœtus du statut de personne, la Cour suprême du Canada, dans *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner la garde en établissement d'une femme enceinte qui inhalait des vapeurs de solvant pour la faire traiter et protéger conséquemment le fœtus.

62. Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Knopf, 1993 aux pp. 109 et ss.

bénéfice d'un saine recul historique, confessons que la relecture de l'arrêt *Daigle* induit le sentiment que les conclusions auxquelles parvient la Cour sont davantage dictées par la condition de la mère que par celle du fœtus. Si la Cour suprême canadienne n'a pas – à la différence de sa consœur américaine – proclamé un droit des femmes à la libre procréation, voire « à la liberté » (un oxymoron dérivé de la *privacy*), en revanche elle ne peut avoir été insensible aux revendications féministes qui expliquent et sous-tendent les affaires *Roe v. Wade* et *R. c. Morgentaler* comme d'autres décisions⁶³. Le contexte est donc plus étroit qu'il n'y paraît, parce qu'il demeure confiné à l'hypothèse du fœtus *in utero*.

Cette digression permet de comprendre pourquoi le défi contemporain porte plutôt sur la détermination du statut juridique du fœtus *ex utero*. Comment protéger de l'appétit scientifique un non-sujet de droit demain brevetable⁶⁴, conçu *in*

63. La nature particulière du lien unissant la mère à son enfant a quelquefois été évoquée par les tribunaux dans le contexte des actions intentées par les enfants contre leur mère pour le préjudice subi *in utero* : voir par ex. aux États-Unis, *Stallman c. Youngquist*, 531 N.E. 2d 355 (1988), où la Cour précise que : « The relationship between a pregnant woman and her fetus is unlike the relationship between any other plaintiff and defendant. [...] No other defendant must go through biological changes of the most profound type, possibly at the risk of her own life, in order to bring forth an adversary into the world. It is, after all, the whole life of the pregnant woman which impacts on the development of the fetus », et, en common law canadienne, *Dobson (Tuteur à l'instance) c. Dobson*, *supra* note 46 au par. 25, où la Cour énonce ce qui suit : « La relation singulière entre la future mère et le fœtus permet de trancher le présent pourvoi. Aucune autre relation dans la vie d'un être humain ne peut servir d'élément de comparaison. C'est pour cette raison qu'il ne peut y avoir aucune analogie entre l'action exercée par un enfant pour négligence commise avant sa naissance contre le tiers auteur d'un délit et celle qu'il dirige contre sa mère » [italiques ajoutés].

64. Ceci évoque l'affaire *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45. En doctrine, sur ce thème, voir E. Richard Gold, « Biomedical Patents and Ethics : A Canadian Solution » (2000) 45 R.D. McGill 413; Bartha Maria Knoppers, « Status, Sale and Patenting of Human Genetic Material: An International Survey » (1999) 22 *Nature Genetics* 23; Richard Gold et Timothy A. Caulfield, *Human Genetic*

vitro, susceptible d'être fusionné, implanté, congelé, modifié, abandonné? Dans quelle mesure? Le cadre législatif lacunaire entourant le diagnostic prénatal ou préimplantatoire (Paragraphe 2), ainsi que l'interdiction de choix eugéniques (Paragraphe 1) témoignent du statut hybride d'un objet-sujet graduellement titulaire d'un droit à l'intégrité inchoatif et partiel, configuré par les droits, libertés et intérêts d'autrui; ceux des chercheurs⁶⁵ et des parents.

(1) La procréation assistée et le projet scientifique

N'eût été de l'intervention du Parlement fédéral, le droit québécois et canadien demeurerait, en matière de procréation assistée, confiné à une zone de droit gris⁶⁶. Inspiré du *Human Fertilisation and Embryology Act*⁶⁷, le préambule de la LPA énumère les principes qui président à son adoption, c'est-à-dire la protection et la promotion de la santé *in primis* celle des femmes, la sécurité, la dignité, le respect du consentement libre et éclairé, l'absence de discrimination entre les personnes qui souhaitent recourir aux techniques de procréation assistée⁶⁸, l'interdiction de la commercialisation des fonctions reproductives, la préservation

Inventions, Patenting and Human Rights, Edmonton, Health Law Institute, 2003 à la p. 26; Canada, Comité consultatif canadien de la biotechnologie, *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada*, Ottawa, juin 2002.

65. Voir notamment Barbara Billingsley et Timothy A. Caulfield, « The Regulation of Sciences and the Charter of Rights : Would a Ban On Non-Reproductive Human Cloning Unjustifiably Violate Freedom of Expression? » (2004) 29 *Queen's L.J.* 647.

66. Celui-ci est délimité, en matière de recherche financée par l'État, par le document suivant : IRSC, CRSH, SRSNG, *Énoncé de politique des trois conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Canada, 2005, de même que par le *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (1024 - essais cliniques)* D.O.R.S./2001-203. Sur le sujet, voir Mathieu Gagné, « Réflexions sur l'ensemble normatif dans lequel s'organise la régulation des médicaments » (2006) 37 *R.D.U.S.* 59 aux pp. 102 et ss.

67. (U.K.) 1990, c. 37.

68. Ce qui permet, par exemple, aux couples homosexuels d'avoir accès à de tels services.

et la protection de l'individualité et de la diversité humaines, de même que l'intégrité du génome humain.

Bien qu'elle soumette certains actes à l'obtention d'une autorisation préalable délivrée par une agence créée à cette fin (Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée)⁶⁹, la LPA préconise une technique législative qui sied fort mal à l'étude en question, mais qui s'explique probablement au regard de la compétence qui la légitime. À l'instar du *Code criminel*, elle énumère de manière exhaustive les pratiques interdites, s'exposant à devenir graduellement désuète au fil des découvertes scientifiques⁷⁰. La pondération entre les valeurs collectives et individuelles incite le législateur à encadrer la recherche scientifique dans le but d'assurer la pérennité des générations futures à travers la protection du génotype naturel. Avalisant les principes cristallisés dans certains instruments internationaux⁷¹ et les conclusions présentées par la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction – la « Commission Baird »⁷² –, la LPA interdit plusieurs formes de manipulations génétiques, dont le clonage à des fins reproductives, la création d'hybrides⁷³ ou de chimères⁷⁴ dans le but de les transplanter dans

69. *Supra* note 28, art. 10 : La modification, la manipulation, le traitement, l'utilisation d'un embryon *in vitro* ou de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon est conditionnel à l'obtention d'une autorisation, de même que les actes qui visent à obtenir, conserver, céder, éliminer, importer ou exporter tout ou partie d'un ovule ou d'un spermatozoïde dans le but de créer un embryon; ou un embryon *in vitro* dans n'importe quel but. De même, la transgénèse est-elle également soumise à l'obtention d'une autorisation préalable (art. 11).

70. Sylvie Border, Sabrina Felman et Bartha Maria Knoppers, « Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada » (2007) 1 McGill Health L. Publication 83 à la p. 86.

71. Parmi eux, voir la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme* (art. 11), signée sous l'égide des Nations unies en 1997.

72. C.P. 1989-2150, 25 octobre 1989.

73. *Supra* note 28, art. 3. La LPA définit l'hybride comme étant : « a) Ovule humain fertilisé par un spermatozoïde d'une autre forme de vie; b) ovule d'une autre forme de vie fertilisé par un spermatozoïde humain; c) ovule humain dans lequel a été introduit le noyau d'une cellule d'une autre forme de vie; d) ovule d'une autre forme de vie dans lequel a été introduit

un être humain ou encore dans une autre espèce que celle humaine⁷⁵, la création d'embryons *in vitro* à des fins autres que la création d'un être humain.

De vastes domaines de recherche demeurent en dehors du champ d'application *rationae materiae* de la LPA, notamment quant aux modalités de fusion homme-animal. Par exemple, la LPA prévoit l'interdiction « [d]'utiliser du matériel reproductif humain ou un embryon *in vitro* qui est ou a été transplanté dans un individu d'une autre forme de vie [de] transplanter l'ovule, le spermatozoïde, l'embryon ou le fœtus d'une autre forme de vie dans un être humain »⁷⁶ *dans l'intention de créer un être humain*. Parce que la prohibition ne cible que les techniques visant la création d'un être humain, elle laisse le champ libre à la xénotransplantation⁷⁷. S'agissant de l'interdiction de « créer une chimère ou [de] la transplanter dans un être humain ou dans un individu d'une autre forme de vie »⁷⁸, Sylvie Bordet *et al.* notent que l'interdiction ne vise que le stade de développement embryonnaire et ne s'étend pas à la thérapie cellulaire, aux greffes ou aux transplantations à des stades de développement ultérieurs⁷⁹. Enfin, l'interdiction de créer un hybride en vue de la reproduction ou de la transplantation dans un être humain ou

le noyau d'une cellule humaine; e) ovule humain ou d'une autre forme de vie qui, de quelque autre façon, contient des compléments haploïdes de chromosomes d'origine humaine et d'une autre forme de vie ».

74. *Ibid.*, art. 3. La LPA définit la chimère comme étant : « a) Embryon dans lequel a été introduite au moins une cellule provenant d'une autre forme de vie; b) embryon consistant en cellules provenant de plusieurs embryons, fœtus ou êtres humains ».

75. *Ibid.*, art. 5(1) a); art. 60-64. La LPA rend passible de sanctions pénales allant de l'amende (maximum de 500 000 \$) à l'emprisonnement (maximum de 10 ans) et à toute contravention.

76. *Ibid.*, art. 5 h).

77. *Supra* note 70 à la p. 87.

78. *Supra* note 28, art. 5(1) i).

79. *Supra* note 70 à la p. 87. Du reste, elles observent ce qui suit: « [...] because embryos are defined as *human* embryos [...] only animal-to-human chimeras or human-to-human chimeras are prohibited. Human-to-animal combinations such as introducing human cells into embryonic animals *are not targeted by this provision* » [italiques ajoutés].

dans un individu d'une autre forme de vie⁸⁰ n'exclut pas la création d'un hybride poursuivant une finalité autre que celle reproductive, laquelle demeure permise. Le compromis normatif s'effectue au prix de l'éclatement de la dialectique objet-sujet par la récupération du paradigme de la dignité – des sujets de droit comme des objets de droit – que l'on met au profit de la création de nouvelles catégories scientifiques, dont, notamment, les chimères, les hybrides, les fœtus, les embryons. L'interdiction demeure toutefois circonscrite au domaine de la recherche scientifique. Dans le contexte des projets parentaux, les choix bioéthiques relèvent en général de la sphère privée, tendant à confirmer la thèse de l'émergence d'un nouvel eugénisme libéral, si l'on admet que « [...] tous les citoyens doivent disposer des mêmes chances de façonner leur vie de manière autonome » : voilà ce que dénonce, parmi d'autres, Jürgen Habermas⁸¹.

(2) La procréation assistée et le projet parental

Le droit privé québécois avalise plusieurs idées héritées du Siècle des Lumières, dont l'autonomie de la volonté et son corollaire, l'autodétermination des personnes, qui y occupent une place centrale. Devant les nouvelles technologies de reproduction (NTR), ces paradigmes se manifestent, notamment, par le libre choix des individus à une procréation désormais affranchie de la sexualité. Si le recours aux techniques de procréation assistée – sous toutes ses formes, *in vitro* ou non, voire posthume – n'avait jamais fait l'objet d'une intervention législative au Québec, la LPA et son Règlement d'application⁸² aménagent désormais un cadre législatif destiné à formaliser la manifestation du consentement exprimé par les donneurs⁸³ et les receveurs et à réduire le spectre

80. *Supra* note 28, art. 3. Voir également *ibid.*

81. *Supra* note 25 aux pp. 42 et 114.

82. *Règlement sur la procréation assistée* D.O.R.S./2007-137.

83. *Supra* note 28, art. 3 b) : « Toute personne doit, avant d'utiliser du matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon, avoir un document signé par le donneur attestant que celui-ci a été informé par écrit des faits ci-après avant de fournir son consentement à cette utilisation ».

des destinataires du matériel humain. À ce titre, elle rompt avec une tradition civiliste québécoise exempte d'un quelconque formalisme en même temps qu'elle contourne l'épineuse question du diagnostic préimplantatoire ou prénatal, lequel demeure assujéti aux dispositions normatives provinciales : ici... le vide.

La chose est connue : le diagnostic préimplantatoire ou prénatal préalablement prescrit par le médecin⁸⁴ porte avec lui les germes de la sélection génétique⁸⁵, d'une nouvelle forme d'eugénisme médical⁸⁶. Outre l'identification de pathologies génétiques mortelles, légitime-t-il pour autant les parents à choisir le sexe de l'embryon, ou encore à le sélectionner sur la base de purs caprices? La LPA pose un frein à la première hypothèse⁸⁷,

84. Emmanuelle Lévesque, Bartha Maria Knoppers et Denise Avard, « La génétique et le cadre juridique applicable au secteur de la santé : examens génétiques, recherche en génétique et soins innovateurs » (2004) 64 R. du B. 57.

85. Voir Julie Cousineau, *Enjeux éthiques et légaux des applications du diagnostic préimplantatoire au Canada*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2006 [non publié] [*Enjeux éthiques et légaux*]; Julie Cousineau « L'autonomie reproductive: un enjeu éthique et légal pour le diagnostic préimplantatoire » (2007) 86 R. du B. can. 421; Ghislaine Cleret de Langavant, *Bioéthique : méthode et complexité*, Sainte-Foy, PUQ, 2001 aux pp. 24 et 25; Chantal Bouffard, « Jusqu'où ira la volonté de développer une éthique citoyenne en matière de développement génétique? », dans Suzanne Philips-Nootens, Béatrice Godard, Bartha Maria Knoppers et Marie-Hélène Régner, dir., *La recherche en génétique et en génomique: droits et responsabilités*, Montréal, Thémis, 2005 à la p. 215. Voir également Québec, Commission de la santé et du bien-être, *Consultation sur les enjeux éthiques du dépistage prénatal de la trisomie 21, ou Syndrome de Down, au Québec*, Québec, 2008; Québec, Collège des médecins du Québec, *L'interruption volontaire de grossesse. Lignes directrices*, Québec, 2004; Canada, Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur*, Ottawa, 1993. Voir aussi S.T. c. Dubois, (2008) QCCS 1431, où la demanderesse allègue (en vain) la responsabilité d'un médecin ayant omis de diagnostiquer le Syndrome de Down dans le suivi de la patiente.

86. Le Canada n'y a pas échappé, voir *Enjeux éthiques et légaux, ibid.* aux pp. 73 et ss.

87. *Supra* note 28, art. 5 e), sauf, tel que le précise la disposition : « [...] pour prévenir, diagnostiquer ou traiter des maladies ou des anomalies liées au sexe ».

mais la seconde soulève certaines incertitudes. Quels éléments peuvent faire l'objet d'une sélection? Doivent-ils être circonscrits aux seules motivations médicales⁸⁸? Bien que certains auteurs soulignent un potentiel de discrimination qui comporterait en soi une dimension constitutionnelle⁸⁹, il semble que l'intervention ponctuelle du législateur en amont du test génétique lui-même s'avère préférable en l'absence de toute applicabilité des Chartes canadienne et québécoise à la vie *in utero* ou *in vitro*⁹⁰. À défaut, la décision d'agréer ou non les doléances des parents est dévolue au corps médical. Un autre exemple témoigne d'une véritable crise du sujet de droit : celui de l'extinction de la personnalité juridique.

B. L'extinction de la personnalité juridique : « de l'être à l'avoir... été? »

L'anéantissement de la personnalité juridique a lieu au moment de la mort, sous réserve des règles relatives à l'absence et à la disparition⁹¹. Énoncé simple, mais qui tend à être des plus périlleux dans son application, en raison des techniques de réanimation et de survie artificiellement prolongée, ainsi que de la transplantation d'organes prélevés sur le cadavre⁹². La mort n'est plus considérée comme un phénomène naturel, mais artificiel, car tributaire des technos-sciences qui prolongent l'ultime fatalité.

En l'absence de positionnement législatif en droit privé québécois sur le concept de mort naturelle⁹³, le législateur défère

88. *Enjeux éthiques et légaux, supra* note 85 à la p. 58.

89. *Ibid.* aux pp. 59-67.

90. Soumis à la tentation par la disponibilité du test, les parents sont plus susceptibles d'appréhender la procréation assistée en tant qu'acte de consommation. Voir *supra* note 25 à la p. 51.

91. Art. 84-91 C.c.Q. Voir Hervé Roch, *L'absence*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1951.

92. *Le droit des personnes physiques, supra* note 15, nos 24 et 25.

93. *Dictionnaire de droit québécois, supra* note 47 (sous « décès » : « Mort naturelle d'une personne »). Voir également *Vocabulaire juridique, supra* note 47 (sous « décès »).

compétence à la science médicale⁹⁴, laquelle fixe les critères de détermination de la mort. Le rôle des médecins consiste essentiellement à établir plutôt qu'à définir la mort. La médecine distingue, à cet égard, trois étapes dans le processus de la mort : la mort clinique correspondant à l'arrêt des fonctions cardiaque et respiratoire, la mort biologique par la cessation fonctionnelle et irréversible de récupération des organes vitaux et la mort cellulaire, soit la désintégration et la dégénérescence des cellules corporelles⁹⁵. Pour l'heure, l'établissement de la mort correspond à la détermination physique liée à la perte irréversible des fonctions cérébrales de la personne⁹⁶. Celle-ci peut être observée par l'absence prolongée des fonctions respiratoire et cardiaque spontanées. Dans le cas spécifique de la personne maintenue artificiellement en vie, la détermination se fait plutôt par la constatation de l'irréversibilité de toutes les fonctions du cerveau, incluant le tronc cérébral, par des moyens cliniques reconnus. Sur le plan strictement juridique, l'effet le plus important de la mort demeure la perte de la personnalité juridique et des droits qui y

94. Art. 122 et 123 C.c.Q. sur la constatation de la mort par un médecin ou, à défaut, par deux agents de la paix. Sur le bien-fondé d'une définition législative, voir *supra* note 36 aux pp. 227-230; *supra* note 33 aux pp. 309-314; Kouri, *supra* note 32; Germain Brière, « La jouissance et l'exercice des droits civils : nouvelle version » (1989) 20 R.G.D. 265 aux pp. 273 et 274; Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Les critères de détermination de la mort*, Rapport n° 23, Ottawa, 1979; Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Les critères de détermination de la mort*, Rapport n° 15, Ottawa, 1981. Voir également *supra* note 16 à la p. 40 : « Il n'a pas été jugé opportun de donner une définition de la mort; celle-ci est un fait dont l'appréciation relève de critères autres que juridiques. D'ailleurs, *une telle définition n'aurait pu qu'être provisoire, compte tenu de l'évolution de la science.* » [italiques ajoutées] En revanche, au Manitoba, la *Loi sur les statistiques de l'état civil*, C.P.L.M., c. V-60, art. 2, définit la mort d'une personne comme suit : « Pour tout ce qui relève de la compétence législative de la Législature du Manitoba, le décès d'une personne a lieu au moment où se produit une cessation irréversible de toutes les fonctions cérébrales de cette personne. »

95. *Supra* note 36 aux pp. 217 et 228.

96. Sur la détermination de la mort au regard de la médecine, des tribunaux et des lois, voir *supra* note 39, nos 141 et ss.

sont associés⁹⁷. Cette affirmation appelle la nuance. Une protection posthume du défunt subsiste au regard de ses dernières volontés, de sa mémoire et de son cadavre⁹⁸.

Devant le respect dont fait preuve le législateur québécois à l'égard de la science médicale, une interrogation se pose d'emblée : les zones de compétence relatives aux deux sciences requièrent-elles une intervention législative? Mais ne serait-ce là qu'un placebo, un geste juridiquement stérile dont la seule utilité serait de calmer les inquiétudes de la profession médicale? Le droit civil québécois se confine à constater « le passage de l'être humain sur terre »⁹⁹ et à enregistrer la naissance et la mort au sein des registres de l'état civil¹⁰⁰. La médecine contemporaine détermine, pour sa part, ces moments. Tel que l'énonce Jean-Louis Baudouin : « La frontière entre la médecine et le droit semble donc clairement définie. La science médicale *dit*, la science juridique *constate* et déduit des faits constatés les conséquences juridiques qui s'imposent »¹⁰¹. Chacun est appelé à jouer son rôle : « l'un de frein, l'autre d'accélérateur. La poussée de la médecine lui a assuré un mieux vivre; la retenue du droit lui a conservé son auréole »¹⁰². Le législateur québécois n'a donc pas jugé bon de s'enfermer dans des définitions arrêtées quant aux différentes étapes du statut juridique de l'être humain, privilégiant ainsi un

97. En outre, la mort est dotée d'effets qui sont tantôt extinctifs —dissolution du régime matrimonial (art. 465(1^o) C.c.Q.) — tantôt dévolutifs — ouverture de la succession et saisine des héritiers (art. 613, al. 1 et 625 C.c.Q.).

98. Voir la Section II, Sous-section B du présent texte.

99. *Supra* note 36 à la p. 230.

100. Art. 111-117 C.c.Q. : « Des actes de naissance »; art. 122-128 C.c.Q. : « Des actes de décès ». Sur la rédaction des constats de naissance et de décès, voir en particulier Louise Rolland, « Les tiers, vecteurs du réseau social. Les personnes et les biens dans le *Code civil du Québec* » (2006) 40 R.J.T. 75 aux pp. 82-86.

101. *Supra* note 36 à la p. 225 [italiques ajoutés, en caractères gras dans la version originale]. Sur une réitération de ce principe, voir *supra* note 33 à la p. 271; *Le droit des personnes physiques*, *supra* note 15, n^o 24.

102. François Héleine, *Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain*, Montréal, Université de Montréal, 1975 à la p. 79.

climat d'échange et visant à favoriser le progrès médical, le tout articulé dans l'intérêt de la personne et le respect des valeurs propres à la société.

Entre ces deux extrêmes biologiquement imposés de l'existence juridique, le droit québécois protège la dimension concrète, biologique, de la personne. Est ainsi consacrée la protection de l'intégrité physique¹⁰³ autour de laquelle gravite l'intégrité morale du sujet, qui relève de son intimité et de sa façon de se présenter à autrui quant au nom, à l'image, à la voix, à la réputation.

SECTION II LES POURTOURS DE L'INTÉGRITÉ DU CORPS HUMAIN

L'examen de l'intégrité du corps humain nécessite un positionnement spécifique sur la considération du droit envers la personne en son être physique, que ce soit dans son entité unique ou dans le statut des éléments et des produits du corps humain. Plus particulièrement, une scission est opérée entre l'intégrité du corps humain vivant, durant l'existence humaine (Sous-section A), et le respect du cadavre, au moment de la mort (Sous-section B), fondé sur la tradition du respect dû à la dépouille mortelle.

Le postulat de l'intangibilité de la personne humaine se révèle ainsi dans la protection de l'intégrité de la personne vivante

103. L'intégrité *physique* doit être distinguée de l'intégrité *psychologique, morale et sociale*. Sur une reconnaissance de ces diverses facettes de l'intégrité, édictée à l'article 1 de la Charte québécoise, voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 aux par. 95 et ss. (j. L'Heureux-Dubé) [*Hôpital St-Ferdinand*]. Sur la notion de préjudice corporel eu égard à une atteinte à l'intégrité, voir *Montréal (Ville de) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée; demande de réexamen de la requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée). Voir également, dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, où la Cour suprême distingue entre l'intégrité et la sécurité de la personne, la première comportant une portée plus large.

et se poursuit par le respect du cadavre et du prolongement de ses volontés par les vivants dont les intérêts moraux sont habités par les ombres défuntés. Du « sujet à l'intégrité », mutation vers un « objet de respect »¹⁰⁴? Une réalité concrète, le corps, et une idée abstraite, la personnalité, se fusionnent en effet suivant le discours de la consubstantialité. L'« homme biotech »¹⁰⁵ n'est-il pas révélateur de cette réalité? Ou encore l'apparition du néologisme référant aux « bio-droits »¹⁰⁶? Personnification du corps-objet? Objectivation de la personne-sujet?

A. L'inviolabilité d'une personne humaine sujet de droit

Devant le triomphe de l'individualisme, le droit civil québécois établit dans des textes organiques le principe de l'intangibilité du corps humain. Suivant la création de brèches dans ce « mur de l'inviolabilité de la personne humaine »¹⁰⁷, l'évolution de la société, la laïcisation des mœurs et le développement technique et médical, le législateur québécois¹⁰⁸, en 1971, consacre expressément la règle de l'inviolabilité de la personne humaine à l'article 19 du *Code civil du Bas-Canada*¹⁰⁹. Pour l'époque, cette disposition est, selon Albert Mayrand : « [...]

104. Édith Deleury, « Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet de droit » (1972) 13 C. de D. 529 [*Perspective nouvelle*]; Édith Deleury, « La personne en son corps : l'éclatement du sujet » (1991) 70 R. du B. can. 448 [*La personne en son corps*].

105. L'expression est empruntée à Jean-Pierre Béland, dir., *L'homme biotech : humain ou posthumain?*, Sainte-Foy, PUL, 2006.

106. Jean-Louis Baudouin, « Introduction », dans *Droits de la personne : « Les bio-droits »*, *Aspects nord-américains et européens*, Cowansville, Yvon Blais, 1996 à la p. 1.

107. *Supra* note 39, n° 8.

108. *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 84, art. 2 (sanctionnée le 1er décembre 1971).

109. Art. 19 C.c.B.-C. À titre indicatif, voir Marcel Guy, « Le *Code civil du Québec* : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir » (1993) 23 R.D.U.S. 453 aux pp. 470 et 471. Sur une description de l'histoire législative des modifications menant à l'article 19 C.c.B.-C., voir W.F. Bowker, « Experimentation on Humans and Gifts of Tissue : Articles 20-23 of the Civil Code » (1973) 19 R.D. McGill 161; Monique Ouellette, *Droit des personnes et de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1980 aux pp. 35-37.

d'autant plus heureuse qu'on reproche souvent au Code de s'intéresser beaucoup aux biens et très peu à la personne »¹¹⁰. Le droit à l'inviolabilité est par ailleurs érigé au rang de droit fondamental à la Charte québécoise¹¹¹ et réaffirmé à l'article 10 du Code civil¹¹². Son principe s'inscrit dans la reconnaissance de la nature *extracommercium* du corps humain¹¹³ et résout en apparence le problème de patrimonialisation et de disposition de la personne sur son propre corps.

Le « dogme de l'intangibilité »¹¹⁴ est ainsi posé comme principe général fondamental en droit québécois. La portée civile de l'inviolabilité de la personne humaine est néanmoins atténuée par la loi et la nécessité d'obtenir un consentement libre et éclairé, avant qu'un acte quelconque de nature médicale ou autre ne soit accompli, sous réserve de donner lieu à un droit de réparation¹¹⁵. Des conventions concernant l'expérimentation, le don de tissus et d'organes peuvent dès lors être licites suivant certaines conditions¹¹⁶. Il s'agit là d'un principe relatif, à l'instar des autres droits de la personnalité. Qu'il soit donc permis de se questionner sur un possible passage du dogme de l'intangibilité du corps humain à un mythe par l'établissement d'actes juridiques portant sur celui-ci.

110. Albert Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, n° 1.

111. Charte québécoise, *supra* note 6, art. 1. Voir également Charte canadienne, *supra* note 7, art. 7 et 12; C.Cr., *supra* note 48, art. 244 et ss.

112. Art. 10 C.c.Q. Voir Lucie Laflamme, « Le Livre des personnes : dix ans après » (2003) 105 R. du N. 155.

113. Jacques Fierens, « Critique de l'idée de propriété du corps humain ou le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige » (2000) 41 C. de D. 383, repris dans (2001) 42 C. de D. 647.

114. L'expression est empruntée à Louis Baudouin, « La personne humaine au centre du droit québécois » (1966) 26 R. du B. 66; Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967.

115. Confluent en cette matière des principes du droit des personnes, des biens et des obligations. Voir *supra* note 102 à la p. 5.

116. Voir la Section II, Sous-section B.

Le droit à l'intégrité illustre la valeur tantôt *abstraite*, tantôt *subjective* de la personne humaine. La protection de l'intégrité de la personne oscille, par conséquent, entre son inviolabilité et l'indisponibilité de son corps, d'une part, et l'autonomie de sa volonté ou le contrôle qu'elle exerce sur son corps, d'autre part. Droit à l'intégrité physique et droit à l'autodétermination¹¹⁷, succédant à un paternalisme médical suranné, s'entrechoquent en cette matière.

Au regard de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps, d'un rôle silencieux, elle devient maîtresse¹¹⁸. Certes essentielle, l'emprise de la volonté privée ne doit pas être absolue. Le droit ne peut pas jouer les « Ponce Pilate »¹¹⁹; il doit préciser les balises qui encadrent cette volonté afin d'éviter que, sous un prétexte d'autonomie et de libre arbitre, la personne ne s'aliène elle-même. En particulier, la délicate question du respect des volontés de fin de vie, qui se traduit par la volonté de la personne de s'opposer à la poursuite d'un traitement médical de soutien nécessaire à son maintien en vie, ou encore par celle autorisant l'acte interruptif de cette assistance médicale vitale, est approuvée par la jurisprudence¹²⁰. Dans le contexte des règles actuelles de droit positif : « toute personne adulte, capable et consciente a un droit fondamental de refuser tout traitement quel qu'il soit, même si ce refus doit l'amener à la mort »¹²¹, sans

117. Jean-Louis Baudouin, « La liberté du patient devant le traitement et la mort », dans Daniel Turp et Gérard-Armand Beaudoin, dir., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne. Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1984*, Cowansville, Yvon Blais, 1986 à la p. 508 [*Liberté du patient et la mort*]; *Utilisation médicale et commercialisation du corps humain*, *supra* note 23 à la p. 14.

118. Grégoire Loiseau, « Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps » (1992) 37 R.D. McGill 965 à la p. 968.

119. *Ibid.* à la p. 988.

120. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.). Voir également *Manoir de la Pointe bleue (1978) inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.).

121. Jean-Louis Baudouin, « Situation légale et jurisprudentielle entourant les volontés de fin de vie » (1995) 3 Repères 70 aux pp. 70 et 71; *Liberté du patient et la mort*, *supra* note 117 à la p. 514. Voir *ex plurimis* Paul-André

que cette volonté soit soumise à des impératifs de forme. En revanche, avec le tempérament apporté par l'ordre public au regard de l'absolutisme du pouvoir décisionnel¹²², l'euthanasie et l'aide au suicide, comme gestes actifs et non passifs de fin de vie – la distinction est parfois artificielle –, sont prohibées¹²³. Dès lors, seule une *liberté* devant la mort prévaut, soit celle de ne pas être empêché de mourir ou contraint de vivre contre sa volonté, mais non un véritable *droit* à la mort¹²⁴.

Le Code civil réglemente tout particulièrement le régime des atteintes à l'intégrité dans le cadre des soins¹²⁵. Ceux-ci

-
- Crépeau, « Prolonger le mourir – qui décide? » (1979) 46 *Assurances* 281; Suzanne Philips-Nootens, « Face à la maladie mortelle, deux décisions possibles et leurs implications juridiques » (1982) 12 *R.D.U.S.* 432; Jean-Louis Baudouin, « Le droit de refuser d'être traité », dans Rosalie Silberman Abella et Melvin L. Rothman, dir., *Justice beyond Orwell*, Cowansville, Yvon Blais, 1985 à la p. 207; Pauline Lesage-Jarjoura, *La cessation de traitement. Au carrefour du droit et de la médecine*, collection Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1990. Sur le cas particulier du refus des témoins de Jéhovah d'accepter des transfusions sanguines, voir Robert P. Kouri, « Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body » (1974) 5 *R.D.U.S.* 156; Robert P. Kouri et Charlotte Lemieux, « Les Témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du *Code civil du Québec* » (1995-96) 26 *R.D.U.S.* 77, de même que Marie-Ève Arbour, « L'incidence des refus de traitement sur le droit à la réparation du préjudice corporel : pour une interprétation conforme au respect des libertés de conscience et de religion » (2000) 41 *C. de D.* 627.
122. Cela peut notamment heurter la finalité poursuivie par la profession médicale, voir Louise Bélanger-Hardy, « Le consentement aux actes médicaux et le droit à l'autodétermination : développements récents » (1993) 25 *R.D.Ott.* 485 [*Consentement aux actes médicaux*]; Christian Byk, « Médecine et droit : le devoir de conscience » (1996) 27 *R.G.D.* 323.
123. *C.Cr.*, *supra* note 48, art. 14 et 224; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 *R.C.S.* 519.
124. *Liberté du patient et la mort*, *supra* note 117 à la p. 520.
125. Art. 11 *C.c.Q.*. Voir la division opérée au sein du *C.c.Q.*: art. 11 *C.c.Q.* (majeur apte); art. 15, 16 et 18 *C.c.Q.* (majeur inapte); art. 14, al. 2, 16, al. 2 et 17 *C.c.Q.* (mineur de 14 ans et plus); art. 14, al. 1, 16, al. 1 et 18 *C.c.Q.* (mineur de moins de 14 ans); Monique Ouellette, « De la jouissance et de l'exercice des droits civils et de certains droits de la personnalité » (1988) 1 *C.P. du N.* 11 aux pp. 21 et ss. [*Jouissance et*

consistent, dans un sens générique, en « toutes espèces d'examens, de prélèvements, de traitements ou d'interventions, de nature médicale, psychologique ou sociale, requis ou non par l'état de santé, physique ou mental. Il[s] couvre[nt] également, comme acte[s] préalable[s], l'hébergement en établissement de santé lorsque la situation l'exige »¹²⁶. En outre, l'aliénation d'une partie du corps du vivant de la personne et l'expérimentation sont considérées comme des soins¹²⁷, suivant une interprétation téléologique du terme « soins » au Code civil.

Le rôle du consentement apparaît primordial, car il rend légitime l'atteinte à l'intégrité de la personne¹²⁸. Il requiert deux caractères : il doit être libre et éclairé¹²⁹. Cela signifie que la personne doit préalablement obtenir l'information nécessaire quant aux soins qui lui seront fournis afin de pouvoir former un consentement valable. Ces critères et le devoir corrélatif d'information qui les sous-tend ont été discutés dans deux arrêts de la Cour suprême du Canada, soit *Hopp c. Lepp*¹³⁰ et *Reibl c. Hugues*¹³¹. Bien qu'issus de la tradition juridique de *common law*¹³², leur *ratio decidendi* s'applique *mutatis mutandis* à la

exercice des droits civils]; Monique Ouellette, « Livre premier : Des personnes », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : personnes, successions, biens*, t. 1, Sainte-Foy, PUL, 1993 aux pp. 20 et ss. [*Livre premier : des personnes*].

126. *Supra* note 16 à la p. 12.

127. Ils obéissent à un régime particulier, voir art. 19-25 C.c.Q. Sur des applications particulières du régime de l'expérimentation, voir notamment Jean-Louis Baudouin, « L'expérimentation sur l'embryon et le fœtus : quelques aspects du droit positif », dans Gérald-Armand Beaudouin, dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées Strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p. 469; Isabelle Bastien, *L'expérimentation chez les malades mentaux : l'adéquation du Code civil*, Montréal, Thémis, 1996.

128. Robert P. Kouri, « Le consentement aux soins médicaux à la lumière du Projet de loi 20 » (1987) 18 R.D.U.S. 27; *Consentement aux actes médicaux*, *supra* note 122; *supra* note 15, nos 105 et ss.

129. Art. 10, al. 2 et 1399, al. 1 C.c.Q. Voir également *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 8, al. 1 et 9, al. 1.

130. [1980] 2 R.C.S. 192.

131. [1980] 2 R.C.S. 880.

132. *Cour suprême face à la vie, la mort*, *supra* note 46.

situation québécoise en raison de la centralité du paradigme de la rationalité des personnes. Le test doit néanmoins être appliqué avec circonspection au Québec où prédomine une volonté réelle et non abstraite dont est tributaire la validité du consentement¹³³. Le Code civil ne prévoit qu'une seule exception à l'exigence du consentement, soit lorsque l'urgence de la situation le justifie¹³⁴.

La coexistence des droits à l'inviolabilité et à l'autodétermination de la personne et leur traitement juridique par le Code civil révèlent que le corps humain pénètre dans le droit des obligations et témoigne désormais d'un phénomène de croissante contractualisation¹³⁵. À cet égard, il est possible de s'interroger sur la qualification juridique du corps humain : sujet ou objet de droit¹³⁶? En droit civil classique, l'inviolabilité de la personne sous-tend que le corps humain, qui se confond avec la personne, bénéficie de la protection accordée à celle-ci, bien qu'il ne soit que le support de l'homme, son signalisateur¹³⁷. Par essence, le corps est distinct de la chose. Étant indisponible et

133. Voir notamment *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.); *Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726 (C.A.); *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.).

134. Art. 13 C.c.Q.

135. À titre général, voir Pierre-Gabriel Jobin, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003 à la p. 357; Pierre-Olivier Laporte, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle » (2006) 40 R.J.T. 287; Pierre-Gabriel Jobin, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure » (2007) RTD civ. 33.

136. Jean-Christophe Galloux, « La distinction entre la personne et la chose », dans Ejan Mackaay, dir., *Nouvelles technologies et propriétés. Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal, Thémis, 1989 à la p. 213; Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.

137. *Supra* note 39, n° 10; *supra* note 15, n° 100. Voir également Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, PUF, 1987.

hors commerce, il ne peut, en principe, faire l'objet de conventions ni être susceptible d'appropriation¹³⁸.

Or, cette vision de la corporalité humaine ne reflète plus la réalité quotidienne où le corps humain se meut en un objet scientifique ou même un produit du marché. La « serviabilité du corps humain »¹³⁹, juxtaposée à l'intérêt social, humanitaire et pécuniaire qu'il représente, notamment par la transformation et l'utilisation de ses composantes, suscite une réflexion au plan de son objectivation d'ailleurs exploitée sur la scène artistique¹⁴⁰. Dans un schème qui scinde la réalité corps-sujet, la réification du corps humain peut-elle être constatée? Le corps humain peut-il ainsi, comme l'enfant conçu, transgresser les frontières entre les personnes et les choses, osciller entre le sujet et l'objet? Comment donc concilier l'être – corps que l'on est – et l'avoir – corps que l'on a –? Cela soulève une interrogation sur le statut propre du corps humain en tant que « patrimoine biologique »¹⁴¹, qu'ignore à ce jour le droit positif¹⁴². Au surplus, à cette qualification (déficiente) du corps humain, le questionnement se complexifie lorsque l'on considère les multiples et diverses utilisations du corps humain, non seulement dans sa globalité, mais également dans ses composantes. Doit-on, dès lors, emprunter une logique binaire entre le corps humain envisagé dans sa globalité (identifié au *sujet*) et le corps humain observé dans ses composantes (accolé à un *objet*)?

138. Voir *supra* note 28, art. 7, qui interdit l'achat et la vente de gamète. Voir également *ibid*, art. 6; art. 541 C.c.Q. (qui prohibent les contrats de mère porteuse).

139. *Utilisation médicale et commercialisation du corps humain*, *supra* note 23 à la p. 1.

140. Ce phénomène est d'ailleurs présent sur la scène littéraire contemporaine, voir Éric-Emmanuel Schmitt, *Lorsque j'étais une œuvre d'art*, Paris, Albin Michel, 2002.

141. Sur le statut de certains éléments et produits du corps humain, voir *supra* note 39 aux n^{os} 14 et ss. Sur les parties artificielles du corps humain, voir notamment *supra* note 110, n^o 4.

142. Voir toutefois le *Règlement sur les déchets biomédicaux*, R.R.Q., c. Q-2, r. 3.001.

Cette vision manichéenne est réductrice et pêche par excès d'incohérence. En revanche, n'est-il pas préférable de créer une catégorie intermédiaire (conciliatrice) entre les choses et les personnes propre à désigner les « produits du corps humain », les « choses d'origine humaine », le « matériel humain » ou « génétique », les « éléments humains », les « produits d'origine humaine », les « biens de nature humaine » ou encore les « composantes du corps humain »? Cette solution apparaît souhaitable. Qu'il soit permis de proposer, à l'instar d'Édith Deleury, ce qui suit : « le corps humain est bien tout à la fois sujet et objet, sujet dans l'expression de sa liberté, mais objet aussi quand des impératifs de santé publique sont en cause et qu'il s'infiltré dans les mécanismes du marché sous la forme de choses »¹⁴³.

Le droit à l'inviolabilité de la personne humaine ne vise peut-être que la personne vivante, puisque la personnalité juridique s'éteint au moment du décès. Or, si la personnalité juridique disparaît à la mort, le souvenir de la personne décédée persiste dans les mémoires. La mort représente alors ce passage de « *l'être au ne plus être*, ce qui implique que l'on *ait été* »¹⁴⁴. Reconnaissance du culte des morts dans le champ des croyances et de la tradition religieuse qui se projette dans le système juridique?

B. Le respect d'un cadavre objet de droit

Le législateur québécois, qui protège l'homme depuis sa naissance et jusqu'à sa mort, ne l'abandonne pas pour autant au moment où il cesse de vivre. L'empreinte juridique du défunt prévaut : « Le principe de l'inviolabilité du corps humain subsiste

143. *La personne en son corps*, supra note 104 à la p. 472.

144. Générosa Bras Miranda, « La protection posthume des droits de la personnalité » (2007) 19 C.P.I. 795 à la p. 819 [*Protection posthume*]; Générosa Bras Miranda, « Les fantômes ont-ils des droits? », dans *Regards croisés sur le droit privé – Cross-Examining Private Law*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 83 à la p. 98 [*Les fantômes ont-ils des droits?*].

même au-delà de la mort »¹⁴⁵. D'ailleurs, le *Code criminel* sanctionne rigoureusement toute indignité commise envers le cadavre et érige le défaut de sépulture en un délit. Le droit privé, quant à lui, consacre le principe de l'inviolabilité du corps humain au-delà de la mort et réprime les atteintes au cadavre¹⁴⁶. L'intangibilité de la dépouille mortelle, fondée sur la sacralité du cadavre, est néanmoins relativisée.

Le Code civil affirme, d'une part, le respect des volontés du défunt quant à la disposition de son corps¹⁴⁷. Souveraine au regard de la disposition de ses biens par testament, la volonté du défunt l'est également pour la disposition de son cadavre. Ainsi, le majeur peut déterminer ses funérailles¹⁴⁸ et le mode de disposition de son corps¹⁴⁹. Quant au mineur, il le peut également avec le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur. À défaut de volontés exprimées par le défunt, on s'en remet à la volonté des héritiers ou des successibles¹⁵⁰. Ce n'est qu'en vertu d'un intérêt supérieur ou pour des raisons de santé publique que les volontés du défunt ou de ses proches ne sont pas respectées¹⁵¹.

Le même Code renvoie, d'autre part, au respect des volontés du défunt quant à l'utilisation de son corps¹⁵² et régleme le don

145. *Perspective nouvelle*, supra note 104 à la p. 541.

146. *Supra* note 16 à la p. 37.

147. *Jouissance et exercice des droits civils*, supra note 125 aux pp. 39 et 40; *Livre premier : des personnes*, supra note 125 aux pp. 51 et 52.

148. Albert Mayrand, « Problèmes de droit relatifs aux funérailles », dans Adrian Popovici, dir., *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, PUM, 1974 à la p. 119.

149. Art. 42, 48 et 49 C.c.Q.; *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q. c. A-23.001; *Loi sur les inhumations et les exhumations*, L.R.Q. c. I-11.

150. Art. 42 C.c.Q.

151. *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q. c. L-0.2; *Loi sur la recherche des causes et des circonstances des décès*, L.R.Q. c. R-0.2.

152. *Jouissance et exercice des droits civils*, supra note 125 aux pp. 40-42; *Livre premier : des personnes*, supra note 125 aux pp. 52-55.

et le prélèvement d'organes ou de tissus¹⁵³. Le cadavre peut ici être perçu comme une « mine de pièces de rechange anatomiques pour les vivants »¹⁵⁴. Avant que le prélèvement ne puisse être effectué, il convient de signaler que le décès du donneur doit être constaté par deux médecins qui ne participent ni au prélèvement ni à la transplantation¹⁵⁵. Le majeur ou le mineur âgé de 14 ans et plus peut, dans un but strictement médical ou scientifique, donner son corps ou autoriser sur celui-ci le prélèvement d'organes ou de tissus; le mineur de moins de 14 ans le peut également, avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur¹⁵⁶. Cette volonté est exprimée soit verbalement devant deux témoins, soit par écrit, et elle peut être révoquée de la même manière¹⁵⁷. En l'absence de volontés exprimées ou connues, le prélèvement d'organes peut être effectué avec le consentement de la personne qui pouvait ou aurait pu consentir aux soins. L'urgence de l'intervention et l'espoir sérieux de sauver une vie humaine ou d'en améliorer sensiblement la qualité justifient néanmoins une dérogation à la nécessité du consentement lorsque deux médecins attestent par écrit l'impossibilité de l'obtenir en temps utile¹⁵⁸.

Par ailleurs, la jurisprudence québécoise sanctionne des cas de responsabilité civile pour outrage au cadavre. Les héritiers peuvent, à titre personnel, agir en justice pour une atteinte portée au respect de leur vie privée ou de leur honneur en raison de la violation à l'image, à la mémoire ou encore à la dignité du cadavre.

153. Art. 43-45 C.c.Q.; *Loi facilitant les dons d'organes*, L.Q. 2006, c. 11. Sur l'autopsie, voir art. 46 et 47 C.c.Q.

154. *Supra* note 35 à la p. 188. Voir également Jean-Marie Mantz, « Transplantations et greffes d'organes et de tissus : le point de la question », dans *Droits de la personne : « Les bio-droits », Aspects nord-américains et européens*, Cowansville, Yvon Blais, 1996 à la p. 91.

155. Art 45 C.c.Q. Voir également *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. c. M-9, r. 4, art. 82 : « Le médecin qui doit procéder à une greffe ou à une transplantation d'organe ne doit pas participer à la constatation ni à la confirmation du décès de la personne chez laquelle l'organe doit être prélevé. »

156. Art. 43, al. 1 C.c.Q.

157. Art. 43, al. 2. C.c.Q.

158. Art. 44 C.c.Q. Voir également art. 15 C.c.Q.

À titre indicatif, dans l'affaire *Robert c. Cimetière de l'Est de Montréal Inc.*¹⁵⁹, les demandeurs reprochent au cimetière défendeur d'avoir égaré l'urne qui contenait les cendres de leur père. Sur cette réclamation, visant l'obtention de dommages moraux pour atteinte à la sépulture du père, la Cour supérieure a conclu que le respect dû aux morts requiert une attention particulière et que ce manquement constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité du cimetière.

Une autre voie de recours est également permise aux héritiers pour redresser des situations où il y a violation d'un droit de la personnalité avant le décès de la personne. En principe intransmissible, les héritiers ne peuvent invoquer de leur propre chef une atteinte à un droit de la personnalité du défunt. Le Code civil permet cependant la transmissibilité des droits d'action du défunt contre l'auteur d'une violation à l'un de ses droits de la personnalité, que ce droit ait été ou non exercé par le défunt avant son décès¹⁶⁰. Deux précisions s'imposent à cet égard. Premièrement, l'atteinte au droit de la personnalité doit être portée *avant* le décès et non après. Dans ce dernier cas, on ne saurait

159. [1989] R.R.A. 124 (C.S.). Dans cette affaire, un montant forfaitaire de 1000 \$ a été accordé à chacun des demandeurs. Une telle décision a été mentionnée dans *Raïcu-Moroca c. Complexe funéraire Fortin* (12 mai 2005), Joliette 705-17000667-038, J.E. 2005-1156 (C.S.). Sur une autopsie non autorisée, voir *Philipps c. The Montreal General Hospital*, (1908) 33 C.S. 483; *Ducharme c. Hôpital Notre-Dame*, (1933) 71 C.S. 377. Sur une diffamation de la mémoire du défunt, voir *Decelles c. International Shows, Limited*, (1921) 59 C.S. 374. Sur une atteinte à la mémoire du défunt, voir *Bernier c. Yager*, [1946] C.S. 360. De façon générale, sur une transmission des droits extrapatrimoniaux aux héritiers, voir *Torrito c. Fondation Lise T. pour le respect du droit à la vie et à la dignité des personnes lourdement handicapées*, [1995] R.D.F. 429 (C.S.). (règlement hors cour). En l'espèce, la Cour supérieure décide que les héritiers d'une enfant décédée jouissent des droits que l'enfant possédait à l'égard de sa vie privée, de l'usage de son nom, de son image et le reste; *contra* sur ce point : *Coulombe c. Montréal (Ville de)*, [1996] R.R.A. 1224 (C.S.) (requête pour exécution de jugement accueillie; désistement d'appel).

160. Art. 625, al. 3 et 1610, al. 2 C.c.Q.

invoquer ni la transmission du droit, ni celle du droit d'action¹⁶¹. Deuxièmement, c'est la *protection* de certains droits de la personnalité qui subsiste après la mort et non les *droits* qui persistent au-delà de la mort. En ce sens, Pierre Blondel affirme ce qui suit : « la protection des intérêts moraux de l'individu doit être assurée même après le décès de celui-ci : il ne doit pas être calomnié impunément sous prétexte qu'il n'est plus là pour rétablir la vérité. Sa vie intime ou ses secrets doivent être respectés, assurément d'une façon moins rigide que de son vivant, mais la protection doit demeurer efficace. Enfin, les vestiges qu'il a laissé [sic] de sa personnalité doivent être conservés intacts, à l'abri des déformations ou des usurpations »¹⁶².

En somme, c'est l'empreinte laissée par la personne, soit la représentation sociale qui perdure et appelle une protection qu'il importe de sauvegarder, et, à travers elle, une composante individuelle et posthume de la dignité humaine¹⁶³.

161. Sous réserve d'une action en rétablissement de la légalité exercée par autrui. Voir *Protection posthume*, supra note 144 à la p. 808.

162. Pierre Blondel, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, collection Bibliothèque de droit privé, t. 95, Paris, LGDJ, 1969, n° 64. Voir également François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, nos 178-9 et 262-3. Sur la notion de droits de la personnalité et de leur protection générale, voir notamment Raymond Lindon, *La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille. La vie privée et l'image, le nom, la sépulture, les souvenirs de famille, les lettres missives, la défense de la considération, le droit moral de l'auteur*, Paris, Dalloz, 1974; Raymond Lindon, *Les droits de la personnalité*, collection Dictionnaire juridique, Paris, Dalloz, 1983; François Rigaux, *La vie privée : une liberté parmi les autres?*, collection Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Maison F. Larcier, 1992; Peter Gauch, Franz Werro et Jean-Baptiste Zufferey, dir., *La protection de la personnalité : bilan et perspectives d'un nouveau droit. Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans*, Fribourg, Éditions universitaires, 1993; Pierre Kayser, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, 3^e éd., Aix-en-Provence, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1995.

163. *Protection posthume*, supra note 144 à la p. 819. Voir également *Les fantômes ont-ils des droits?*, supra note 144 à la p. 98.

CONCLUSION

Malgré l'absence d'un consensus clairement défini autour du statut juridique du corps humain, l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence québécoises dans certains domaines démontre une approche normative hybride et *sui generis* à la détermination du statut juridique du corps humain. Celle-ci repose sur les caractères laïque, pragmatique et individualiste d'une société perméable aux quatre principes matriciels de bioéthique à l'américaine mis en relief en 1979 par Beauchamp et Childress (autonomie, bienfaisance, non-malfaisance et « justice »¹⁶⁴), appréhendés à l'aide d'une dialectique de l'objet et du sujet de droit que l'on recentre autour de la notion de dignité. Le résultat est insolite : le statut juridique du corps humain procède à la fois d'une tradition civiliste personnifiée par Portalis, de l'esprit d'un libéralisme qu'Henry S. Maine a capturé en une phrase « a movement from Status to Contract »¹⁶⁵, de traces d'utilitarisme (les xénogreffes, par exemple), d'une forme d'humanisme néokantien (la pénétration de la dignité dans l'ordre normatif¹⁶⁶) et d'un constitutionnalisme anglo-américain dworkinien, le tout revisité toutefois à la lumière des droits de la personnalité.

Or, dans une perspective qui se voudrait unificatrice de la protection du corps humain (vivant et de la dépouille mortelle), il est possible d'affirmer que le corps est d'abord relation à autrui, ce

164. Dont l'édition la plus récente est la suivante : Tom L. Beauchamp et James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 6^e éd., New York, Oxford University Press, 2009. Pour une critique de ces principes, voir notamment *Bioéthique et la culture démocratique*, supra note 3 aux pp. 107 et ss.

165. La célèbre formule est d'Henry Sumner Maine, *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, New Brunswick, Transaction Publisher, 2002 à la p. 170 [édition originale de 1866, italiques du texte original]. Un auteur évoque les vicissitudes du libéralisme dans le contexte d'une étude de la notion de personne, voir Louis Lachance, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1959 à la p. 161.

166. Charte québécoise, supra note 6, art. 4. Par exemple, voir *Hôpital St-Ferdinand*, supra note 103.

qui justifie la protection contre des relations réifiantes¹⁶⁷. C'est dans cette relation même, et non dans un impossible lien de soi à soi, que doit être cherché le fondement ultime de la protection du corps. Celui-ci tend à prendre la forme, dans la sphère juridique québécoise et sa doctrine contemporaine, du paradigme de la dignité humaine, entendue dans ses deux acceptions de principe fondateur et de droit fondamental¹⁶⁸. Convenons toutefois que la situation est bien plus floue lorsqu'il s'agit de déterminer le statut juridique des parties détachées du corps humain et celui de l'*infans conceptus*, lesquels, n'étant ni choses ni personnes, font éclater les catégories juridiques qui ont longtemps structuré la pensée civiliste. Il faudra bien convenir, avec certains auteurs, que : « [l']impression générale qui se dégage d'une connaissance globale de la littérature bioéthique [...] est son incapacité d'élaborer des théories capables de produire une entente rationnellement motivée autour des normes à imposer »¹⁶⁹. Si la LPA offre une solution partielle à ce problème, elle exacerbe toutefois un clivage suranné entre les sphères privée et publique, entre le droit « de la famille » et une forme de moralisme scientifique incapable de nourrir le débat contemporain, transportée par des « sous-marins éthiques »¹⁷⁰ qui ébranlent sérieusement l'unicité théorique à laquelle aspire l'objet de cette contribution.

167. François Terré exprime une idée similaire dans François Terré, « Génétique et sujet de droit » (1989) 34 Arch. phil. dr. 161 (La personne humaine doit être traitée comme une fin et non comme un moyen).

168. Christian Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale » (2006) R. du B. numéro thématique hors série 143.

169. *Bioéthique et la culture démocratique*, supra note 3 à la p. 14 [italiques du texte original].

170. L'expression est empruntée à Bjarne Melkevik, « Les concepts de personne et de dignité : la question de droit », dans Jacques-Henri Robert et Stamatios Tzitzis, dir., *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris, LGDJ, 2003 aux pp. 78 et ss.