

La reproduction humaine : rapports entre les normes éthiques et les règles juridiques

Geneviève Benezra

Volume 24, Number 4, December 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1056818ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1056818ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Benezra, G. (1993). La reproduction humaine : rapports entre les normes éthiques et les règles juridiques. *Revue générale de droit*, 24(4), 555–570. <https://doi.org/10.7202/1056818ar>

Article abstract

This study discusses the legal and policy implications of the mandate of the Royal Commission on New Reproductive Technologies created in October 1989 by the federal government. It describes the underlying legal issues and the controversial nature of the proprietary and contractual transactions required by the application of those new technologies, including pre-natal diagnosis and genetics and in particular, embryo and fetal tissue research activities. In the second part of this study, the author explores the sometimes strained relationship between ethical and legal norms (property, contract and patent laws) regulating the biomedical sector and its human rights implications.

La reproduction humaine : Rapports entre les normes éthiques et les règles juridiques

GENEVIÈVE BENEZRA

Professeure à la Faculté de droit de
l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Notre réflexion s'inscrit dans les préoccupations de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction, créée par le gouvernement fédéral canadien en octobre 1989. Après avoir décrit le mandat de cette commission et la problématique juridique pertinente, nous nous concentrons sur les liens juridiques de nature patrimoniale et extrapatrimoniale découlant des échanges internes des créateurs de nouvelles techniques de procréation médicalement assistée, de diagnostic et de thérapies géniques; puis nous examinons leurs répercussions sur les rapports complexes avec les « objets » ou les « sujets » de ces techniques. Nous examinons tout particulièrement les rapports entre les principes des droits patrimoniaux (propriété, brevet, contrat) et les principes des droits fondamentaux de la personne, applicables à ce domaine de l'activité médicale et humaine.

ABSTRACT

This study discusses the legal and policy implications of the mandate of the Royal Commission on New Reproductive Technologies created in October 1989 by the federal government. It describes the underlying legal issues and the controversial nature of the proprietary and contractual transactions required by the application of those new technologies, including pre-natal diagnosis and genetics and in particular, embryo and fetal tissue research activities. In the second part of this study, the author explores the sometimes strained relationship between ethical and legal norms (property, contract and patent laws) regulating the biomedical sector and its human rights implications.

SOMMAIRE

Introduction	556
I. Fabrication d'un consensus : la mission impossible de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction	557

A. Mandat, débats et recherches de la commission	557
1. Droits patrimoniaux.....	557
2. Droits fondamentaux de la personne.....	558
B. Beaucoup de questions, peu de réponses : le rôle du droit.....	558
C. Politique législative en matière de la biomédecine : autorégulation ou contrainte	559
D. Choix entre une loi ou une réglementation spécifique et le libéralisme du droit : l'exemple du droit français	561
II. Droits patrimoniaux et économiques : les choses et les informations	562
A. L'appropriation et la régulation des « choses biomédicales »	562
B. Droit de propriété intellectuelle et industrielle.....	567
1. Les inventions touchant l'être humain, ses cellules et ses organes	567
2. Éthique et bonnes mœurs : limites à la brevetabilité.....	569
Conclusion.....	569

INTRODUCTION

Peu de sujets soulèvent autant de passion, de confusion et de fausses certitudes que celui « des aspects juridiques des nouvelles techniques de reproduction humaine » sur lequel porte notre étude. Pourtant, l'antagonisme entre la Nature et la Culture n'est que le résultat du choc constant des idées divergentes véhiculées par les sciences dites naturelles ou exactes, d'une part, et les sciences théologiques, ésothériques et humaines, d'autre part. La biologie étant consacrée à l'étude de l'infiniment petit dans son fonctionnement propre, il n'est guère surprenant que les créateurs de connaissances biologiques et médicales perdent de vue la « personne » et le « vivant », les réduisant à leur plus simple dimension, à un « objet » découplable en matériel génétique. Ce même « objet » devient social ou sacré, selon la formation disciplinaire ou les convictions d'autres intervenants. De plus en plus l'intégrité de la personne est reléguée aux oubliettes, au profit d'un être fictif qu'on écartèle entre la thérapie génique et la manipulation eugénique, suivant leurs positions idéologiques.

Notre réflexion s'inscrit dans les préoccupations de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction, créée par le gouvernement fédéral canadien en octobre 1989. Après avoir décrit le mandat de cette commission et la problématique juridique pertinente, nous nous concentrons sur les liens juridiques de nature patrimoniale et extrapatrimoniale qui découlent des échanges internes des créateurs de nouvelles techniques de procréation médicalement assistée, de diagnostic et de thérapies géniques; puis nous examinons leurs répercussions sur les rapports complexes avec les « objets » ou « sujets » de ces techniques. Nous examinons tout particulièrement les rapports entre les principes des droits patrimoniaux (propriété, brevet, contrat) et les principes des droits fondamentaux de la personne, applicables à ce domaine de l'activité médicale et humaine.

I. FABRICATION D'UN CONSENSUS : LA MISSION IMPOSSIBLE DE LA COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION

Les commissions royales sont soupçonnées de poser plus de questions qu'elles ne proposent de solutions. Parfois, et ce semble être le cas de la commission étudiée, il est même difficile de s'entendre sur les problèmes à débattre sans arbitraire ou partisanerie excessives, avant de recommander des mesures politiques et législatives, concrètes et réalisables.

A. MANDAT, DÉBATS ET RECHERCHES DE LA COMMISSION

Le mandat de la commission, rendu public le 25 octobre 1989, est de présenter un rapport sur l'état actuel et futur des techniques de reproduction, et surtout d'évaluer leur impact social, économique, juridique et moral. La commission doit aussi recommander l'adoption de mesures politiques et législatives dans les domaines suivants :

- les causes et la prévention de l'infertilité;
- les méthodes de reproduction humaine assistée;
- le diagnostic prénatal et génétique;
- les recherches sur les embryons et les tissus fœtaux.

Selon le rapport préliminaire de la présidente, le programme de recherche a mobilisé trois cents spécialistes, vingt-sept desquels étaient des juristes. Cent trente recherches multidisciplinaires ont été entreprises, et la commission a tenu de nombreuses audiences et consultations publiques et privées, auxquelles ont participé plus de quarante mille personnes provenant de tous les milieux intéressés. Les commissaires terminent actuellement la rédaction du rapport et de leurs recommandations¹.

1. Droits patrimoniaux

L'application des nouvelles techniques médicales engendre des rapports économiques et commerciaux entre les intervenants privés et publics, et par conséquent, se situe aussi bien dans la sphère du droit privé que public. Il est évident que la reconnaissance de nouveaux objets entraîne la mise en œuvre des droits et obligations juridiques en vigueur et, là où il y a des lacunes, la création de règles nouvelles, plus spécifiques, pour déterminer leur régime juridique. En conséquence, certaines règles de droit devront être remises en question par les recommandations prochaines de la commission. Elles visent en particulier les droits privatifs des technologies du vivant et de la reproduction humaine² : le droit de propriété des choses corporelles, le droit de propriété intellectuelle, la commercialisation des produits et des services et l'appropriation du vivant et la liberté contractuelle.

1. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Bilan à ce jour*, Ottawa, août 1992. Le rapport final de la commission qui a été rendu public le 15 novembre 1993, fera l'objet d'une analyse critique séparée, à paraître dans la *Revue générale de Droit*.

2. *Id.*, pp. 13-39. Cf. les titres des projets de recherche juridique confiés à des spécialistes en droit.

2. Droits fondamentaux de la personne

Les débats et les recherches de la commission ont porté en particulier sur certains aspects juridiques de la reproduction humaine : la maternité de substitution, les contrats de grossesse, l'égalité d'accès, la confidentialité et la protection de la vie privée. Le statut de la recherche sur l'embryon et le tissu foetal ont aussi fait l'objet de nombreuses consultations³. En termes conceptuels, ces débats et recherches se subdivisent en droits et libertés de la personne, tels : le droit à la vie; le droit à la liberté et à la sécurité de la personne; le droit de se marier et de fonder une famille; le droit à la vie privée et à la vie de famille; les droits à l'information et à l'éducation; le droit à la santé génésique et aux soins de santé; le droit aux bénéfices du progrès scientifique et le droit à la non-discrimination sexuelle.

Ces concepts issus du droit constitutionnel de la personne et des libertés publiques et surtout de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ constituent la source juridique des principales revendications des différents groupes de pression ou d'intérêt social qui se sont fait entendre lors des travaux de la Commission.

B. BEAUCOUP DE QUESTIONS, PEU DE RÉPONSES : LE RÔLE DU DROIT

Comme nous l'avons déjà mentionné, les questions juridiques soulevées par les débats et les recherches de la commission se situent aussi bien dans le domaine des droits fondamentaux que celui des droits patrimoniaux. Elles relèvent donc de diverses branches du savoir juridique et elles présentent la même envergure et le même éclectisme que les différents thèmes qui les inspirent.

Par la mobilisation de recherches disciplinaires et multidisciplinaires et la confrontation publique de divers groupes d'intérêts sociaux, la commission espère créer un terrain d'entente favorisant l'adoption de nouvelles politiques législatives et proposer l'adoption de règles de droit plus appropriées. Cette démarche si caractéristique du processus démocratique dans nos sociétés occidentales confond, d'une part, l'exigence de l'information avec celle d'un consensus et, d'autre part, la recommandation avec la décision. Il ne semble pas que le rapport de la commission contredira la tendance maintes fois observée dans d'autres domaines de la politique législative canadienne et ainsi les traditionnels enjeux des institutions politiques et juridiques vont se mettre en place pour corriger les lacunes et les imperfections ainsi mises à jour.

L'utilisation courante de n'importe quelle technique ou méthode biomédicale (diagnostique, préventive, thérapeutique, chirurgicale) implique un échange de choses, de services et d'informations comparables aux autres activités économiques. Par conséquent, le droit des contrats et le droit de la propriété (vente, possession, intérêts, cessions, etc.) s'applique aux nouvelles méthodes de reproduction humaine selon les régimes juridiques préétablis et propres à chacune des juridictions fédérale ou provinciales. Nous constatons que l'application des règles juridiques existantes ne semble ni apaiser les inquiétudes éthiques du public ni satisfaire ses préoccupations de sécurité croissantes. Cette rupture de la confiance dans les institutions politiques et juridiques lorsqu'il s'agit de la santé et de la vie,

3. *Ibid.*

4. *Charte canadienne des droits et libertés*, 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.

que n'arrive pas à dissiper la surinformation spécialisée obligera le système à réagir par voie législative ou judiciaire.

Malgré les difficultés inhérentes du système juridique à répondre aux pressions et à effectuer des changements rapides, les situations sociales confuses expliquent parfois l'immobilisme de l'appareil juridique. Il appert, cependant, que la confusion du public découle également de l'incertitude du système social lui-même et que sa régularisation future déborde largement le cadre juridique; elle soulève toute une dialectique éthique, nourrie de débats et de perceptions multiples et contradictoires. Un bon nombre de personnes ne distinguent pas entre la règle de droit comme telle et son respect ou son application par les individus et les institutions privées et publiques. En plus, la mise en œuvre de normes et de règles juridiques présuppose leur connaissance par l'ensemble des personnes et institutions concernées. Dans ce domaine d'application du droit, le caractère politisé des débats ne favorise pas une élaboration judiciaire ou doctrinale claire et efficace et ne permet pas de dégager des normes sociales et éthiques acceptables.

Par ailleurs, la commission a la tâche de proposer au législateur des règles juridiques précises et tranchantes. C'est là un défi de taille. Dans un climat de méfiance, même le risque calculé et accepté dans d'autres modèles juridiques, peut devenir la cible d'attaques de la part de certains groupes de pression. Cette éventualité explique probablement en partie les hésitations jurisprudentielles et le silence du législateur, malgré le grand nombre de recherches et de solutions juridiques déjà proposées⁵.

C. POLITIQUE LÉGISLATIVE EN MATIÈRE DE LA BIOMÉDECINE : AUTORÉGULATION OU CONTRAINTE

Relevant principalement du droit médical, la question de la légalité des techniques et des recherches biomédicales relève aussi bien du droit pénal que du droit de la responsabilité délictuelle et contractuelle. Elle soulève de nombreuses interrogations dans le cadre du droit de la famille, du droit des contrats et du droit des biens et des droits constitutionnels des divers sujets en cause (donneurs de spermes et donneuses d'ovules, mères porteuses, parents, etc.).

La tâche assignée à la commission n'est pas simple, étant donné la diversité des opinions et les vives confrontations en la matière⁶. Les conceptions libérales du droit canadien, qui prônent encore des principes de « dérégulation », se reflètent dans les travaux de la commission.

Sur le plan de la politique de la santé et de la recherche, la critique sociale souligne le caractère conservateur et étroit du concept de « santé » et sa domination par les intérêts commerciaux et industriels. Elle conteste l'opportunité des investissements dans le genre de recherches aussi controversées sur le plan social⁷. Cette critique ne se traduira en termes juridiques que dans la mesure où l'on envisagera un contrôle législatif coercitif, visant à interdire les recherches qui présentent des dangers eugéniques ou jugés socialement indésirables.

5. Voir en particulier les rapports et documents de travail publiés par la Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, CRDC, 1974-1992.

6. L. VANDELAC, « L'embryon — économique du vivant... du numéraire aux embryons surnuméraires », dans J. TESTARD, éd., *Le magasin des enfants*, Paris, François Boivin, 1990, p. 117.

7. *Ibid.*

Faudrait-il interdire ou réglementer de façon expresse et spécifique les recherches biomédicales sur les gamètes ou les tissus fœtaux, ou laisser agir les mécanismes habituels des marchés scientifiques et économiques?

Faudrait-il laisser aux scientifiques et aux médecins la liberté de contrôler la répartition des ressources publiques et privées destinées à leurs recherches, ainsi que l'élaboration et la mise en œuvre des normes biomédicales?

Au terme de la politique législative, il faudrait répondre à la question de la judiciarisation ou de la déréglementation de la recherche et de la pratique biomédicale. Des enjeux semblables se retrouvent dans bien d'autres domaines où les exigences de la liberté d'action entrent en conflit avec la multiplication constante des règles coercitives. Les milieux de la production de biens, de services et de connaissances appliquées considèrent que la réglementation est excessive et que la supervision bureaucratique entrave leurs activités. En même temps, ils exigent une plus grande clarté et cohérence des règles, cette fois coercitives, en ce qui a trait à la propriété industrielle et intellectuelle.

Naviguant entre ces principes et intérêts contradictoires, le législateur canadien aboutit à des lois pleines de contradictions internes qui ajoutent à la confusion existant sur le plan social et économique. Les avantages et la souplesse de la règle de common law jouissent de peu de légitimité auprès des institutions autres que la profession juridique, car les justiciables non initiés ne sont pas aptes à en apprécier ses subtiles distinctions. Par ailleurs, les juges de la Cour suprême ne semblent pas vouloir devancer le législateur sur les questions délicates et non résolues qui foisonnent dans ce domaine de la haute technologie et qui présupposent l'émergence de nouvelles valeurs sociales⁸.

En se prononçant pour l'autorégulation à l'aide d'un Conseil consultatif canadien d'éthique biomédicale, la Commission de réforme du droit du Canada a constaté que :

Le droit, en effet, n'a pas pour mission de réglementer dans ses moindres détails la pratique de la médecine ou l'exercice des activités scientifiques. Il n'est là que pour baliser et structurer les services médicaux et s'assurer d'une façon générale que la médecine s'exerce à l'intérieur des frontières fixées par la société.⁹

Cette philosophie est conforme à l'esprit du droit canadien et à son idéologie libérale, mais elle ne s'applique pas avec la même rigueur quand il s'agit de modifier un domaine plus intrinsèquement juridique, où l'on déplore le manque de clarté et de cohérence du droit pénal ou du droit médical en matière biomédicale¹⁰. La philosophie s'arrête au principe, pendant que dans la pratique certains domaines font l'objet d'une réglementation de plus en plus coercitive et d'autres, d'un laxisme regrettable. Le discours des différentes spécialités juridiques n'est pas exempt des défauts du système; il en reflète les divergences institutionnelles et idéologiques.

Une prise de position claire et précise sur des points controversés comporte des risques politiques. Manifestement, le système socio-politique et juridique

8. *R. v. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *Pioneer Hi Bred Ltd. v. Commissioner of Patents*, [1989] 1 R.C.S. 1623; (1989) 25 C.P.R. (3d) 257; 60 D.L.R. (4th) 223.

9. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour un Conseil consultatif canadien d'éthique biomédicale*, Ottawa, CRDC 1990, p. 1.

10. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les crimes contre les fœtus*, document de travail 58, Ottawa, CRDC, 1989.

canadien n'est pas mûr pour le saut conceptuel adopté par certains pays européens, dont la récente proposition de loi française peut servir d'illustration.

D. CHOIX ENTRE UNE LOI OU UNE RÉGLEMENTATION SPÉCIFIQUE ET LE LIBÉRALISME DU DROIT : L'EXEMPLE DU DROIT FRANÇAIS

Deux principaux modèles de droit s'appliquent actuellement à la médecine, régissant les recherches cliniques et les techniques de reproduction humaine. Le modèle libéral favorise l'autorégulation par le milieu scientifico-médical, de pair avec une réglementation ponctuelle de la santé, complétée par un droit jurisprudentiel flexible, adapté aux circonstances. Ceci correspond au système américain, qui s'apparente au droit positif canadien. Ce modèle n'offre pas de système cohérent et exhaustif dans le domaine biomédical. En revanche, le modèle européen semble plus tranchant et autoritaire; il est basé surtout sur des textes législatifs qui non seulement définissent les principes fondamentaux, mais également imposent des règles spécifiques.

Par exemple, la récente proposition de loi française relative au corps humain, adoptée par l'Assemblée nationale le 25 novembre 1992 limite la liberté de la biomédecine et énonce clairement ses diverses permissions et interdictions¹¹. Elle énonce avec force ses « principes directeurs généraux qui fondent le statut juridique du corps humain pour assurer le respect de la dignité de la personne et protègent l'intégrité du patrimoine génétique, et à travers lui, l'espèce humaine ».

Cette même proposition de loi répond de façon non ambiguë à la plupart des questions que se posent les commissaires canadiens. Elle affirme que le corps humain n'est pas à vendre et que le consentement, l'anonymat et la gratuité sont les fondements de toute transaction touchant les organes et les produits provenant du corps humain (tissus, sang, etc.). Elle interdit toute commercialisation ou utilisation industrielle des embryons.

Le projet de loi française encadre de façon très stricte les pratiques de la reproduction humaine. Il stipule, entre autres, qu'il est permis :

- de pratiquer la technique de procréation médicalement assistée sur un couple formé d'un homme et d'une femme seulement, mariés ou non, mais en âge de procréer. Seule la stérilité ou le risque de transmission d'une maladie grave et incurable justifient le recours à cette technique.
- de recevoir les dons de spermatozoïdes, d'ovules et d'embryons, avec consentement éclairé, en assurant l'anonymat.
- de maintenir sur les géniteurs et génitrices une information biologique et médicale contenant seulement les données pertinentes à la santé de l'enfant.

Ces propositions établissent aussi des interdits dans l'utilisation de ces pratiques aux couples homosexuels et au parent seul; à l'application *post mortem*; à l'établissement ou à la remise en question d'un lien de filiation entre l'enfant et le père biologique (donneur anonyme) ou le père « social »; à la pratique de la maternité de substitution; au don de spermatozoïdes frais pour parer au risque de transmission de maladies ou d'agents pathogènes.

11. Trois projets de loi n^{os} 2599, 2600 et 2601 relatifs à la bioéthique. Bulletin de l'Assemblée nationale, n^o 119, 24 novembre 1992. Ces trois projets relatifs « au don et à l'utilisation des parties et des produits du corps, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au Comité consultatif d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé », sont actuellement débattus par le Sénat français. Service de presse AM/AFP WF49 du 12 janvier 1994.

La pratique du diagnostic prénatal est limitée à la prévention ou au traitement d'une affection grave dans l'intérêt de l'enfant à naître, seulement. Seuls les laboratoires autorisés, enregistrés auprès du ministère de la Santé peuvent pratiquer le diagnostic et autoriser l'interruption thérapeutique d'une grossesse en vérifiant la preuve de la détection d'une anomalie grave.

Cette proposition de loi autorise les thérapies géniques seulement dans le but de protéger l'espèce humaine et de guérir le sujet d'une maladie héréditaire ou acquise, mais sans modifier le matériel génétique ou intervenir dans la descendance d'une personne. Par conséquent, elle permet les thérapies géniques somatiques et interdit les thérapies germinales sur les cellules de l'embryon précoce et sur les gamètes (ovules et spermatozoïdes).

La recherche sur l'embryon et les tissus fœtaux serait autorisée à titre exceptionnel, mais dans les conditions qui seront précisées dans un décret spécial. Les embryons surnuméraires peuvent être conservés pendant au plus cinq ans. Le couple procréateur pourrait demander l'arrêt de leur conservation à tout moment.

Le législateur français, soucieux de parer aux dangers d'eugénisme tente donc de limiter les pratiques de reproduction et les manipulations génétiques à des buts thérapeutiques seulement.

Les recommandations de la commission canadienne sauront-elles filtrer entre les eaux des spécialistes et des généralistes en droit, entre les théologies et les idéologies sociales, en choisissant l'un des modèles avec détermination?

II. DROITS PATRIMONIAUX ET ÉCONOMIQUES : LES CHOSSES ET LES INFORMATIONS

En examinant les principes du droit de propriété qui régissent « les choses » susceptibles d'appropriation dans le champ des techniques et des thérapies de reproduction humaine, nous nous heurtons immédiatement aux excès sémantiques de termes remplis d'émotions, comme « l'appropriation du vivant ». Objet de diverses transactions de nature contractuelle, le « vivant », dans son acception élargie, s'étend au corps humain et suscite de vives réactions et des critiques sociales acerbes.

Des glissements terminologiques entre « la matière biologique » et « le vivant » dominant aussi les discussions sur la protection offerte par le droit de propriété intellectuelle aux informations générées par les recherches sur les gamètes, les embryons ou les tissus fœtaux et l'appropriation par voie de brevet de certains produits ou procédés qui utilisent « le vivant » ou « la matière biologique » autoreproductible.

Dans cette deuxième partie de l'étude, nous examinons d'abord certains principes du droit de propriété sur « les choses » susceptibles d'appropriation, qui peuvent faire l'objet de diverses transactions de nature contractuelle. Nous exposons ensuite les règles pertinentes du droit de la propriété intellectuelle sur les inventions biologiques.

A. L'APPROPRIATION ET LA RÉGULATION DES « CHOSSES BIOMÉDICALES »

Les transactions impliquant les équipements, les matières organiques et chimiques ainsi que les substances biologiques d'origine non humaine, tout en posant certains problèmes d'ordre éthique ou juridique, sont soumises aux règles ordinaires du droit de la propriété applicables aux biens meubles, c'est-à-dire aux

choses. Toutefois, la commercialisation des médicaments, des instruments diagnostiques et thérapeutiques ainsi que les essais cliniques sont soumis à une réglementation et à un contrôle administratif très stricts. Ceci se traduit, par exemple, en l'exigence de licences et en la supervision exercée par les ministères fédéral et provinciaux de la Santé¹².

Le commerce ou la disposition de la matière biologique d'origine humaine et de tout ce qui touche au corps humain, par contre, suscitent plus de doutes quant à leur assujettissement au droit privé ordinaire. Le droit international et canadien imposent, comme on le verra plus loin, la gratuité, le choix et le consentement éclairé de la personne concernée par les actes médicaux. En ce qui a trait à l'appropriation ou à l'utilisation du matériel génétique (les organes, tissus cellulaires ou parties corporelles régénérables), la liberté contractuelle est balisée par les principes constitutionnels du respect de l'individu, de sa dignité et de son intégrité conférés par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³.

Le régime des droits fondamentaux et patrimoniaux des fœtus, des embryons, des gamètes ou autres matériaux de reproduction humaine (placenta, tissus) pose des défis pratiques et juridiques. Étant donné l'ambivalence entre « la personne » et l'« être humain potentiel » (fœtus, embryon), il est difficile d'arriver à un consensus en l'absence de règles précises en la matière. L'utilisation de matériaux de reproduction humaine à des fins de recherche et leur commercialisation éventuelle méritent l'attention toute particulière de la Commission royale d'enquête, puisque la doctrine et les quelques dispositions éparées de droit canadien démontrent un régime juridique plutôt morcelé (le *Code criminel* en cas d'abus graves et le droit de la responsabilité civile non spécifique).

La Commission de réforme du droit du Canada dans son document *Les crimes contre le fœtus* insiste sur le manque de cohérence et de clarté des dispositions du *Code criminel* et du droit pénal pour régir la pratique biomédicale relative aux embryons et aux fœtus :

Il est aussi de notoriété que les dispositions en cause baignent dans la confusion. À preuve, par exemple la signification donnée aux termes « être humain », « personne » et « santé » dans l'ensemble de ce chapitre du code.¹⁴

Les recommandations de cette commission « visent uniquement le fœtus défini comme produit de la fécondation dans l'utérus [...] et “la personne” s'entend d'une personne déjà née, complètement sortie vivante du sein de sa mère »¹⁵. Par conséquent, ces recommandations ne touchent pas les embryons produits par fécondation *in vitro*, qui se trouvent hors utérus et nous laissent encore sans réponse quant à l'application du concept de la personne humaine aux fœtus et aux embryons. Les auteurs de ce rapport expriment une opinion libérale sur les finalités de l'expérimentation scientifique sur les embryons et fœtus qui « serait acceptable lorsqu'elle répond à des objectifs tels que l'accroissement des connaissances sur la vie humaine, l'aide aux couples sans enfants, la mise au point de traitements pour d'autres fœtus et embryons présentant des malformations [...] »¹⁶.

12. *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. 27; *Loi sur le don de tissus humains*, L.R.O. 1990, c. H.20; *Code de déontologie médicale*, R.R.Q. c. M-9; *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, arts. 19-24; 42-49.

13. *Supra*, note 4.

14. *Supra*, note 10, p. 2.

15. *Id.*, pp. 51 et 62.

16. *Id.*, p. 62.

Ce principe énoncé est aussitôt contredit par ses auteurs qui continuent : « Premièrement, les expériences ne devraient être autorisées qu'avec consentement des parents [...] deuxièmement, les recherches devraient se limiter aux embryons âgés de moins de 14 jours [...] dans le cadre de la recherche médicale, et non à des fins commerciales ». Ils proposent ensuite d'autres interdictions : recherches sur les croisements entre l'espèce humaine et des espèces animales, la création par clonage d'êtres humaines identiques entre eux, l'implantation d'embryons humains dans des animaux ou à l'inverse, l'ectogénèse (fait de maintenir des embryons hors de l'utérus), la parthenogénèse (production d'embryons sans union d'un ovule et d'un spermatozoïde), la fusion d'embryons (fait de combiner deux embryons ou davantage pour créer un seul être) et les expériences visant à créer des chimères¹⁷. D'après les auteurs, on devrait criminaliser les expériences qui relèvent largement de la science-fiction, alors que les projets biomédicaux actuels et possibles sur les fœtus hors utérus continueraient à être soumis au régime d'autorégulation par les comités scientifiques dans le respect vaguement défini du fœtus. Le principe de gratuité et l'exigence de l'approbation de protocoles scientifiques sont énoncés de façon toute aussi générale. Recommandée précédemment par le comité consultatif sur le stockage et l'utilisation du sperme humain¹⁸, la congélation et la conservation des embryons devraient être légales pendant cinq ans, mais pas au-delà du décès des donneurs.

En conclusion, on peut voir que les auteurs du document d'étude 58 nous suggèrent l'application du modèle consensuel médical aux recherches effectuées sur les embryons et les fœtus, tout en leur refusant le statut de personne sur le plan du droit pénal. Cette dernière suggestion nous laisse avec de nombreux problèmes conceptuels de distinction entre le droit personnel et réel obscurcie par la coexistence de ce double statut de la chose (non personnel) à laquelle on doit le respect réservé à la personne.

Le fœtus et l'embryon sont-ils des personnes ou des choses? Les gamètes et les tissus fœtaux sont-ils des substrats ou des parties du corps humain réifié? Les manipulations génétiques ou les méthodes diagnostiques doivent-elles être soumises aux mêmes règles et aux mêmes limites morales que les catégories précédentes?

En examinant la nature juridique du matériel génétique, Jean-Christophe Galloux, arrive à la conclusion suivante :

Le matériel génétique, quelle que soit son origine animale, végétale ou humaine, et à quelque niveau qu'on appréhende, matériel ou informationnel, est une chose. La qualification réelle n'implique pas plus son appropriation ou son commerce : les catégories fondamentales de la chose commune et de choses hors commerce nous le rappellent. Elle ne nie pas la valeur du matériel génétique et du corps humain. Elle consacre plutôt l'idée que la valeur s'apprécie non dans la nature de la chose, mais en relation avec l'intimité et la nécessité du lien qui unit la chose à la personne. C'est donc au stade du régime juridique de « ces choses génétiques » que le droit devra promouvoir la défense du vivant et la protection de la dignité de l'homme.¹⁹

17. *Id.*, pp. 64-65.

18. Rapport présenté au ministère de la Santé et du Bien-être social, Ottawa, Santé et Bien-être social, Canada, 1981.

19. J.-C. GALLOUX, « De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant », (1989) 34 *Revue de la recherche juridique*, p. 540 et s.

Par l'emploi de notions de droits inaliénables, un régime juridique peut assurer « le contrôle du propriétaire sur sa personne, son corps, sa réputation, son intimité, assortis d'un éventail de garanties, généralement élevées au rang de droits fondamentaux », souligne le professeur Ejan MacKaay dans sa description des droits privés non transférables (inaliénables) en droit civil²⁰.

Le système de common law n'échappe pas non plus à la nécessité de catégoriser les droits afférents aux matériaux provenant du corps humain. La fameuse affaire *Moore* illustre bien la difficulté conceptuelle²¹ à séparer « la chose » de « la personne » et à préciser ses modalités juridiques (usages, aliénabilité, recours). Dans cette affaire, *Moore*, un patient réclamait le droit de propriété sur ses cellules cancéreuses qu'on lui avait prélevées lors d'un traitement thérapeutique et qui avaient fait l'objet d'un brevet sans qu'il en soit informé ou qu'il y consente. La Cour suprême de la Californie a refusé de reconnaître le droit de propriété de l'individu sur son tissu cellulaire, mais a affirmé son droit au respect de sa personne dans le cadre d'un contrat médical fondé sur un consentement éclairé et de *fiduciary duty* liant le médecin au patient.

C'est d'ailleurs l'un des fondements de la doctrine consensualiste présentée par Bartha Knoppers dans son étude sur la dignité humaine et le patrimoine génétique²². Fondée sur le modèle des droits fondamentaux et du contrat médical, cette doctrine découle du *Code International d'éthique médicale*, adopté par l'Association médicale mondiale en 1949, à la suite du procès des médecins nazis à Nuremberg en 1947. C'est durant ce procès qu'ont été définies les normes juridiques et déontologiques internationales relatives à la recherche clinique et biomédicale. Ces normes visent la protection des humains en tant que sujets de la recherche médicale, imposent le consentement libre et éclairé de l'individu qui fait l'objet de l'expérimentation et exigent l'évaluation des risques et des bénéfices thérapeutiques pour la personne en cause²³.

B.M. Knoppers, dans l'étude précitée, développe une théorie de la « justice génétique » s'appliquant aux examens de dépistage et aux conseils génétiques. Cette théorie englobe une grande partie des préoccupations éthico-juridiques soulevées par la Commission royale sur les techniques de reproduction humaine : la recherche, le diagnostic, la mise en banque d'ADN, la thérapie génétique, les conseils préalables à la conception, le diagnostic prénatal et le choix de procréation, y compris le don de gamètes ou d'embryons²⁴.

L'analyse de nombreuses études traitant de l'éthique biomédicale effectuées au niveau national et international à partir des années 1980, permet à Bartha Knoppers de postuler l'existence de trois principes éthiques communs à la médecine et à la génétique humaine : le principe de l'autonomie fondé sur la liberté de choix et d'action des individus, afin d'assurer le respect de la personne; le principe de bienfaisance, afin de veiller au bien-être individuel ou collectif des autres; et le

20. E. MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction? », dans *Les nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992, p. 224.

21. *Moore v. Regent of University of California*, 51 Cal. 3d 120; 793 p. 2d 479; 271 Cal. Rptr 146 (1990).

22. H. GUAY et B.M. KNOPPERS, « Information génétique : qualification et communication en droit québécois », (1990) 21 *R.G.D.* 545; B.M. KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, document d'étude, Série protection de la vie, Ottawa, CRDC, 1991.

23. J.-M. AUBY, *Le droit à la santé*, Paris, PUF, 1987.

24. *Supra*, note 22, p. 66.

principe de non-malfaisance ou de restriction de l'autonomie individuelle, afin d'éviter de causer préjudice à autrui.

Bartha Knoppers se base sur les travaux de George Agich, portant sur la justice génétique et le nouveau contrat social de dignité et d'égalité génétique. Elle y ajoute deux autres principes : le principe de réciprocité et le principe de mutualité, afin de « former l'assise morale d'un système de freins et de contrepoids établi par des citoyens éclairés et non imposés par l'ignorance ou la prérogative de l'État »²⁵.

Les règles fondées sur la « justice génétique » seraient élaborées en tenant compte des éléments pragmatiques de nature socio-économique et professionnelle, tout en restreignant de façon légitime les libertés individuelles et collectives. Elles présupposent une meilleure communication des connaissances dans le contexte privilégié de la relation entre le médecin et les patients et une répartition plus équitable des ressources, favorisant la responsabilité collective et individuelle, tout en préservant le caractère privilégié et confidentiel du contrat médical. Selon Bartha Knoppers,

La nouvelle génétique humaine exige un examen plus approfondi des questions relatives aux droits de la personne [...] reliés à la discrimination, à l'assurance, à l'emploi, aux règles de preuve, au partage ou au vol de renseignements et, en particulier, aux répercussions possibles de la génétique sur la politique et la législation sanitaires. [...] Il faut examiner les incidences de cette discipline sur la common law et sur le droit civil du Québec, relativement aux contrats, aux biens, à la propriété intellectuelle, au droit de la famille, au droit des personnes et au droit de la responsabilité civile.²⁶

Cette théorie généreuse et humaniste nous laisse devant une réalité juridique confuse, imparfaite et soumise aux pressions inconciliables de groupes égocentriques et plutôt mal éclairés, sans proposer de directives concrètes dans le domaine du droit patrimonial. Bartha Knoppers propose de réformer le système libéral et individualiste du contrat médical à partir d'une théorie du contrat social modifié. Or, cette théorie ne semble pas avoir convaincu les auteurs de critiques sociales virulentes qu'engendrent les techniques de reproduction humaine et la diffusion de nouvelles techniques biotechnologiques²⁷.

Les décisions et les actes médicaux font actuellement l'objet de contrôles judiciaires et des sanctions *a posteriori*. Les rares décisions de la Cour suprême du Canada abordent ces questions indirectement seulement (*Eve, Daigle* et *Dymont*²⁸) et ne font qu'augmenter les incertitudes des justiciables confrontés à un système d'autorégulation par les comités de bioéthique²⁹. Étant sous le contrôle des spécialistes, ces comités suscitent la méfiance exacerbée du public et des spécialistes appartenant à d'autres disciplines et horizons idéologiques.

Bien que les professionnels de la santé considèrent les normes bioéthiques suffisantes pour prévenir les conséquences « perverses » de l'eugénisme, il nous semble préférable d'exiger un cadre constitutionnel et législatif établissant des normes générales et impersonnelles, applicables sans discrétion, et posant les jalons du comportement biomédical dans les années à venir.

25. *Id.*, p. 76.

26. *Id.*, p. 84.

27. L. VANDELAC, *op. cit.*, note 6.

28. *E. (M^{me}) v. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 338; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *R. v. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

29. *Pour un Conseil consultatif canadien d'éthique biomédicale*, *supra*, note 9, p. 1.

B. DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET INDUSTRIELLE

Les recherches et les activités médicales, diagnostiques et thérapeutiques dans le domaine de la reproduction humaine exigent des investissements publics et privés et constituent des activités économiques rentables. En débouchant sur des informations nouvelles et des enseignements utiles, elles bénéficient de la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement par le droit de brevets d'invention, qui régleme les modalités de l'appropriation exclusive, bien que temporaire, des choses intangibles. En effet, certains objets, procédés ou méthodes découverts et développés dans le domaine de la reproduction humaine constituent des réalisations scientifi-co-techniques nouvelles, utiles et reproductibles, donc brevetables sous le régime de la *Loi canadienne sur les brevets*³⁰. Le système des brevets est habituellement considéré plus approprié que le simple droit de propriété pour stimuler et protéger l'innovation technologique, clé de la concurrence industrielle et commerciale au Canada. Les récentes discussions sur le GATT font ressortir l'extrême importance de la protection efficace de la propriété intellectuelle dans le développement des échanges internationaux³¹.

Depuis une vingtaine d'années, l'apparition de nouveaux objets biotechnologiques, utilisant le matériel biologique et génétique à des fins industrielles, agricoles et commerciales, a nécessité une adaptation des conditions de fond et de forme du droit des brevets aux particularités des nouvelles technologies du vivant. Cette adaptation est difficile, particulièrement au Canada où les aspects éthiques camouflent parfois des visées protectionnistes, tempérées récemment par les exigences des accords commerciaux avec les États-Unis³².

1. Les inventions touchant l'être humain, ses cellules et ses organes

Au Canada, il est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs de breveter l'être humain, étant donné son statut de personne et sujet de droit³³. Pour des raisons semblables, les traitements médicaux ou chirurgicaux du corps humain ne sont pas brevetables³⁴. Ceci inclut les méthodes de reproduction humaine. La doctrine considère, en règle générale, que les ovules fécondés, les embryons et les fœtus doivent être assimilés au statut juridique applicable aux êtres ou organes humains³⁵. L'application de ce principe fondamental du droit de la personne repose sur le respect de l'intégrité et de la dignité humaines, maintes fois réaffirmé par la Cour suprême du Canada³⁶.

Jusqu'en 1987, la *Loi canadienne sur les brevets* ne reconnaissait pas la brevetabilité des substances pharmaceutiques³⁷. La revendication des droits

30. L.R.C. 1985, c. P-4, mod. par L.R. 1985, c. 33 (3^e supp.).

31. F.-K. BEIER et G. STRICKER, éd., *GATT or W.I.P.O.? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Munich, IIC Studies, 1989.

32. SCIENCE COUNCIL OF CANADA, *Innovation and Intellectual Property Rights in Canada*, Ottawa, Science Council of Canada, 1990.

33. F. FARFAN, « Patentability of Life-form », (1988) 5 *Can. comp. L.R.* 138.

34. *Tennessee Eastman Co. v. Comm. of Patents*, (1972) 8 C.P.R. (2d) 202; [1974] R.C.S. 111; *Re Application of Neuro Med Inc.*, (1990) 28 C.P.R. (3d) 281.

35. B. BERNHARD, *La protection des innovations biologiques*, Bruxelles, Maison Larcier S.A., 1991, pp. 159-174.

36. *Morgentaler v. R.*, [1988] 1 R.C.S. 164; *supra*, note 32.

37. *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.R.C. 1985, c. 33 (3^e supp.), adoptée en 1987.

exclusifs en matière des méthodes diagnostiques n'est toujours pas réglée de façon définitive³⁸. Les procédés d'obtention de cellules humaines et leurs utilisations dans la production de substances pharmaceutiques sont en principe brevetables, pourvu qu'ils répondent aux critères de fond et de forme de la Loi. L'article 27(3) de la *Loi canadienne sur les brevets* prévoit : « Il ne peut être délivré de brevet pour une invention dont l'objet est illicite non plus que pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques ». Cette disposition a été modifiée suite à l'adoption du projet de loi relatif à la mise en application de l'AENA. L'exigence de l'objet licite a disparu de la loi subitement.

Bien que les cellules et le matériel génétique humain ne soient pas exclus de façon explicite du champ des objets brevetables, leur brevetabilité pourrait être limitée en application de l'arrêt *Pioneer*, pour des raisons inhérentes au système du droit des brevets plutôt qu'en vertu du principe général de non-brevetabilité³⁹. À présent, seuls les organismes vivants unicellulaires sont brevetables au Canada. Cette catégorie inclut les hybridomes, les lignées cellulaires et les séquences génétiques d'origine humaine⁴⁰.

Définissant le domaine d'application du droit des brevets, l'article 2 précise que seule l'invention qui présente le caractère de la nouveauté et de l'utilité constitue une catégorie brevetable. L'interprétation judiciaire de ces caractères aboutit à une distinction entre les découvertes ou les produits essentiellement biologiques et les inventions biologiques obtenues par l'intervention humaine. Les procédés ou les utilisations de produits résultant d'une activité inventive humaine, lorsqu'ils sont reproductibles et susceptibles d'application industrielle, sont protégés par la *Loi canadienne sur les brevets*.

Les milieux industriels et scientifiques réclament une protection accrue des inventions biologiques et une interprétation libérale des conditions de brevetabilité précitées, afin d'accroître le champ d'application de cette Loi. Ils considèrent que la « matière vivante » ne diffère pas des objets inanimés de nature physico-chimique qui la composent et qu'elle devrait par conséquent être brevetable, sans poser de problèmes éthiques particuliers car la matière vivante constitue un objet de commerce depuis plus de cent ans⁴¹.

En revanche, nombreux sont ceux qui dénoncent l'octroi de monopoles pour des innovations génétiques. Certains soutiennent que la vie est sacrée et ne peut faire l'objet de technique brevetable; d'autres perçoivent la recherche scientifique et ses résultats comme des *res communes*, des objets hors commerce non brevetables qui devraient contribuer au progrès et au bien-être de l'humanité, sans devenir la propriété exclusive d'un particulier.

Une affaire récente aux États-Unis concernant le dépôt de brevet par des chercheurs du National Institute of Health⁴² en matière de séquences du génome humain a soulevé une tempête de protestations de la part du public et des milieux scientifiques. Le Bureau de brevets américain a pour le moment refusé cette demande à cause de l'absence de l'indication de leurs fonctions spécifiques, donc

38. *Re Pollacks Application*, (1988) 22 C.P.R. (3d) 159; *Re application of Goldenberg*, (1973) 2 C.P.R. (2d) 283.

39. *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Commissionner of Patents*, *supra*, note 8.

40. *Re Application of Abitibi Co. v. Commissionnaire des Brevets*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 81.

41. I.P. COOPER, *Biotechnology and the Law*, New York, Clark Boardman, 1989.

42. *La demande de brevet de Craig Venter*, (1992) 10 *BIO/Technology* 1410.

de son utilité concrète, laissant cependant sans réponse la question de la brevetabilité du génome humain, en tant que tel.

Le droit américain des brevets est beaucoup plus libéral que le droit canadien et comprend très peu d'exclusions expresses. Il étend la brevetabilité aux plantes, aux animaux, aux méthodes thérapeutiques, chirurgicales et diagnostiques⁴³, en suivant le principe énoncé dans l'arrêt *Chakrabarty*, selon lequel « tout ce que l'homme peut fabriquer sous le soleil » et qui n'est pas l'œuvre de la nature serait brevetable si cette invention satisfait par ailleurs aux critères de fond et de forme de la loi sur les brevets américaine⁴⁴.

2. Éthique et bonnes mœurs : limites à la brevetabilité

Les obstacles à la brevetabilité de la matière vivante, spécialement celle d'origine humaine, découlent de l'application du principe général des bonnes mœurs. Présent dans d'autres relations juridiques et contractuelles, ce principe sert de fondement, à la fois large et flexible, pour une prise en considération des critères moraux et extrajuridiques⁴⁵ et l'application des droits de la personnalité et du droit constitutionnel précédemment discutés. Les spécialistes de brevets évitent tant qu'ils peuvent les discussions éthiques, en déléguant cette tâche au juge ou législateur.

En l'absence d'un code d'éthique biomédicale généralement accepté, ce principe n'est pas souvent invoqué en tant que tel devant les tribunaux canadiens. Il pourrait toutefois devenir une base juridique dans le processus de l'intégration progressive de la norme bioéthique au système des règles juridiques positives en attendant que le législateur canadien se prononce de façon plus claire et plus spécifique.

CONCLUSION

Les travaux de la Commission royale sur les techniques de reproduction humaine contribueront-ils à éclairer le législateur canadien et les instances judiciaires sur l'état actuel du « code » de la morale publique?

Pour savoir qui doit être protégé et contre qui, on réclame l'intervention sage et efficace d'un système de droit incapable de résoudre ses propres contradictions internes. Ce dernier ne semble pas le mieux armé pour trancher les incertitudes de l'humanité. L'ordre juridique est-il capable de livrer une réponse appropriée aux enjeux non seulement économiques, mais sociaux et philosophiques de notre société en pleine mutation?

Le domaine des techniques de reproduction humaine illustre de façon dramatique la relation ambivalente entre les connaissances scientifiques et sociales. L'intervention technique spectaculaire dans la reproduction et la manipulation du vivant remet en cause les valeurs traditionnelles, communes et individuelles, stimulant l'antagonisme des intérêts sociaux et économiques puissants.

Le législateur français, par exemple, après dix ans de réflexion, tente d'interdire la thérapie génique germinale, certainement par respect d'une opinion

43. I.P. COOPER, *op. cit.*, note 41.

44. *Diamond v. Chakrabarty*, 20 U.S.P.Q. 193 (16 juin 1980).

45. Y.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Paris, LITEC 1984, n° 117, pp. 65-66.

publique inspirée indirectement par la morale religieuse, qui proscriit toute intervention humaine dans le processus de la reproduction. La confusion et la tension constantes entre le progrès moral et le progrès matériel nous placent dans le cercle vicieux de « l'ordre naturel » qui ne semble pas favoriser outre mesure la justice génique ou sociale.

Le philosophe français de la science, Pierre-André Taguieff, résume le paradoxe du progrès scientifique et du progrès moral déchirant nos sociétés en écrivant :

le mot « eugénisme » est devenu *a priori* péjoratif depuis qu'il évoque inévitablement son pire avatar, celui promu par le nazisme. D'où un amalgame systématique avec le racisme. Cette confusion est exploitée par certains idéologues, chercheurs et autres néo-obscurantistes qui satanisent le génie génétique, la biomédecine, voire la recherche fondamentale.⁴⁶

46. P.-A. TAGUIEFF, « Non aux imprécateurs », *Le Nouvel Observateur*, 9 janvier 1993, p. 31.