
Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

Organes, tissus, cellules: loin du corps, loin de la personne?

Thèse
présentée à la Faculté de droit et des sciences
économiques de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit

par
Odile Pelet

2002



Stämpfli Editions SA, Entreprise d'arts graphiques, Berne

Madame Odile Pelet est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «Organes, tissus, cellules: loin du corps, loin de la personne?».

Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 22 novembre 2000

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
de l'Université de Neuchâtel

Pierre Wessner

Le même ouvrage a été publié aux Stämpfli Editions SA à Berne comme fascicule 5
de la série

Collection de l'Institut de droit de la santé IDS

© Stämpfli Editions SA Berne · 2002

Réalisation intégrale par Stämpfli SA.
Entreprise d'arts graphiques, Berne

Printed in Switzerland

*A mon grand-père, si fier de ce
travail, mais parti trop tôt pour en
voir la fin.*

Remerciements

Il est des remerciements qui ne prennent qu'une ligne. Ceux qui vont suivre font deux pages, pour la simple raison que nombreux sont ceux qui, de près ou de loin, ont participé à ce travail, et que je tiens à les remercier tous.

Le sujet de cette thèse m'a été proposé par le Professeur Olivier Guillood, directeur de l'Institut de droit de la santé, à l'Université de Neuchâtel. Il a ensuite accepté de la diriger, ce dont, jamais, je ne saurai suffisamment le remercier. Malgré un emploi du temps surchargé, il ne s'est pas contenté de surveiller mes progrès de loin, mais a suivi ce travail pas à pas, apportant à ma thèse des corrections toujours minutieuses, précises, enrichissantes. Les heures, nombreuses, qu'il a eu la gentillesse de me consacrer afin de débattre des problèmes que soulèvent le sujet de ma thèse et le droit médical en général ont fait de l'expression consacrée de la solitude du doctorant une idée dont je ne connais pas la réalité.

Si le Professeur Guillood a nourri les réflexions juridiques de cette thèse, il a fallu également un apport, essentiel, des milieux médicaux. Je tiens à remercier chaleureusement les Professeurs et Docteurs Philippe Schneider, Marc Germond, Michel Dutoit, Armand Bottani et Pierre Sprumont, auprès de qui je suis allée chercher les informations techniques qui me faisaient largement défaut. Malgré des emplois du temps souvent débordés, ils ont déniché quelques heures à consacrer à mes questions, parfois saugrenues et toujours nombreuses. Les entretiens qu'ils ont eu la gentillesse de m'accorder comptent parmi les heures les plus passionnantes de ces années de thèse.

Mes remerciements vont également à M. Alberto Crespo, juriste au CHUV, qui a soutenu ma démarche théorique par des cas pratiques, me permettant de croire, ne serait-ce que l'espace d'une discussion, que tous les exemplaires de ma thèse ne prendraient pas la poussière sur un rayon de bibliothèque.

Une thèse suppose bien sûr un apport scientifique, mais elle nécessite également un entourage suffisamment solide pour supporter le

découragement chronique, les semaines de silence radio en phase de création et surtout les années qui passent sans voir apparaître le résultat de tant d'efforts...

Je ne me serais pas lancée dans la voie doctorale sans les encouragements de mes oncles Vincent Pelet et Pierre del Boca. Ils ont en outre contribué à entretenir ma motivation, parfois défaillante, ce dont je leur sais gré.

Ce sont les murs de l'Institut de droit public qui ont vu naître et progresser cette thèse. Et ce sont donc mes occupantes préférées de ces locaux, Sylvie Cossy, Anouk Neuenschwander et Maryl Tintori, qui ont suivi au quotidien les aléas de ce travail (un peu), et du reste de ma vie (surtout). Ces années d'assistantat ne m'ont peut-être pas appris à «gérer mes émotions», mais je conserve un souvenir lumineux de ces quatre ans d'amitié et de rires. C'est tout particulièrement à Maryl que vont mes pensées, pour sa présence chaleureuse, son oreille attentive, ses fous rires et ses gouttes de Carmol.

Il a fallu, également, tout le soutien de ma famille, Fabienne, Daniel, Matthieu, Sophie, Xavier, Serge et Isabelle, et surtout de mes parents, et principaux sponsors, Josiane et Bernard Pelet. Cette thèse est le fruit de la passion contagieuse de mon père pour la médecine et des conseils avisés de ma mère en faveur d'une formation juridique. Mes parents méritent une mention spéciale, car il est des épisodes de la réalisation de ce travail (notamment un certain départ en Australie...) qui les a plongés dans une panique dont ils sont à peine remis. Cette thèse est, ainsi, aussi la leur et je n'ai pas de mot pour exprimer ce que je leur dois.

Enfin, ces années de thèse auraient été désespérantes sans mes amis exceptionnels: Alex Shalofsky, Laure Henchoz, Marisole Bugnon, parce qu'elles ont toujours été là et qu'elles ont fait de moi ce que je suis aujourd'hui; Alain Détraz, Daniel Hammer, Dimitri Teboul, Lucien Krenger, Marco Damizia, Michel Borlat, Pascal Savary, Sébastien Jost, parce qu'ils ont mis beaucoup d'enthousiasme à fêter la fin de chacun des chapitres de ce travail. Il est des gens sans qui cette thèse n'aurait pas été écrite. Sans vous tous, elle aurait été terminée beaucoup plus rapidement.

A cette longue liste, je dois ajouter en dernière minute Me Philippe Conod, qui s'est acquis ma reconnaissance éternelle en me sauvant de la crise de nerfs au tout dernier stade de l'impression de mon manuscrit.

D'une manière ou d'une autre, vous avez tous pris part à cet ouvrage et, ainsi, fait de ces années de thèse la plus belle période de ma courte vie. C'est donc, logiquement, à vous tous que je le dédie.

C'est l'innocent forfait de la nature que d'avoir composé les êtres avec la substance des choses.

JEAN ROSTAND, *Pensées d'un biologiste*, Paris, 1978, p. 86.

Sommaire

Sommaire	I
Table des matières	V
Table des abréviations	XXVII
Introduction	1
1ère partie La nature des parties séparées	7
Chapitre I Le corps humain	9
§ 1 Le droit et la personne.....	9
§ 2 La personne dans son corps.....	10
§ 3 Le droit sur le corps.....	12
§ 4 Le corps et les parties séparées.....	13
§ 5 Conclusion.....	15
Chapitre II La partie séparée, une chose	17
§ 1 Le statut actuel des parties séparées.....	17
§ 2 La notion juridique de chose.....	38
§ 3 Energies et forces naturelles.....	63
§ 4 Conclusion.....	84

Chapitre III Le type de chose.....	87
§ 1 Chose de droit privé ou res extra commercium.....	87
§ 2 Partie intégrante, fruit, accessoire ou chose indépendante	116
§ 3 Conclusion.....	123
2ème Partie Le droit sur la partie séparée.....	125
Chapitre IV Le droit de propriété	127
§ 1 La doctrine.....	127
§ 2 Les caractéristiques du droit de propriété	149
§ 3 Les restrictions à la propriété.....	170
§ 4 Conclusion.....	178
Chapitre V Le droit de la personnalité.....	181
§ 1 La doctrine.....	182
§ 2 L'objet du droit de la personnalité	182
§ 3 Les caractéristiques du droit de la personnalité	202
§ 4 Le mécanisme de protection de la personnalité.....	215
§ 5 Les restrictions au droit de la personnalité.....	252
§ 6 Le droit de la personnalité et la liberté personnelle	268
§ 7 Conclusion.....	269
3ème Partie Application pratique de la thèse adoptée	275
Chapitre VI La transfusion sanguine	277
§ 1 La transfusion sanguine en Suisse.....	277

§ 2 Les relations entre le donneur et le Centre de transfusion.....	289
§ 3 Les relations entre le Centre de transfusion et l'hôpital.....	320
§ 4 Les relations entre le donneur et l'hôpital	348
§ 5 Conclusion.....	348
 Chapitre VII La banque de sperme.....	351
§ 1 La banque de sperme du CHUV.....	351
§ 2 Les relations entre le donneur et la banque.....	359
§ 3 Les relations entre la banque et le couple receveur.....	391
§ 4 Les relations entre le donneur et le couple receveur.....	414
§ 5 Conclusion.....	414
 Chapitre VIII La génétique médicale.....	417
§ 1 La génétique en faits	417
§ 2 L'analyse génétique	429
§ 3 Conclusion.....	458
 Conclusion.....	461
 Bibliographie.....	465

Table des matières

Sommaire.....	I
Table des matières.....	V
Table des abréviations.....	XXVII
Introduction.....	1
1ère partie La nature des parties séparées	7
Chapitre I Le corps humain.....	9
§ 1 Le droit et la personne.....	9
§ 2 La personne dans son corps.....	10
§ 3 Le droit sur le corps	12
§ 4 Le corps et les parties séparées.....	13
§ 5 Conclusion.....	15
Chapitre II La partie séparée, une chose.....	17
§ 1 Le statut actuel des parties séparées.....	17
1. Le statut actuel des organes, tissus et cellules.....	18
A. Le statut en Suisse	19
1. <i>La législation suisse</i>	19

2. <i>La jurisprudence suisse</i>	19
3. <i>La doctrine suisse</i>	20
B. Le statut à l'étranger	21
1. <i>Le statut en France</i>	21
A. Les lois de juillet 1994	21
B. La jurisprudence française	23
C. Les auteurs français	23
i. La doctrine française classique	24
ii. La doctrine française récente	24
1. Les auteurs favorables à la qualification de chose	24
2. Les auteurs opposés à la qualification de chose	26
2. <i>Le statut en Allemagne</i>	27
A. La législation allemande	28
B. La jurisprudence allemande	28
C. Les auteurs allemands	28
II. Le statut actuel des gamètes	29
A. Le statut en Suisse	29
1. <i>La législation suisse</i>	30
2. <i>La jurisprudence suisse</i>	30
3. <i>Les auteurs suisses</i>	30
B. Le statut à l'étranger	31
1. <i>Le statut en France</i>	32
A. La jurisprudence française	32
B. Les auteurs français	32
2. <i>Le statut en Allemagne</i>	33
A. La jurisprudence allemande	33
B. Les auteurs allemands	33
III. Le statut actuel de l'ADN	34
A. Le statut en Suisse	35
B. Le statut à l'étranger	35
1. <i>Le statut en France</i>	35
2. <i>Le statut en Allemagne</i>	37
IV. Conclusion	37
§ 2 La notion juridique de chose	38
I. Objet matériel	38
A. Le caractère matériel des organes, tissus et cellules	39
B. Le caractère matériel des gamètes	39
1. <i>L'aspect corporel des gamètes</i>	40
2. <i>L'aspect incorporel des gamètes</i>	41

C. Le caractère matériel de l'ADN	42
1. <i>L'aspect corporel de l'ADN</i>	43
2. <i>L'aspect incorporel de l'ADN</i>	44
A. La notion d'information génétique	44
1. L'analyse génétique	44
II. L'information génétique	45
B. La nature de l'information génétique	46
1. Le statut de l'information en général	46
II. Le statut de l'information génétique	46
III. Le caractère immatériel de l'information.....	47
D. Conclusion.....	48
II. Objet délimité.....	49
III. Objet susceptible d'une maîtrise humaine	50
A. Objet susceptible d'une maîtrise de fait	51
B. Objet susceptible d'une maîtrise juridique	51
1. <i>Le concept de maîtrise juridique dans la doctrine</i>	52
2. <i>L'appréciation de la définition doctrinale</i>	53
3. <i>Maîtrise juridique et extra-commercialité</i>	54
C. Conclusion	55
IV. Objet impersonnel	55
A. La notion d'impersonnalité.....	56
B. La hiérarchie des parties séparées au regard du critère d'impersonnalité.....	56
C. Le caractère impersonnel des parties séparées.....	58
1. <i>Le caractère impersonnel des organes, tissus et cellules</i>	58
A. L'appréciation doctrinale du caractère impersonnel	58
B. L'appréciation personnelle	59
2. <i>Le caractère impersonnel des gamètes</i>	59
A. L'appréciation doctrinale et jurisprudentielle du caractère impersonnel.....	59
1. La doctrine suisse.....	59
II. La jurisprudence et la doctrine étrangères	61
1. La jurisprudence et la doctrine françaises.....	61
2. La jurisprudence allemande	61
B. L'appréciation personnelle	61
3. <i>Le caractère impersonnel du matériel génétique</i>	62
A. L'appréciation doctrinale du caractère impersonnel	62
B. L'appréciation personnelle	62
D. Conclusion.....	63
§ 3 Energies et forces naturelles	63

I. L'article 713 CC.....	64
A. Forces naturelles.....	64
1. <i>Forces et énergies</i>	65
A. La définition doctrinale.....	65
B. La définition personnelle.....	65
2. <i>Le caractère matériel de l'énergie</i>	66
A. L'appréciation doctrinale.....	66
B. L'appréciation personnelle.....	67
3. <i>La définition</i>	68
A. Le texte légal.....	68
B. La définition doctrinale.....	68
C. La définition personnelle.....	70
I. La capacité de fournir un travail.....	70
II. La provenance naturelle.....	70
III. Le caractère invisible à l'oeil nu.....	70
B. Susceptibles d'appropriation.....	71
1. <i>La définition doctrinale</i>	71
2. <i>La définition personnelle</i>	72
A. L'indépendance de la matière et de l'énergie.....	72
B. La maîtrise de l'énergie potentielle.....	73
C. Pas comprises dans un immeuble.....	73
II. L'analogie envisageable.....	74
A. Les «forces génétiques».....	74
1. <i>Energies</i>	74
A. La capacité de produire un travail.....	75
B. La provenance naturelle.....	75
C. Le caractère invisible à l'oeil nu.....	76
D. Conclusion.....	76
2. <i>Susceptibles d'appropriation</i>	76
A. L'indépendance de la matière et de l'énergie.....	76
B. La maîtrise de l'énergie potentielle.....	77
3. <i>Le clonage</i>	78
4. <i>Conclusion</i>	81
B. L'information génétique.....	82
1. <i>Energie</i>	82
A. La capacité de produire un travail.....	82
B. La provenance naturelle.....	83
C. Le caractère invisible à l'oeil nu.....	83
2. <i>Susceptibles d'appropriation</i>	83
A. L'indépendance de la matière et de l'énergie.....	83
B. La maîtrise de l'énergie potentielle.....	83

3. Conclusion.....	84
§ 4 Conclusion.....	84
Chapitre III Le type de chose.....	87
§ 1 Chose de droit privé ou res extra commercium.....	87
I. La notion de chose hors commerce.....	88
A. La chose hors commerce en droit romain.....	88
B. La chose hors commerce en droit positif suisse.....	88
1. La définition de la chose hors commerce.....	88
2. La portée de la notion d'extra-commercialité.....	90
3. Choses partiellement et totalement hors commerce.....	91
II. Le caractère hors commerce des tissus, organes et cellules.....	92
A. La doctrine suisse.....	93
B. La doctrine et la jurisprudence étrangères.....	94
1. La doctrine et la jurisprudence françaises.....	94
2. La doctrine allemande.....	95
C. L'extra-commercialité des tissus, organes et cellules en droit suisse.....	95
1. L'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants.....	95
A. Le champ d'application de l'Arrêté.....	96
B. Le statut du sang et des produits sanguins.....	96
C. Le statut des transplants.....	97
I. La genèse de l'Arrêté.....	98
II. Le projet du Conseil fédéral.....	98
III. Les débats parlementaires relatifs à l'article 17 de l'Arrêté.....	99
IV. L'interprétation de l'Arrêté.....	99
D. La nature de l'autorisation.....	100
E. Conclusion.....	100
2. L'article 119a Cst.....	101
A. La genèse de l'article 119a Cst.....	101
B. Le projet d'article élaboré par le Conseil fédéral.....	102
C. L'interprétation de l'article 119a Cst.....	103
I. Le concept d'extra-commercialité.....	103
II. Le concept de gratuité.....	103
D. Les rapports entre l'article 119a Cst. et l'Arrêté.....	

sur le contrôle du sang	104
E. Conclusion.....	104
3. <i>L'avant-projet de Loi fédérale sur la transplantation</i>	105
A. L'article 6 de l'avant-projet.....	106
B. L'article 8 de l'avant-projet.....	106
C. La procédure d'autorisation	107
D. Conclusion	107
III. Le caractère hors commerce des gamètes.....	108
A. La doctrine suisse.....	108
B. La jurisprudence et la doctrine étrangères.....	108
C. L'extra-commercialité des gamètes en droit suisse	109
1. <i>L'article 119 Cst.</i>	109
2. <i>La Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée</i>	110
A. Le statut des spermatozoïdes.....	111
B. Le statut des ovules	111
3. <i>L'article 119a Cst.</i>	113
IV. Le caractère hors commerce du matériel génétique.....	113
A. L'article 119 Cst.....	113
B. L'avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine	114
C. L'article 119a Cst.....	115
V. Conclusion.....	115
§ 2 Partie intégrante, fruit, accessoire ou chose	
indépendante	116
1. Partie intégrante, fruit, accessoire	117
A. Le statut de partie intégrante	117
1. <i>Le système légal</i>	117
A. Les caractéristiques de la partie intégrante.....	117
B. Le régime juridique de la partie intégrante	118
2. <i>L'application aux tissus, organes et cellules</i>	118
B. Le statut de fruit	119
1. <i>Le système légal</i>	119
A. Les caractéristiques du fruit	119
B. Le régime juridique du fruit	119
2. <i>L'application aux tissus, organes et cellules</i>	120
C. Le statut d'accessoire.....	120
1. <i>Le système légal</i>	120
A. Les caractéristiques de l'accessoire.....	120
B. Le régime juridique de l'accessoire.....	121

2. <i>L'application aux tissus, organes et cellules</i>	121
D. Conclusion.....	122
II. Le statut de chose indépendante	122
A. Le système légal.....	122
1. <i>Les caractéristiques de la chose indépendante</i>	122
2. <i>Le régime juridique de la chose indépendante</i>	122
B. L'application aux tissus, organes et cellules	123
§ 3 Conclusion.....	123
2ème Partie Le droit sur la partie séparée	125
Chapitre IV Le droit de propriété	127
§ 1 La doctrine.....	127
I. Le droit reconnu sur les tissus, les organes et les cellules.....	128
A. En Suisse.....	128
B. A l'étranger	129
1. <i>En France</i>	129
2. <i>En Allemagne</i>	132
3. <i>Aux Etats-Unis</i>	135
A. La jurisprudence américaine.....	135
B. L'évolution du débat.....	137
C. Les auteurs américains.....	138
II. Le droit reconnu sur les gamètes	141
A. En Suisse.....	141
B. A l'étranger	142
1. <i>En France</i>	142
2. <i>En Allemagne</i>	143
3. <i>Aux Etats-Unis</i>	144
III. Le droit reconnu sur le matériel génétique.....	145
A. En Suisse.....	145
B. A l'étranger	145
1. <i>En France</i>	145
2. <i>En Allemagne</i>	147
3. <i>Aux Etats-Unis</i>	147
IV. Conclusion.....	148

§ 2 Les caractéristiques du droit de propriété.....	149
I. Un droit absolu.....	150
A. Les attributs du droit de propriété.....	150
1. <i>Le droit de suite</i>	150
2. <i>Le droit de préférence</i>	150
B. Les parties séparées et le caractère absolu du droit.....	151
II. Le principe de publicité.....	151
A. La publicité des droits réels.....	151
B. Les parties séparées et le principe de publicité.....	152
III. Un droit de maîtrise.....	153
A. La maîtrise directe.....	154
1. <i>Le pouvoir pratique de disposition</i>	154
2. <i>Le pouvoir juridique de disposition</i>	154
B. L'exclusion des tiers.....	154
C. Les parties séparées et la maîtrise.....	155
IV. Un droit patrimonial.....	155
A. La confusion.....	155
B. La définition du caractère patrimonial.....	156
C. Distinctions.....	157
1. <i>La gratuité</i>	158
A. La définition de la gratuité.....	158
B. Les délimitations.....	159
I. Gratuité et propriété.....	159
II. Gratuité et patrimonialité.....	160
1. Gratuité et évaluation pécuniaire.....	160
2. Gratuité et extra-patrimonialité.....	161
2. <i>L'indisponibilité</i>	161
A. La définition de l'indisponibilité.....	161
B. Les délimitations.....	162
I. Indisponibilité et propriété.....	162
II. Indisponibilité et patrimonialité.....	162
III. Indisponibilité et gratuité.....	162
3. <i>L'extra-commercialité</i>	163
A. La définition de l'extra-commercialité.....	163
B. Les délimitations.....	163
I. Extra-commercialité et propriété.....	163
II. Extra-commercialité et patrimonialité.....	163
III. Extra-commercialité et gratuité.....	163
IV. Extra-commercialité et indisponibilité.....	164
4. <i>L'interdiction du profit</i>	164

A. La définition de l'interdiction du profit	165
B. L'exemple français	166
C. Les délimitations	167
1. Interdiction du profit et gratuité	167
II. Interdiction du profit et extra-commercialité	167
D. Les parties séparées et le caractère patrimonial	168
§ 3 Les restrictions à la propriété	170
I. Les restrictions volontaires	171
II. Les restrictions légales	171
A. Les restrictions directes	171
1. <i>Le contenu illicite</i>	172
A. L'interdiction du don d'ovule	173
B. La gratuité de l'acte	173
C. L'autorisation administrative	174
1. L'article 20 CO	174
II. Le sort du contrat	175
D. La protection des droits de tiers	176
2. <i>Le contenu contraire aux moeurs</i>	177
3. <i>Le contenu contraire aux droits attachés à la personnalité</i>	178
B. Les restrictions indirectes	178
§ 4 Conclusion	178

Chapitre V Le droit de la personnalité

§ 1 La doctrine	182
§ 2 L'objet du droit de la personnalité	182
I. Les biens de la personnalité	182
A. La notion de bien de la personnalité	183
1. <i>Le caractère inhérent</i>	183
2. <i>La mise au service de l'individu</i>	184
3. <i>Le caractère individuel</i>	184
4. <i>Le caractère essentiel</i>	185
5. <i>Conclusion</i>	185
B. La raison d'être du concept de bien de la personnalité	186
1. <i>Le problème</i>	186
2. <i>L'origine du concept</i>	187
3. <i>La solution</i>	189

II. Les tissus, organes et cellules.....	189
A. Les choses et les droits de la personnalité.....	189
B. La doctrine.....	190
1. Les auteurs suisses.....	191
2. Les auteurs allemands.....	191
C. L'application du droit de la personnalité aux tissus, organes et cellules.....	192
1. Le rattachement à la sphère personnelle.....	192
A. Le caractère inhérent.....	192
B. La mise au service de l'individu.....	193
C. Le caractère individuel.....	193
D. Le caractère essentiel.....	193
E. Conclusion.....	194
2. Le droit envisageable.....	194
III. Les gamètes.....	194
A. Le rattachement à la sphère personnelle.....	195
1. Le caractère inhérent.....	195
2. La mise au service de l'individu.....	196
3. Le caractère individuel.....	196
4. Le caractère essentiel.....	196
5. Conclusion.....	196
B. Le droit envisageable.....	197
IV. L'ADN.....	198
A. Le rattachement à la sphère personnelle.....	198
1. Le caractère inhérent.....	199
2. La mise au service de l'individu.....	199
3. Le caractère individuel.....	199
4. Le caractère essentiel.....	200
5. Conclusion.....	200
B. Le droit envisageable.....	201
V. Conclusion.....	201
§ 3 Les caractéristiques du droit de la personnalité.....	202
I. Un droit absolu.....	202
A. La notion de droit absolu.....	202
B. Les parties séparées et le caractère absolu.....	203
1. Les tissus, organes et cellules.....	203
2. Les gamètes.....	203
3. L'ADN.....	204
II. Un droit inaliénable.....	205

A. L'incessibilité.....	205
1. La notion d'incessibilité.....	205
2. Les limites à l'incessibilité.....	205
A. La cession des créances.....	205
B. La cession de l'usage du droit.....	206
3. Les parties séparées et l'incessibilité.....	207
B. L'intransmissibilité.....	207
1. La notion d'intransmissibilité.....	207
2. Les limites à l'intransmissibilité.....	208
A. La transmissibilité des créances.....	208
B. La persistance de l'intérêt personnel au décès du titulaire du droit.....	208
3. Les parties séparées et l'intransmissibilité.....	209
C. L'imprescriptibilité.....	210
1. La notion d'imprescriptibilité.....	210
2. Les parties séparées et l'imprescriptibilité.....	210
D. L'inamissibilité.....	210
1. La notion d'inamissibilité.....	210
2. Les parties séparées et l'inamissibilité.....	211
III. Un droit extra-patrimonial.....	211
A. La notion d'extra-patrimonialité.....	212
B. Les limites à l'extra-patrimonialité.....	212
1. Les cessions à titre onéreux.....	212
2. Le tort moral.....	213
C. Les parties séparées et l'extra-patrimonialité.....	213
IV. Conclusion.....	214
§ 4 Le mécanisme de protection de la personnalité.....	215
I. Les articles 27 et 28 CC.....	215
A. Les différences entre les dispositions.....	215
B. Les rapports entre les dispositions.....	217
II. La protection externe.....	218
A. Le droit général de la personnalité.....	218
B. La définition des biens de la personnalité.....	219
III. Les différents droits de la personnalité.....	220
A. Le droit à l'intégrité corporelle.....	220
1. <i>Jurisprudence et doctrine</i>	220
A. La solution suisse.....	220
B. L'arrêt du Bundesgerichtshof.....	221
1. Le raisonnement des juges.....	221

II. Les critiques de la doctrine	222
2. Définition de l'intégrité corporelle	222
3. Les parties séparées et la protection de l'intégrité corporelle	224
A. Les tissus, organes et cellules	224
I. Les parties définitivement séparées du corps humain	224
II. Les parties séparées destinées à être réimplantées	225
III. Conclusion	227
B. Les gamètes	228
C. L'ADN	228
4. Conclusion	229
B. Le droit à la vie privée	229
1. La protection des données	230
A. L'article 28 CC et la LPD	230
B. Les principes de la protection des données	231
C. L'objet de la protection	232
D. Les données sensibles	233
E. La licéité du traitement de données	233
I. La collecte illicite de données	234
II. Le traitement contraire à la bonne foi	234
III. Le traitement contraire au principe de proportionnalité	234
IV. Le traitement contraire au principe de finalité	235
V. Le défaut de sécurité des données	235
VI. Le traitement transgressant le droit d'opposition de la personne concernée	236
VII. La communication de données sensibles à des tiers	236
F. Conclusion	236
2. La notion de vie privée	237
3. Les parties séparées et la protection de la vie privée	239
A. Les gamètes	239
B. L'information génétique	239
C. La liberté de procréer	240
D. Le droit à l'image	241
1. L'analogie	242
2. La conception traditionnelle du droit à l'image	242
A. Le droit	242
B. L'image	243
3. La nouvelle doctrine	244
A. Les revendications	244
B. Le droit moral	245
C. Le droit patrimonial	245

4. <i>L'information génétique et la protection de l'image</i>	246
A. La similitude des structures.....	246
B. Personnalité et patrimonialité.....	247
C. Image et vie privée.....	248
IV. Conclusion.....	249
§ 5 Les restrictions au droit de la personnalité	252
I. La protection en général.....	252
A. Le principe de la protection.....	252
B. Les actes visés.....	254
C. L'article 27 CC et la liberté contractuelle.....	255
II. La protection absolue.....	257
A. L'aliénation totale de la liberté.....	257
B. La sanction juridique de l'aliénation.....	258
III. La protection relative.....	258
A. La limitation excessive de la liberté.....	258
B. Les critères déterminants.....	259
1. <i>La durée de l'engagement</i>	260
2. <i>L'intensité de l'engagement</i>	260
3. <i>La contre-prestation</i>	261
C. La sanction juridique de l'engagement excessif.....	261
IV. L'exclusion des actes de disposition.....	262
V. 27, al. 2, CC et 20 CO.....	263
VI. Les restrictions à la liberté de décision en ce qui concerne les biens de la personnalité.....	264
A. La validité de l'engagement juridique.....	265
B. L'acte de disposition.....	265
C. Le consentement à l'atteinte.....	266
VII. Les parties séparées et la protection interne de la personnalité.....	266
§ 6 Le droit de la personnalité et la liberté personnelle	268
§ 7 Conclusion	269

3ème Partie Application pratique de la thèse adoptée	275
---	-----

Chapitre VI La transfusion sanguine	277
--	-----

§ 1 La transfusion sanguine en Suisse	277
I. Le mandat de la Croix-Rouge	277
II. Le recrutement des donneurs	278
III. La sélection des donneurs	279
IV. Le prélèvement du sang	280
V. L'identification des prélèvements	281
VI. Groupes et marqueurs infectieux	282
VII. Fabrication et production	283
A. Les produits sanguins labiles	283
B. Les produits sanguins stables	284
VIII. La distribution des produits sanguins	285
IX. Le don de sang autologue	286
X. Conclusion	288

§ 2 Les relations entre le donneur et le Centre de transfusion	289
I. Les éléments essentiels	289
A. Le transfert d'une chose	290
1. <i>La chose aliénable</i>	290
2. <i>Le titre valable</i>	291
A. La cause juridique valable	291
I. La cause juridique	291
II. La validité de la cause	292
1. Le principe de causalité	292
2. Contenu illicite	292
3. Contenu immoral	293
4. Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité	293
5. Conclusion	293
B. L'accord sur le transfert de la propriété	294
I. Le principe	294
II. Son application	294

3. <i>Le mode de transfert</i>	294
A. <i>Le principe</i>	294
B. <i>Son application</i>	295
4. <i>Le véritable propriétaire</i>	296
A. <i>Le principe</i>	296
B. <i>Son application</i>	296
B. <i>La gratuité</i>	296
1. <i>Le principe de la gratuité</i>	296
A. <i>L'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang</i>	296
B. <i>L'article 119a Cst.</i>	297
C. <i>Le projet de Loi fédérale sur les produits thérapeutiques</i>	297
2. <i>L'application du principe de gratuité</i>	297
A. <i>Le cas général</i>	297
B. <i>L'exception</i>	297
C. <i>Conclusion</i>	298
3. <i>La violation du principe de gratuité</i>	300
C. <i>L'autorisation</i>	301
1. <i>Le principe de l'autorisation</i>	301
2. <i>La mise en pratique de l'autorisation</i>	302
3. <i>Le contrat conclu sans autorisation</i>	302
II. <i>La protection de la personnalité</i>	305
A. <i>La validité de l'engagement du donneur</i>	305
B. <i>L'acte de disposition</i>	307
C. <i>Conclusion</i>	307
III. <i>La qualification du contrat</i>	308
A. <i>La nature du don</i>	308
1. <i>Le fait juridique</i>	308
2. <i>L'acte juridique</i>	309
3. <i>Conclusion</i>	310
B. <i>Le mandat</i>	310
1. <i>La gratuité</i>	311
2. <i>L'obligation de moyens</i>	311
3. <i>La prestation caractéristique</i>	312
4. <i>Conclusion</i>	313
C. <i>La donation</i>	314
1. <i>L'acte juridique bilatéral</i>	314
2. <i>L'attribution de bien</i>	314
3. <i>La gratuité</i>	316
4. <i>La révocation de la donation</i>	317
5. <i>L'affectation du sang à l'activité de transfusion</i>	318

A. La donation avec charge.....	318
B. La donation avec but.....	319
D. Conclusion.....	319
§ 3 Les relations entre le Centre de transfusion	
et l'hôpital.....	320
1. Les éléments essentiels.....	320
A. Le transfert d'une chose.....	320
1. <i>La chose aliénable</i>	320
A. L'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang.....	321
B. L'article 119a Cst.....	321
C. Conclusion.....	322
2. <i>Le titre valable</i>	322
A. La cause juridique valable.....	322
I. Contenu illicite.....	322
II. Contenu immoral.....	322
III. Contenu contraire aux droits attachés à la	
personnalité.....	323
IV. Conclusion.....	323
B. L'accord sur le transfert de la propriété.....	323
3. <i>Le mode de transfert</i>	323
4. <i>Le véritable propriétaire</i>	323
B. La gratuité.....	323
1. <i>Le principe de la gratuité</i>	324
A. L'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang.....	324
B. L'article 119a Cst.....	324
I. L'activité de redistribution.....	324
II. Gratuité ou extra-commercialité?.....	325
III. La notion d'organes humains.....	326
IV. Conclusion.....	327
C. L'opposition entre l'Arrêté fédéral sur le contrôle	
du sang et l'article 119a Cst.....	327
I. Le rapport entre les deux réglementations.....	327
II. Gratuité et contrôle étatique.....	328
D. Le projet de Loi fédérale sur les produits	
thérapeutiques.....	329
2. <i>L'application du principe de gratuité</i>	329
C. L'autorisation.....	331
1. <i>Le principe de l'autorisation</i>	331
2. <i>La mise en pratique de l'autorisation</i>	332
3. <i>Le contrat conclu sans autorisation</i>	332
A. En général.....	332

B. L'hôpital ne dispose pas de l'autorisation	333
C. Le Centre ne dispose pas de l'autorisation	334
D. Ni le Centre, ni l'hôpital ne disposent de l'autorisation	335
II. La protection de la personnalité.....	336
A. La cession du sang prélevé à l'industrie pharmaceutique.....	336
B. La destruction du sang par le Centre.....	338
C. Le décès du donneur.....	338
III. La qualification du contrat.....	339
A. La donation	339
B. Le mandat.....	340
C. La vente	340
1. <i>Le transfert d'une chose</i>	340
2. <i>La contre-prestation</i>	341
3. <i>La vente et l'entreprise</i>	342
D. La donation mixte	344
E. Conclusion.....	346
§ 4 Les relations entre le donneur et l'hôpital	348
§ 5 Conclusion.....	348

Chapitre VII La banque de sperme 351

§ 1 La banque de sperme du CHUV.....	351
I. La médecine de la reproduction.....	351
II. Les donneurs.....	352
A. Le recrutement des donneurs.....	352
B. Le don de sperme	353
C. L'indemnisation des donneurs	354
III. La conservation du sperme.....	354
IV. L'insémination	356
A. Le choix des gamètes	356
B. Le couple receveur	357
V. Le dépôt de sperme.....	358
§ 2 Les relations entre le donneur et la banque.....	359
I. Les éléments essentiels.....	359

A. La cause juridique valable.....	360
I. Contenu illicite.....	360
II. Contenu immoral.....	361
III. Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité.....	361
IV. Conclusion.....	361
B. L'accord sur le transfert de la propriété.....	362
3. <i>Le mode de transfert</i>	363
4. <i>Le véritable propriétaire</i>	363
B. La gratuité.....	363
1. <i>Le principe de gratuité</i>	364
A. L'article 119 Cst.....	364
B. La Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée.....	364
2. <i>L'application du principe de gratuité</i>	365
A. La nature de l'indemnité.....	365
B. L'indemnité et l'article 21 LPMA.....	367
C. Indemnité et rémunération.....	368
D. Don de sperme et don de sang.....	369
I. La nature du don.....	370
II. La motivation du donneur.....	370
III. La "réhabilitation" du donneur.....	371
IV. La mesure incitative.....	372
V. Conclusion.....	372
3. <i>La violation du principe de gratuité</i>	373
C. L'autorisation.....	373
1. <i>Le principe de l'autorisation</i>	374
2. <i>La mise en pratique de l'autorisation</i>	375
3. <i>Le contrat conclu sans autorisation</i>	376
II. La protection de la personnalité.....	377
A. La validité de l'engagement du donneur.....	378
1. <i>La durée de l'engagement</i>	379
2. <i>L'intensité de l'engagement</i>	380
B. L'acte de disposition.....	380
C. Conclusion.....	381
III. La qualification du contrat.....	383
A. Le mandat.....	384
1. <i>La rémunération</i>	384
2. <i>L'obligation de moyens</i>	385
3. <i>La prestation caractéristique</i>	385
4. <i>La révocation du don</i>	386
5. <i>Conclusion</i>	387
B. La donation.....	387

1. <i>Le transfert d'un bien</i>	387
2. <i>La contre-prestation</i>	388
3. <i>La révocation du don</i>	388
C. <i>La donation mixte</i>	389
D. <i>Conclusion</i>	391
§ 3 Les relations entre la banque et le couple receveur	391
I. <i>Les éléments essentiels</i>	391
A. <i>Le transfert d'une chose</i>	391
1. <i>La chose aliénable</i>	392
2. <i>Le titre valable</i>	393
A. <i>La cause juridique valable</i>	393
I. <i>Contenu illicite</i>	393
II. <i>Contenu immoral</i>	394
III. <i>Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité</i>	395
IV. <i>Conclusion</i>	395
B. <i>L'accord sur le transfert de la propriété</i>	396
3. <i>Le mode de transfert</i>	396
A. <i>L'insémination artificielle</i>	396
B. <i>La fécondation in vitro</i>	397
4. <i>Le véritable propriétaire</i>	397
B. <i>La gratuité</i>	397
1. <i>Le principe de gratuité</i>	398
A. <i>L'article 119 Cst.</i>	398
B. <i>La Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée</i>	398
2. <i>L'application du principe de gratuité</i>	399
3. <i>La violation du principe de gratuité</i>	400
C. <i>L'autorisation</i>	400
1. <i>Le principe de l'autorisation</i>	400
2. <i>La mise en pratique de l'autorisation</i>	401
3. <i>Le contrat conclu sans autorisation</i>	402
D. <i>Le mariage</i>	403
1. <i>Le principe du mariage</i>	403
2. <i>L'application du principe</i>	404
3. <i>L'insémination d'une femme non mariée</i>	404
II. <i>La protection de la personnalité</i>	404
A. <i>La cession du sperme à l'industrie pharmaceutique</i>	406
B. <i>La destruction du sperme</i>	407
C. <i>Le décès du donneur</i>	408
D. <i>Conclusion</i>	409
III. <i>La qualification du contrat</i>	410

A. Le mandat	410
1. La prestation caractéristique	410
2. Le transfert de biens	411
B. La donation	412
C. La donation mixte	412
D. Conclusion	413
§ 4 Les relations entre le donneur et le couple receveur	414
§ 5 Conclusion	414
Chapitre VIII La génétique médicale	417
§ 1 La génétique en faits	417
I. L'affection génétique	418
II. La recherche en génétique	418
III. La démarche initiale	421
IV. Le conseil génétique	422
A. La définition du conseil	422
B. Le rôle du généticien	422
C. Les principes du conseil	422
D. Conseil et analyse	424
E. L'information	425
F. Le calcul de risque	425
V. L'analyse génétique	427
VI. Le diagnostic	427
VII. Le résultat	428
VIII. La conservation des échantillons	428
§ 2 L'analyse génétique	429
I. Les éléments essentiels	430
A. Le transfert d'une chose	430
1. La chose aliénable	431
2. Le titre valable	431
A. La cause juridique valable	431
I. Contenu illicite	432
II. Contenu immoral	432

III. Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité.....	433
IV. Conclusion.....	433
B. L'accord sur le transfert de la propriété.....	433
3. <i>Le mode de transfert</i>	434
4. <i>Le véritable propriétaire</i>	434
B. La gratuité.....	434
1. <i>Le principe de la gratuité</i>	434
A. L'article 119 Cst.....	434
I. L'interprétation de 1991.....	435
II. L'interprétation de 1996.....	436
III. La contradiction.....	436
B. L'article 119a Cst.....	436
C. L'avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine.....	437
2. <i>L'application du principe de gratuité</i>	437
3. <i>L'ambiguïté du principe de gratuité</i>	438
C. L'autorisation.....	438
1. <i>Le principe de l'autorisation</i>	438
2. <i>La mise en pratique de l'autorisation</i>	439
A. Les conditions d'obtention de l'autorisation.....	439
B. L'importance pratique de l'autorisation.....	439
3. <i>Le contrat conclu sans autorisation</i>	440
II. La protection des données.....	441
A. La Loi fédérale sur la protection des données.....	441
1. <i>Le caractère identifiable de la personne</i>	442
2. <i>Le caractère ponctuel des résultats</i>	442
3. <i>Conclusion</i>	443
B. L'avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine.....	443
III. La protection de la personnalité.....	444
A. La protection interne de la personnalité.....	444
1. <i>La validité de l'engagement juridique</i>	445
A. La durée de l'engagement.....	445
B. L'intensité de l'engagement.....	445
C. L'intérêt personnel.....	446
2. <i>L'acte de disposition</i>	447
3. <i>Conclusion</i>	448
B. La protection externe de la personnalité.....	448
1. <i>La conservation de l'échantillon par le généticien</i>	450
A. La protection assurée par le droit de la personnalité.....	450
B. La protection assurée par la protection des données.....	451

I. Le principe de la bonne foi	451
II. Le principe de proportionnalité.....	451
III. Le principe de finalité.....	452
IV. La sécurité des données	452
V. Le droit d'opposition de l'individu.....	452
VI. La communication de données sensibles à des tiers	452
2. <i>L'anonymisation de l'échantillon</i>	452
3. <i>La cession de l'échantillon par le médecin</i>	453
A. La cession de l'échantillon identifié.....	455
B. La cession de l'échantillon anonymisé.....	456
C. Conclusion	456
4. <i>Le décès du patient</i>	457
IV. La qualification du contrat	457
A. Le transfert du bien.....	457
B. Le caractère révocable de l'obligation	458
§ 3 Conclusion.....	458
Conclusion	461
Bibliographie	465

Table des abréviations

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aCst.	ancienne Constitution fédérale (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874)
Acta Obstet Gynecol Scand	Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica
AG	Canton d'Argovie
al.	alinéa(s)
AP	Avant-projet
APD	Archives de Philosophie du Droit
art.	article(s)
ASSM	Académie Suisse des Sciences Médicales
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral suisse
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	British Medical Journal
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907
CCfr	Code civil français
C.E.C.O.S.	Centre d'étude et de conservation du sperme
ch.	chiffre(s)
CHUV	Centre Hospitalier Universitaire Vaudois
CO	Code des obligations, des 30 mars 1911/18 décembre 1936
cons.	considérant(s)
CP	Code Pénal
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999
CRS	Croix-Rouge suisse

DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DPN	Diagnostic prénatal
DPI	Diagnostic préimplantatoire
éd.	édition
Fertil Steril	Fertility and Sterility
FF	Feuille fédérale
FIVETE	Fécondation in vitro et transfert d'embryon
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GE	Canton de Genève
HCR	Hastings Center Report
IAD	Insémination artificielle avec donneur
JAMA	Journal of the American Medical Association
JPTOS	Journal of the Patent and Trademark Office Society
JT	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LAGH	Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, avant-projet de septembre 1998
LFH	Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques, du 22 décembre 1916; RS 721.80
<i>litt.</i>	<i>littera</i>
LPD	Loi fédérale sur la protection des données (LPD), du 19 juin 1992; RS 235.1.
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), du 18 décembre 1998; RS 814.90.
LPT	Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques), FF 2000, p. 5689 (entrée en vigueur à déterminer).
LTransp	Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation), avant-projet de décembre 1999
MedR	Medizinrecht
NE	Canton de Neuchâtel
N Engl J Med	New England Journal of Medicine
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No(s)	Numéro(s)

OFSP	Office fédéral de la santé publique
OLPD	Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD), du 14 juin 1993; RS 235.11.
OPMA	Ordonnance sur la procréation médicalement assistée, du 4 décembre 2000; RS 814.902.2.
p.	page
PMA	Procréation médicalement assistée
pp.	pages
RDS	Revue de droit suisse
RD sanit. soc.	Revue de droit sanitaire et social
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RL	Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSG	Recueil officiel systématique de la législation genevoise en vigueur
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâtelaise
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SIDA	Syndrome de l'immunodéficience acquise
SJ	La Semaine Judiciaire
sq.	sequentur
STS	Service de transfusion suisse
TI	Canton du Tessin
UAGA	Uniform Anatomical Gift Act
VD	Canton de Vaud
VIH	Virus de l'Immunodéficience Humaine
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
WHO	World Health Organization
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Introduction

Dans le courant des années trente, un étudiant italien de 24 ans, en traitement dans une clinique, apprit au détour d'une conversation entre deux chirurgiens qu'un riche Brésilien d'une quarantaine d'années cherchait à se faire greffer un testicule. L'étudiant se déclara prêt à céder l'un des siens pour la somme de 10'000 liras. Sa proposition fut acceptée et l'opération pratiquée avec succès. Le tribunal de première instance ainsi que la Cour de seconde instance entérinèrent tous deux la transaction, après que des médecins légistes eurent établi que les facultés sexuelles du jeune homme étaient restées intactes¹.

L'époque où l'homme avait recours aux babouins ou aux chimpanzés pour augmenter sa puissance sexuelle² est, sinon révolue, du moins sur le déclin, du moment que la greffe d'homme à homme est possible. Indépendamment des chances de succès d'un tel procédé, si la possibilité existe du recours à un tissu d'origine humaine, pourquoi s'en priver? D'autant qu'à l'évidence, les éléments détachés du corps de l'homme vivant se prêtent sans inconvénient pratique majeur aux transactions du type de celle décrite ci-dessus.

Pourquoi dès lors ne pas se contenter de la simple traduction juridique d'une approche scientifique, biologique ou même commerciale? Parce que «l'être humain a besoin de légitimité», répond NEIRINCK³. Tout est dit: l'utilisation des parties séparées du corps est un fait avéré, la traduction juridique de ce phénomène scientifique est possible, pourtant, la réflexion s'impose, le simple fait d'en prendre acte ne répondant pas au souci de légitimité de l'acteur de la vie en société.

L'incidence sur le droit des nouvelles techniques médicales, qu'il s'agisse de procréation médicalement assistée, de décryptage du génome humain ou

¹ DIERKENS, p. 58, note 2.

² FISCHER, *Pour la Science* 1999, No 259, pp. 12-4.

³ NEIRINCK, *De la bioéthique au bio-droit*, p. 154.

de transplantation, est un thème connu du juriste et il est plutôt banal de s'y intéresser.

Pourtant, en Suisse, la réflexion juridique dans ce domaine délicat n'en est qu'à ses premiers pas. Elle est plus avancée ailleurs, notamment aux Etats-Unis, en France ou en Allemagne, du fait probablement que les tribunaux de ces différents pays ont été confrontés à des cas qui, pour être résolus, nécessitaient une détermination claire du statut des parties du corps impliquées.

En Amérique, c'est l'affaire de «l'homme aux cellules d'or⁴» qui a eu le plus grand retentissement⁵. L'homme en question, M. Moore, était soigné dans un hôpital californien pour une leucémie. Après avoir procédé à quelques examens, les médecins s'aperçurent que leur patient possédait une formule sanguine rare, qui devait permettre des développements intéressants. Ils se mirent dès lors à effectuer des prélèvements, pas tous justifiés par le contrat de soins, allant jusqu'à lui ôter la rate. Ce n'est qu'une fois le produit fabriqué et le brevet déposé, que M. Moore apprit la démarche des praticiens. Il ouvrit alors action contre l'hôpital, réclamant entre autres une participation aux importants bénéfices réalisés.

En Allemagne, c'est dans le cadre d'un contrat de dépôt de sperme dans une banque que la question s'est posée⁶. Un homme, sur le point de subir une opération le privant définitivement de sa capacité de procréer, confia un échantillon de ses gamètes à une banque de sperme. La prolongation du contrat se faisait régulièrement par le simple renvoi d'un document par le déposant. Après un certain nombre d'années, la banque n'enregistra pas le renouvellement de l'acte, pourtant exécuté dans les formes par le déposant. Le sperme fut donc détruit, ce qu'apprit l'individu lorsqu'il se présenta à l'institut pour faire inséminer la femme qu'il venait d'épouser. L'homme agit contre la banque pour réclamer des dommages-intérêts.

En France, c'est le scandale du sang contaminé qui a obligé les tribunaux à réfléchir au statut de cette substance.

En juin 1983, une étude du Centre National de Transfusion Sanguine établit que des anomalies du système immunitaire sont apparues chez des hémophiles français n'ayant été traités que par des produits de transfusion français. A la suite de cette découverte, une circulaire est édictée qui

⁴ EDELMAN, *Recueil Dalloz* 1989/1, p. 225.

⁵ Moore v. Regents of University of California, 51 Cal.3d 120; Cal.Rptr. P.2d.

⁶ NJW 1994, p. 127.

préconise la sélection des donneurs à risque. Cette circulaire n'est jamais appliquée.

En décembre 1984, il est établi que les produits pour hémophiles, faits à partir de milliers de lots de donneurs, sont tous contaminés. Il apparaît ainsi que, alors que des rapports établissaient l'importance des contaminations des lots de sang destinés à la transfusion ou aux hémophiles, les services de transfusion continuèrent à utiliser ces produits. Il existait pourtant des techniques pour limiter la transmission des maladies infectieuses par la transfusion sanguine.

En l'espèce, il eut fallu sélectionner rigoureusement les donneurs de sang, chercher à dépister le virus dans les lots ou encore chauffer les produits avant de les utiliser. Or, aucune de ces techniques n'a été appliquée. En méconnaissant ces principes de précaution, les responsables ont provoqué la contamination par le virus du SIDA d'un nombre très important de personnes hémophiles et transfusées.

Dans le cadre des procédures ouvertes à leur rencontre, les centres de transfusion ont tenté de nier la qualité de chose du sang, afin d'exclure l'application de la responsabilité du fait des produits⁷.

Que déciderait un tribunal suisse saisi d'une affaire analogue? Le juge ne peut, aujourd'hui, appréhender le statut d'une partie séparée que par deux outils classiques: les droits de la personnalité et les droits réels. L'application des droits de la personnalité entraîne en particulier de fortes restrictions à l'aliénabilité de leur objet. Il en résulterait ainsi d'une part une protection accrue du corps humain, vivement souhaitée par certains milieux, mais d'autre part une restriction à la cessibilité, condamnée par l'industrie de la recherche.

Le juge suisse peut au contraire opter pour l'application des droits réels, ce qui soulève de nombreuses questions. Le statut de la chose n'est pas unique, il peut être conçu de diverses manières. Il est ainsi possible de distinguer selon le degré d'aliénabilité que l'on veut accorder à l'objet du droit. Pour certains auteurs, le corps est absolument exclu du commerce juridique. Pour d'autres, il n'est hors commerce que tant qu'il est au service de la personne.

Le droit que l'on entend reconnaître sur le corps humain peut également être limité de diverses façons. La doctrine américaine est particulièrement riche en réflexions à ce sujet, proposant par exemple de reconnaître à l'être humain un *quasi property right*, ne comprenant que le droit d'exploiter la valeur commerciale de l'enveloppe corporelle⁸. La

⁷ HERMITTE, pp. 280-1.

⁸ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 1986 (34), pp. 258 sq.

discussion relative aux droits réels est donc complexe. Elle oscille entre le danger de désacraliser le corps humain, en le rabaissant au rang de simple chose, et celui de démunir l'individu de toute protection face aux risques liés au progrès scientifique, sans d'autre part lui garantir une quelconque participation lorsque ce même progrès engendre un bénéfice.

Quoi qu'il en soit, les faits sont là, et leur occurrence oblige le législateur à se déterminer.

Une pratique établie ne limite pas l'action du législateur. Elle présente au contraire plusieurs avantages, permettant de définir avec clarté quels sont les enjeux, les implications, les effets, les risques de l'activité humaine. Si celle-ci se déroule à satisfaction, le législateur aura la possibilité de s'inspirer de la pratique pour légitimer un comportement qu'il juge conforme à ses options fondamentales. Si, au contraire, il choisit d'intervenir pour fixer des bornes au comportement humain ou le réorienter, il le fera en connaissance de cause, conscient des priorités à établir et capable d'en prévoir les abus potentiels.

Le législateur peut cautionner ou prohiber les pratiques établies, peu importe. Il lui suffit d'être conscient que leur aspect avéré ne le force pas à en prendre acte, à les approuver. Même avec le retard pris sur les avancées technologiques, ici les biotechnologies, le législateur est toujours libre de refuser sa caution au traitement actuel des parties séparées.

Le choix est ouvert, les solutions nombreuses. Mais avant tout, il est indispensable de dessiner un statut clair de l'objet d'une future réglementation. On ne peut faire l'économie de cette réflexion, sous peine de perdre à la fois crédibilité et efficacité. Définir permet de mieux appréhender. Armé d'une connaissance approfondie du concept à réglementer, le législateur connaît à la fois les moyens de son action, et les limites de cette dernière. Dans le domaine qui nous occupe, des impératifs de santé publique commandent tout particulièrement cette démarche, qui ne relève ainsi pas de la dispute purement théorique.

En l'occurrence, le schéma classique personne-chose est souvent jugé trop rigide pour appréhender les processus de réutilisation de produits d'origine humaine. Faut-il tenter malgré tout de façonner le droit positif de manière à lui permettre d'embrasser ces nouveaux phénomènes? Faut-il au contraire créer de nouvelles catégories, plus spécifiques, englobant tous les éléments qui ne rentrent plus dans l'ancienne solution binaire?

Le but de ce travail est d'envisager l'application des droits de la personnalité et des droits réels aux parties séparées du corps humain. Les deux premières parties se doivent d'être théoriques: on ne peut faire l'économie d'une analyse rigoureuse des nombreux éléments et concepts appelés à intervenir. Quant à la dernière partie de ce travail, elle est tout entière consacrée à l'application pratique des thèses élaborées, et ceci dans trois domaines essentiels: la transfusion sanguine, la banque de sperme et la génétique médicale.

1ère partie La nature des parties séparées

Il existe toutes sortes de parties séparées: les organes, vitaux et non vitaux, les tissus, les substances régénérables ou non, les sécrétions, les cellules,... Ce n'est pas notre propos que de distinguer entre elles, du moins pas sous l'angle de l'atteinte que leur distraction du corps porte à l'intégrité physique. Ce thème est un sujet de thèse à lui tout seul. Notre angle d'approche est restreint à la période au cours de laquelle la séparation devient effective, lorsque le produit corporel acquiert une existence indépendante. En outre, puisqu'il nous importe de qualifier les rapports que cette externalité entretient notamment avec l'organisme dont elle provient, le sujet doit être vivant. Nous limiterons ainsi l'étude aux prélèvements *in vivo*.

Notre analyse est restreinte à un autre égard. Nous nous pencherons sur le statut des gamètes, mais nous n'envisagerons le statut ni du fœtus, ni de l'embryon. Les ovules et les spermatozoïdes ne seront appréhendés que tant qu'ils existent indépendamment l'un de l'autre. Ainsi, même l'ovule imprégné, à savoir l'ovule fécondé mais dont le noyau n'a pas encore fusionné avec celui du spermatozoïde, sera exclu de notre étude. Ces délicates questions méritent qu'une thèse leur soit exclusivement consacrée.

Le champ de nos investigations est défini. Concrètement, l'objet de notre étude est délimité. Reste à en décrire la démarche.

La partie séparée est nécessairement détachée de "quelque chose". Le concept fait appel, avant tout discours juridique, à l'idée de corps humain, dont elle est issue. C'est pourquoi, dans un premier temps, nous nous pencherons sur l'appréhension de cet organisme par le droit, en tant qu'entité, incarnation physique de la personne abstraite. Lorsque le statut du corps au sein de l'ordre juridique sera précisé, il nous appartiendra de nous pencher sur celui des parties séparées. Avant tout raisonnement d'ordre plus global, il est essentiel de les caractériser, de décrire leur nature, et ceci au regard du concept de chose que connaît le droit suisse.

Chapitre I Le corps humain

Le statut du corps humain fait l'objet d'une littérature plus abondante que celle consacrée aux parties qui en sont détachées. La raison principale en est que, de tout temps, l'homme a eu un corps dont il pouvait disposer, en théorie du moins.

Les parties séparées n'ont acquis de statut indépendant et d'importance propre aux yeux du droit que dès l'instant où la science leur a conféré une utilité, permettant ainsi de leur coller une étiquette autre que celle de déchets qui prévalait jusqu'alors.

Historiquement, ainsi, la doctrine a élaboré un régime pour le corps humain bien avant de songer à se préoccuper des éléments qui pouvaient en être détachés. Il en découle plusieurs questions préalables à l'étude du statut des parties séparées.

Dans un premier temps, il n'est pas inutile de définir le traitement réservé au corps humain. Ensuite, la question va se poser de savoir s'il suffit de transposer les solutions adoptées pour l'enveloppe corporelle aux éléments détachés ou s'il est justifié, voire nécessaire, d'adopter une voie de réflexion divergente.

§ 1 Le droit et la personne

Qu'est-ce que la personne? Ethymologiquement, le terme vient du latin (*persona*), lequel désignait les masques dont se servaient les acteurs sur scène. Le masque avait, notamment, pour fonction de faire retentir la voix (*vox personabat*), d'où l'expression *persona*. Désignant par la suite le rôle tenu par l'acteur, l'expression a fini par caractériser la place qu'un individu tient dans la société, voire l'individu lui-même¹.

Le droit n'a d'autre fonction que d'appréhender la réalité sociale et individuelle des sujets qui le créent. C'est ainsi qu'il a, logiquement, reconnu la personne, et qu'il a choisi de la protéger, notamment par l'attribution d'un certain nombre de facultés appelées droits subjectifs.

¹ LABBÉE, p. 28.

La personne est une entité complexe. Sur de nombreux plans, elle nécessite une protection dans ses facettes abstraites, immatérielles: l'ordre juridique a alors pour mission de défendre ses aspirations, qu'elles relèvent de la liberté d'opinion, de la vie privée, du droit à l'honneur ou au nom. On ne peut faire abstraction, cependant, du fait que la personne ne se résume pas à cet aspect. Physiquement, elle est perceptible par son enveloppe corporelle. Le corps est ce qui concrétise le sujet, ce qui lui donne sa présence, ce qui «manifeste sa consistance dans le jeu social²». La principale implication de ce constat est qu'il est nécessaire de protéger ce corps, puisqu'il est habité par la personne.

§ 2 La personne dans son corps

Humanité, inviolabilité, extra-commercialité, extra-patrimonialité, irréductibilité, intangibilité, indisponibilité, dignité, indivisibilité, primauté³: autant de termes pour appréhender la perception du corps au travers de la personne, mais pour quel statut, quel résultat?

«Tout ce qui n'est point personne est chose. Tout ce qui n'est pas chose est personne.⁴» Le statut de la personne semble ainsi défini à satisfaction, mais c'est la place du corps au regard de celle-ci qui est incertaine. Le juriste se préoccupe plus de personne que de corps⁵, et l'être humain est mieux circonscrit dans ses attributs abstraits que dans sa chair⁶.

La doctrine oscille en particulier entre la confusion totale de ces deux entités et la distinction nette entre le matériel et l'immatériel.

Traditionnellement, le corps est associé à la personne, quand il n'est pas assimilé à celle-ci⁷. Le corps serait trop proche du sujet pour être l'objet d'un droit subjectif, le phénomène relevant davantage de la situation

² DIJON, p. 12.

³ HARICHAUX, pp. 20, 23 et 35; HARICHAUX, *Bioéthique et droit*, p. 107; MEULDERS-KLEIN, *De la bioéthique au bio-droit*, p. 76; MOINE, pp. 138 et 376; NEIRINCK, *De la bioéthique au bio-droit*, p. 154.

⁴ MOINE, p. 20.

⁵ MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 29.

⁶ HERMITTE, *APD XXXIII* (1988), p. 323.

⁷ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 64; HARICHAUX, p. 19; Rapport du Conseil d'Etat, p. 34; JANIN, *RTDC* 1994, p. 935; DIERKENS, p. 30; LABBÉE, p. 56; GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 527; MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 32; BAUD, p. 11.

objective. Le statut différent du cadavre découlerait précisément de ce qu'il n'est plus comparable à la personne elle-même⁸.

Un argument de technique juridique vient appuyer, selon certains, la thèse de l'unité. Le corps et la personne ne faisant qu'un aux yeux du droit, reconnaître à l'être humain une préention, de quelque nature qu'elle soit, sur son enveloppe corporelle, ferait de lui le sujet et l'objet du même rapport de droit⁹.

Certains auteurs, sans distancer la personne de son corps, soutiennent que ce dernier n'a jamais été revêtu, par le droit, d'un caractère sacré. La protection dont il jouit filtre à travers la protection que le droit réserve à la personne. Son statut privilégié n'est qu'un moyen de démontrer l'attachement à des valeurs déterminées. En d'autres termes, le droit civil ne soumettrait pas à la protection le corps, mais l'humanité abstraite revêtie par le corps¹⁰.

Un courant, plus moderne, tend à disjoindre ces deux entités, en rapprochant le corps humain du monde des choses, en construisant la «personne corporelle¹¹».

Les auteurs qui partagent ce point de vue installent une distance entre l'individu, entité abstraite, et son corps, signalisateur de sa présence. Certains vont jusqu'à admettre un véritable droit de l'individu sur son enveloppe corporelle¹².

Le terme de chose a parfois été étendu au corps de l'homme vivant¹³. Mais cette opinion serait loin du sentiment général, et surtout de la discipline juridique qui distingue entre l'homme titulaire de situations juridiques, et la réalité qui l'entoure, qui constitue l'environnement dans lequel se déroule l'activité humaine, et qui ne peut donc pas comprendre le corps de l'homme vivant¹⁴.

On considère parfois que le corps est une chose qui bénéficie du statut de la personne par le biais d'une fiction. Cette dernière doit s'effacer chaque fois qu'elle produit l'effet contraire de ce pour quoi elle a été créée¹⁵.

⁸ BISCONTINI, pp. 28-9.

⁹ BISCONTINI, p. 9; LABBÉE, p. 56; HARICHAUX, p. 21.

¹⁰ BISCONTINI, p. 49.

¹¹ HARICHAUX, p. 20; GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 531.

¹² BAUD, p. 22; DIERKENS, p. 30.

¹³ BAUD, p. 86.

¹⁴ BISCONTINI, p. 28.

¹⁵ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 67.

Aujourd'hui, droit et science s'attirent le même reproche de "réifier" le corps humain, en organisant son entrée dans le commerce juridique et sur le marché¹⁶. Un fort courant scientifique, en particulier, tendrait à évacuer du corps humain toute considération sur la personnalité du sujet qui «habite» ce corps¹⁷.

C'est pourquoi le juriste est parfois interpellé pour faire rempart à l'approche utilitariste des corps. Il lui incomberait en particulier d'affirmer «l'irréductibilité de la personne humaine dans la structure de ses composantes corporelles.¹⁸»

Si, entre le sujet et son corps, il n'y a pas de place pour le droit, «parce qu'il n'y a pas de place pour autrui»¹⁹, la discussion s'arrête là. Par contre, si l'on admet l'existence d'un lien de nature juridique, il reste à le définir.

§ 3 Le droit sur le corps

S'il paraît certain que l'être humain ne peut se résumer à sa seule «vérité biologique²⁰», on ne peut en tout état de cause faire abstraction de cette réalité physique: «Refuser de voir la "réalité" du corps c'est n'être sensible qu'à la vacuité de la grandiloquence et ignorer la piste que les défis modernes ont enfin débroussaillée.²¹»

La doctrine peine à caractériser le rapport juridique qui lie l'individu à son corps: l'être humain est titulaire d'un *jus in se ipsum*²², il est ou non le *dominus membrorum suorum*²³, il jouit d'une maîtrise,... La portée de ces concepts est plus que vague.

Un élément ressort cependant clairement de la majorité des réflexions menées: la négation de tout droit de nature patrimoniale sur le corps humain²⁴. Ce dernier est souvent investi d'un caractère quasi sacré, tiré de la nature particulière de la personne humaine²⁵. Même si certains

¹⁶ JOSSERAND, *Recueil Dalloz* 1932, *Chronique*, pp. 1 sq.

¹⁷ OJON, pp. 12-3.

¹⁸ DIJON, p. 13

¹⁹ DIJON, No 983.

²⁰ NEIRINCK, *De la bioéthique au bio-droit*, p. 154.

²¹ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 62.

²² BAUD, p. 22.

²³ DIERKENS, p. 30.

²⁴ ARNOUX, p. 150; DIJON, p. 672; SAVATIER, *Recueil Dalloz* 1954, p. 142; NERSON, *RTDC* 1970, p. 676; DIERKENS, p. 30.

²⁵ ARNOUX, pp. 55-6.

admettent que corps et personne ne sont pas synonymes, ils estiment cependant que ces deux entités doivent jouir du même statut et bénéficier de la même protection²⁶.

Il arrive que le problème soit posé différemment. Quelques auteurs récents relativisent l'importance de la discussion théorique, mettant le poids sur la qualité de la protection que la solution adoptée permet d'assurer. Ainsi, doit l'emporter le système, quel qu'il soit, qui défend au mieux les intérêts de l'individu²⁷.

Quels qu'aient été les choix du passé, aujourd'hui la solution est limpide en droit suisse. Il existe une catégorie de droits, appelés droits de la personnalité, conçus précisément pour appréhender et protéger les différentes facettes de la personne. Parmi ces droits se trouve le droit à l'intégrité corporelle qui a pour unique fonction d'assurer la défense de la personne dans son existence physique.

Le droit à l'intégrité corporelle est, en théorie, parfaitement défini: il a pour principales qualités d'être absolu, non patrimonial, imprescriptible, inamissible, incessible et intransmissible. C'est ainsi que le législateur suisse a voulu les droits de la personnalité. Toutes ces garanties sont directement inspirées du culte voué à la personne, lequel rejaillit sur les attributs de cette dernière.

§ 4 Le corps et les parties séparées

Peut-on toujours raisonner comme on vient de le faire, lorsque l'on se penche sur les parties séparées du corps humain? Le sang, la peau, les larmes, les gamètes doivent-ils bénéficier d'une protection accrue justifiée par l'assimilation de l'enveloppe corporelle à la personne? La vie qui habite le corps le distingue de tous les éléments inanimés. Elle lui confère une volonté propre, que ne possèdent pas les choses. Les parties séparées ne sont-elles pas à ranger dans cette seconde catégorie? Quant à l'impossibilité juridique, avancée par certains, d'admettre un droit de l'individu sur son propre corps, est-elle encore soutenable? La partie détachée est individualisée du reste du corps, de la personne. Sujet et objet pourraient dès lors être considérés comme distincts.

Sous l'angle pratique, en outre, on ne peut ignorer la consommation exponentielle de tissus et organes humains par l'industrie de la

²⁶ EDELMAN ET AL., p. 103.

²⁷ MAIER, p. 10.

biotechnologie, et, par là, leur entrée silencieuse «dans la loi du marché²⁸». Quelle que soit la position du législateur à cet égard, il ne peut nier cette réalité. Qu'il choisisse de la cautionner ou de la proscrire, la mise en place de toute politique efficace ne peut faire l'économie d'une réflexion juridique soigneusement menée quant au statut de ces entités, lequel commence seulement à se dessiner.

La dissociation corps et personne pourrait ainsi trouver son expression à l'égard des parties séparées, sans que cela ne heurte les partisans d'une thèse d'assimilation stricte de la personne à son corps.

Pour certains auteurs, le statut particulier du corps humain s'étend également aux «éléments corporels» de celui-ci²⁹. Pourtant, même parmi les tenants de la théorie unitaire, il s'en trouve pour remarquer que la négation d'un droit sur le corps humain n'entraîne pas la négation d'un droit sur les parties détachées de celui-ci³⁰. La motivation en est notamment que l'individu est un sujet constitué alors que le matériau humain n'est pas organisé en personne ce qui le rend susceptible d'appropriation privative³¹. Par conséquent, les éléments détachables du corps seraient également détachables de la personnalité.

En droit suisse, puisque c'est là le cadre de notre exposé, si elle est rarement exprimée, cette dernière idée n'en est pas moins présente³².

La sortie des parties séparées de la sphère d'influence personnelle n'est pas toujours aboutie. La solution se trouve pour certains dans un compromis, dont relève notamment la figure de «personne par destination»: le régime consiste en une extension de la personne, propre à empêcher la «réification» du corps humain dans les cas nécessaires³³.

Ce n'est pas ici notre propos que de décrire l'attitude de la doctrine ou de la jurisprudence à l'égard des parties séparées, puisque c'est l'unique objet des pages qui vont suivre. Nous tenions simplement à souligner qu'il ne va pas de soi que corps et parties détachées ont un destin commun dans leur appréhension par le droit.

²⁸ MEULDERS-KLEIN, *De la bioéthique au bio-droit*, p. 77.

²⁹ ARNOUX, p. 56.

³⁰ DIJON, p. 675.

³¹ EDELMAN ET AL., p. 105.

³² PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 69; STEINAUER, No 66; KSP-WIEGAND, No 18 ad *Vorbemerkungen* zu 641 sq.; REY, No 107; BK-LEEMANN, No 7 ad 713 CC.

³³ LABBÉE, pp. 267-9.

§ 5 Conclusion

Le corps et la personne sont liés, interdépendants, consubstantiels,... Peu importe la formule choisie. Le dénominateur commun de ces qualificatifs réside dans l'étroitesse du rapport qui unit le sujet à son enveloppe corporelle, caractéristique qui commande à toute appréhension juridique du phénomène de tenir compte de cette complémentarité et de traiter avec respect l'une et l'autre composantes de l'élément complexe.

La distraction d'un élément de l'organisme d'origine autorise une approche différente de la partie détachée et une remise en question des solutions retenues pour l'ensemble dont elle est issue. Le droit doit-il néanmoins faire preuve de la même prudence à l'égard de l'élément distrait? Lui est-il loisible, au contraire, de profiter de la disjonction pour n'appréhender que l'aspect matériel de l'objet, faisant fi de l'origine personnelle et humaine à la fois?

C'est ainsi, nous le voyons bien, que la réflexion ne peut s'arrêter en si bon chemin. Il était important de souligner que corps et parties séparées peuvent connaître un destin différent. Il est essentiel de savoir quel sera ce destin.

Le corps humain est identique à travers le monde, les techniques qui permettent l'exploitation des parties qui en sont détachées, également. La discussion s'autorisera ainsi quelques excursions en pays étrangers, l'avancée de leurs travaux en la matière laissant la Suisse en queue de peloton sur le point qui fait l'objet de notre travail.

Chapitre II La partie séparée, une chose

«Sache oder persönlichen Gut?»¹ C'est ainsi que GRIOT, auteur suisse allemand du début du siècle, expose sobrement le fondement de la problématique. Toutes les solutions à disposition du juriste ne sont certes pas contenues dans cet énoncé laconique. Celui-ci résume simplement l'alternative qu'offre aujourd'hui le droit positif.

Notre démarche va, logiquement, consister en l'étude des termes de l'alternative offerte. Si notre réflexion devait nous conduire à exclure l'une et l'autre qualifications, il faudrait alors songer à élaborer des solutions *de lege ferenda*.

§ 1 Le statut actuel des parties séparées

Dans le langage courant, une chose est un corps physique, une entité indépendante, qui remplit une partie de l'espace de manière exclusive, de façon telle qu'aucun autre objet ne peut remplir le même espace².

Il existe cependant une notion juridique de la chose, qui n'est pas identique au simple concept physique de réalité matérielle. La preuve en est que chaque ordre juridique la définit différemment³.

La notion juridique de la chose telle que la conçoit le droit suisse s'écarte clairement du concept "physique". Ainsi, certaines entités dont la réalité matérielle ne fait aucun doute ne sont pas des choses pour le droit, soit parce qu'elles ne sont pas à la portée de l'homme, soit parce que, non délimitées, elles ne peuvent être soumises à une maîtrise de fait, soit encore parce que la maîtrise de fait est possible, mais pas reconnue comme telle ou autorisée par le droit⁴.

L'exemple le plus évident de l'inadéquation entre la notion juridique et l'acception commune de la chose est, précisément, le corps humain. «Chose

¹ GRIOT, p. 16.

² ZK-HAAB, *Einleitung*, No 22; BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 132.

³ ZK-HAAB, *Einleitung*, No 20.

⁴ ZK-HAAB, *Einleitung*, No 21; Voir pp. 50 sq. ci-dessous.

par nature⁵», ce dernier a une existence physique, matérielle, mais le droit suisse refuse de le ranger parmi les objets qui satisfont à ces mêmes critères⁶. Cette solution est dictée par les considérations morales et éthiques qui prévalaient à l'époque de l'adoption du Code civil⁷.

Qu'en est-il des parties séparées du corps? La répugnance que l'on peut avoir à qualifier le corps, dans sa globalité, de "chose" fait place à un doute: est-ce qu'une partie détachée de l'ensemble corporel doit adopter la qualification de l'organisme dont elle est issue? Nous avons vu dans le chapitre précédent que la question méritait d'être posée.

Un survol rapide de la doctrine afférente aux éléments corporels met en évidence une distinction à laquelle nous allons nous plier dans un premier temps, avant de vérifier si elle correspond à une réalité. Les auteurs consultés se livrent rarement à une réflexion globale du statut des produits du corps. Les uns délimitent des catégories, les autres restreignent d'emblée leur examen à des éléments déterminés. Quel que soit le procédé adopté, ce sont les gamètes et l'ADN qui font majoritairement l'objet d'un traitement différencié. Ces derniers ne sont qu'exceptionnellement rangés dans une catégorie identique à celle des autres parties séparées. Ils font souvent l'objet d'articles ou de monographies consacrés à leur seul statut. Ainsi, dans un premier temps, notre exposé sera systématiquement développé en trois volets: les tissus, organes et cellules, les gamètes et l'ADN.

I Le statut actuel des organes, tissus et cellules

Conformément à ce qui vient d'être dit, nous aborderons ici le statut des éléments corporels qui ne sont ni gamètes ni ADN. Les ovules et les spermatozoïdes sont ainsi exclus de ce qui va suivre. Quant au matériel génétique, s'il est certes présent dans toutes les cellules nucléées de notre organisme, nous le traiterons séparément. Il mérite en effet une attention toute particulière, mais ceci uniquement lorsqu'il est en tant que tel l'objet d'une transaction et non simplement une infime partie de l'objet de l'acte considéré.

⁵ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 66.

⁶ ZK-HAAB, *Einleitung*, No 22; BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 131; STEINAUER, No 66; REY, No 101.

⁷ REY, No 100.

A. Le statut en Suisse

1. La législation suisse

En Suisse, le législateur est en passe de réglementer de manière exhaustive les activités liées au traitement des tissus, organes et cellules⁸. Il n'a cependant pas défini juridiquement le statut de ces éléments, ainsi que nous cherchons à le faire.

Quelques cantons ont édicté des dispositions dans le domaine qui nous intéresse; les législations adoptées ne se prononcent cependant pas non plus sur le statut des parties séparées⁹.

2. La jurisprudence suisse

La jurisprudence non plus ne permet pas de ranger les organes ou les tissus parmi les choses ou au contraire de les exclure de cette catégorie. Les tribunaux suisses ne se sont en effet intéressés aux parties séparées du corps humain que sous deux angles bien définis.

D'une part, les juges de notre pays ont à certaines occasions dû définir les prétentions respectives des personnes concernées par un prélèvement d'organe sur un individu décédé¹⁰. D'autre part, le Tribunal fédéral a été appelé à vérifier la conformité à la Constitution de la loi genevoise relative aux dons d'organes¹¹.

Dans un cas comme dans l'autre, le raisonnement juridique a été élaboré sans qu'il ait été jugé nécessaire de définir préalablement le statut des

⁸ En plus de la réglementation en vigueur, il existe une Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, un avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, ainsi qu'un avant-projet de Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules.

⁹ VD: art. 27 de la Loi sur la santé publique, du 29 mai 1985 (RSV 5.1); art. 19 et 20 du Règlement sur les inhumations, les incinérations et les interventions médicales pratiquées sur des cadavres, du 5 décembre 1986 (RSV 5.1).

TI: art. 15 de la Legge sulla promozione della salute, du 18 avril 1989 (RL 6.1.1.1).

GE: Loi sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus, du 28 mars 1996 (RSG K 1 60); Règlement (RSG K 1 60.01).

NE: art. 30 de la Loi de santé, du 6 février 1995 (RSN 800.1).

BE: art. 41 de la Loi sur la santé publique, du 2 décembre 1984 (RSB 811.01).

AG: § 52 de la Gesundheitsgesetz, du 10 novembre 1987 (SAR 301.100).

¹⁰ ATF 111 Ia 231; ZR 1975/74, p. 278.

¹¹ ATF 123 I 112.

éléments corporels à la source du litige. C'est pourquoi la jurisprudence n'est d'une aide que secondaire dans la démarche qui nous occupe.

3. La doctrine suisse

De l'avis des auteurs du *Zürcher Kommentar*, le statut des parties séparées du corps humain fait l'objet d'un consensus: la doctrine suisse leur attribue de manière unanime la qualité de chose¹². D'après WIEGAND, cette opinion est celle de la doctrine dominante uniquement¹³. Nous allons voir que ce second constat est plus proche de la réalité que le premier.

D'après STEINAUER, la situation est simple: les parties du corps ne sont pas des choses aussi longtemps qu'elles sont rattachées à ce dernier; en revanche, une fois séparées, elles acquièrent cette qualité¹⁴. Les auteurs du *Berner Kommentar* partagent ce point de vue¹⁵, suivis en cela par REY¹⁶. PIOTET, par une démarche un peu différente, rejoint également les auteurs précités. Il pose le critère d'«intégration organique» qui permettrait de délimiter le corps, objet du droit de la personnalité, et les choses au sens étroit, objets des seuls droits réels¹⁷.

Pour GRIOT, la partie séparée peut être une chose, objet indépendant, susceptible d'une maîtrise humaine et servant les intérêts humains extérieurs à l'individu. Elle reste cependant un bien personnel dans la mesure où elle peut encore être utile à la personne. Le critère de distinction est le suivant: lorsque le comportement juridique peut se déterminer sans difficulté d'après les règles des droits réels, nous avons toujours affaire à une chose. Si l'on en croit l'auteur, la partie séparée du corps peut être soumise à tous les actes juridiques dont une chose est susceptible d'être l'objet¹⁸. Malgré cette conclusion relativement univoque, l'auteur refuse de voir disparaître tout l'aspect personnel de l'élément corporel¹⁹.

GUINAND, par contre, ne considère pas un organe du corps humain comme «un bien susceptible de transfert»²⁰. L'auteur ne s'exprime cependant pas

12 ZK-HAAB, *Einleitung*, No 22.

13 KSP-WIEGAND, *Vorbemerkungen zu 641 sq.*, No 18.

14 STEINAUER, No 66.

15 BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 132.

16 REY, No 106.

17 PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 69.

18 GRIOT, pp. 16-7.

19 Voir pp. 128-9 ci-dessous.

20 GUINAND, *SJ* 1986, p. 127.

plus avant sur le sujet. Il est dès lors difficile de savoir si la notion de «bien» recoupe, ici, d'une manière ou d'une autre, celle de chose.

Le bref exposé de doctrine ci-dessus montre, d'une part, que peu d'auteurs se sont véritablement posé la question et, d'autre part, que l'unanimité proclamée par les auteurs du *Zürcher Kommentar* n'est pas aussi nette qu'annoncée. Il existe une minorité d'auteurs réticents à considérer les parties séparées du corps humain comme des choses au sens du droit suisse.

B. Le statut à l'étranger

Il est intéressant de procéder à une comparaison internationale. Les auteurs notamment français, allemands et américains ont saisi l'enjeu, il y a longtemps déjà. Les tribunaux de ces pays ont en effet été confrontés à ce problème de manière directe. Leur jurisprudence a donné lieu à de nombreux articles et ouvrages de doctrine.

Dans un premier temps, à savoir dans ce chapitre, nous limiterons notre étude aux ordres juridiques français et allemand. En effet, dans ces pays voisins, comme en Suisse, les concepts de chose et de propriété ne sont pas indissolublement liés. Les régimes réel et personnel sont conçus de manière telle qu'ils sont dans une certaine mesure indépendants de l'objet sur lequel ils portent. Ainsi, dans ces trois pays européens, un droit de la personnalité est susceptible de protéger une chose. En outre, le concept de la chose est, sinon identique, du moins très proche de la notion helvétique. En droit américain, les distinctions entre *ownership* et *property* sont trop délicates pour notre étude et ne se prêtent pas à un examen disjoint de l'objet, puis du droit auquel il est susceptible d'être soumis. C'est pourquoi on trouvera l'exposé de doctrine américaine dans le chapitre suivant, consacré au droit lui-même.

I. Le statut en France

Il est essentiel de se tourner vers la France, car ce pays a, en plus de la jurisprudence susmentionnée²¹, édicté des dispositions législatives dans le domaine qui nous intéresse. Deux lois en particulier, promulguées en juillet 1994, traitent du corps humain et de ses produits.

A. LES LOIS DE JUILLET 1994

La Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, modifie notamment l'article 16 CCfr, qui proclame maintenant la «primauté de la personne», «interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci»

²¹ Voir p. 2 ci-dessus.

et «garantit le respect de l'être humain». Elle complète ensuite cette disposition par une série d'articles qui protègent le corps humain, parce qu'il est «consubstantiel de la personne»²². Cette protection s'énonce en trois volets: chaque individu a droit au respect de son corps; le corps humain est inviolable; il ne peut, dans sa globalité ou dans ses éléments, faire l'objet d'un droit patrimonial (art. 16-1 CCfr). Découle, entre autres, de ces postulats une exigence plus spécifique: est nulle toute convention «ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits»²³.

Le code de la propriété intellectuelle est également modifié par la Loi n° 94-653. Ainsi, «le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets²⁴». La loi introduit enfin un nouveau chapitre dans le code pénal intitulé: «Des infractions en matière d'éthique biomédicale». Ces dispositions viennent sanctionner pénalement les principes exposés ci-dessus.

Le second texte qui nous intéresse est la Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Elle est supposée n'être qu'expérimentale et devait faire l'objet d'un nouvel examen par le Parlement dans le courant de l'année 1999²⁵. Cependant, aucun projet de loi n'a été présenté l'année passée et, selon toute vraisemblance, il en ira de même en l'an 2000²⁶. Le texte de 1994 énonce des règles appelées à compléter celles du code civil. On y trouve entre autres l'exigence du consentement du donneur et de la gratuité des prélèvements.

Ces lois fournissent, il est vrai, un grand nombre de réponses aux fréquentes interrogations que suscite l'évolution des technologies médicales. Elles posent en particulier des exigences précises dans les domaines traités. Cependant, elles ne se prononcent pas explicitement sur le statut des parties du corps. D'après HARICHAUX, pourtant, les lois de 1994, «en organisant - dans un souci de protection - la circulation des éléments du corps humain et en conférant un statut à ces derniers» aboutissent à «les détacher du corps humain et à en faire des choses»²⁷.

²² JANIN, *RTDC* 1994, p. 935.

²³ Art. 16-5 CCfr.

²⁴ Art. L. 611-17.

²⁵ JANIN, *RTDC* 1994, p. 935.

²⁶ *La Recherche*, No 329, Mars 2000, p. 3.

²⁷ HARICHAUX, p. 20.

Notre but n'est pas de nous livrer ici à une analyse législative, mais d'exposer simplement l'état d'avancement de la réflexion à l'étranger. C'est pourquoi nous passons maintenant à l'étude des autres sources du droit.

B. LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Le drame du sang contaminé²⁸ a suscité de nombreuses prises de position, retracées par HERMITTE dans son ouvrage consacré à ce produit du corps²⁹. La défense des centres de transfusion, cherchant à échapper à la responsabilité du fait des produits, reposait sur la thèse que le sang n'est pas une chose et ne peut donc donner naissance au type de responsabilité que cette qualité implique. Les tribunaux français confrontés à la question ont adopté deux options distinctes et contradictoires. Pour protéger le donneur et souligner la valeur symbolique du sang, ils ont refusé de ranger ce tissu parmi les choses. Pour protéger le receveur, cependant, ils ont considéré que le sang transfusé relevait de la responsabilité du fait des produits³⁰. La méthode, si elle est justifiée par le but poursuivi, n'en prête pas moins le flanc à la critique: la qualification juridique d'un élément ne devrait pas dépendre de l'angle sous lequel il est envisagé.

Dans un cas moins dramatique, connu sous le nom d'affaire Daoud, les tribunaux français ont été saisis d'un litige portant sur un bout de doigt. Un détenu, sur le point de comparaître en Cour d'assises, a choisi, pour attirer l'attention sur son sort, un moyen peu ordinaire: il s'est sectionné la dernière phalange de l'auriculaire dans l'intention de l'expédier au Garde des Sceaux. La phalange a été conservée dans un bocal au greffe de la Maison d'arrêt. Le détenu a alors ouvert action devant le Tribunal de grande instance d'Avignon pour en obtenir la restitution³¹. Les juges ont affirmé à cette occasion qu'«un membre séparé du corps était une chose³²».

C. LES AUTEURS FRANÇAIS

De nombreux auteurs se sont exprimés sur le statut des parties séparées, avant et depuis l'adoption des lois de juillet 94. Tous ont un avis sur la question, mais peu le motivent. La doctrine française ne confronte, par ailleurs, que rarement les tissus, organes et cellules à la notion juridique de chose.

²⁸ Voir p. 2 ci-dessus.

²⁹ Voir également, à ce sujet, CASTERET ANNE-MARIE, *L'affaire du sang*, Paris, 1992.

³⁰ HERMITTE, pp. 280-1.

³¹ BERTIN, *Gaz. Pal.* 1986/4, p. 96.

³² BAUD, p. 21.

I. La doctrine française classique

En 1970, NERSON soulignait qu'à l'époque encore «le problème de la validité des actes juridiques (conventions ou legs) portant sur le corps humain ne présentait, sur le terrain de la pratique, qu'un intérêt limité»³³. Selon l'auteur, la doctrine «considérait que le principe d'indisponibilité allait de soi»³⁴. Cet avis est corroboré par DOLL, qui écrit, en 1970: «Le corps humain est foncièrement extra-patrimonial. Il n'existe donc pas de droit de propriété sur le corps, qui n'est, en principe, pas susceptible de disposition»³⁵. En réalité, DOLL admet, dans une certaine mesure, la cession de tissus ou d'organes, mais uniquement sous la forme du don: «La cession ne saurait dégénérer en vente»³⁶.

II. La doctrine française récente

Les développements ci-dessus datent des années 1960-70. Les contributions doctrinales récentes ne se retranchent plus derrière les principes d'intangibilité et d'extra-patrimonialité. Les auteurs écrivent avec leur temps et ne peuvent que prendre acte de la présence grandissante des éléments et produits du corps humain sur le marché médical. Ils ne cherchent pas pour autant à "brader" le corps humain. Au contraire, ils en sont par certains aspects de meilleurs défenseurs que NERSON et DOLL, dans la mesure où ils ne se reposent plus sur des principes supposés acquis. Ils reconnaissent que la pratique médicale a complètement transformé le rapport de l'homme à son enveloppe corporelle et qu'il est urgent de réévaluer les fondements de la réflexion du droit sur le corps à la lumière de l'évolution des techniques. C'est à cette doctrine que nous allons nous intéresser maintenant.

Précisons que si le débat a effectivement progressé, il n'est pas clos pour autant. L'unanimité est loin de régner au sein de la doctrine française actuelle.

1. Les auteurs favorables à la qualification de chose

Pour ARNOUX, le droit consent à ce que des «translations hors du corps» se fassent à des fins thérapeutiques ou scientifiques, mais l'ordre juridique «dénie à l'objet de ces translations la qualification de choses»³⁷ et ceci à tort, selon l'auteur: «Partant du principe que les catégories de personne et chose sont exclusives l'une de l'autre, et que l'on ne peut être à la fois

³³ NERSON, *RTDC* 1970, p. 676.

³⁴ NERSON, *RTDC* 1970, p. 676.

³⁵ DOLL, p. 56.

³⁶ DOLL, p. 63.

³⁷ ARNOUX, p. 80.

personne et chose, la conclusion semble évidente: de tels démembrements du corps sont nécessairement des choses»³⁸.

GALLOUX procède à une qualification différenciée des éléments, répartis en trois grandes catégories: le premier groupe est celui des «choses extérieures»³⁹, le deuxième, celui des «tissus et produits régénérables»⁴⁰ et le dernier, celui des «choses vitales au principe de vie»⁴¹. Ces distinctions ne transparaissent pas dans la conclusion de l'auteur, qui affirme en définitive que tous les éléments du corps vivant sont des choses⁴².

BAUD est d'avis que la qualification de chose répond à une nécessité et qu'il faut absolument accepter «d'envisager le corps parmi les choses de la vie pour envisager ensuite comment avoir ce que l'on est»⁴³. Il plaide ouvertement pour une doctrine qui définisse «les produits corporels comme des choses»⁴⁴: «[...] le monde du droit civil a été conçu pour mettre en relations les personnes entre elles et les personnes avec les choses, mais pas pour organiser les rapports des choses avec les choses. Tel est l'enjeu de l'entrée du corps dans la perspective juridique: montrer que le droit de propriété commence lorsqu'on cesse d'avoir avec la matérialité extérieure au corps un rapport de chose à chose et qu'on inaugure un rapport de personne à chose»⁴⁵. A l'appui de sa thèse, BAUD invoque l'évolution des techniques médicales: «Au temps où l'on ne concevait la transfusion sanguine que de bras à bras et où le sperme et les ovules n'étaient en relations qu'à l'occasion d'accouplements naturels, ces éléments corporels n'entraient en relation avec d'autres corps que par un système de relation de chose à chose: ces éléments corporels n'entraient donc pas dans la zone d'appréhension du droit. Mais l'ère des biotechnologies et des triomphes chirurgicaux a permis d'établir des relations de type personne à chose entre l'individu et les éléments corporels. De nos jours, le sang de la transfusion sanguine et la semence des banques du sperme existent en tant qu'objets de droit»⁴⁶. L'auteur estime que le critère d'intégration physiologique n'est pas suffisant. Il cite en exemple le cas «de l'homme riche qui a fait voler l'organe d'un pauvre pour se le faire greffer» ou celui «du médecin qui a fait des prélèvements abusifs dans un but

38 ARNOUX, p. 80.

39 GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 531.

40 GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 534.

41 GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 536.

42 GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 538.

43 BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 59.

44 BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 61.

45 BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 62.

46 BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 64.

lucratif»⁴⁷. Ces cas d'exploitation du corps humain d'autrui nécessiteraient une protection que ne peut offrir le simple critère d'intégration organique et que seul le droit de la propriété peut assurer.

LABBÉE relève que le juriste «ne doit pas *a priori* être épouvanté par le Mot "CHOSE"», car son emploi «aurait au moins le mérite de l'honnêteté»⁴⁸. L'auteur élève au rang de «personne par destination» l'organe prélevé destiné à être transplanté, mais abandonne au statut de chose l'objet corporel qui n'est plus investi d'un projet d'utilisation au service de l'individu⁴⁹. A l'exception de ce cas de figure, LABBÉE voit dans les produits du corps de simples choses, objets d'un droit réel. Il espère qu'un régime juridique spécifique sera mis en place pour les éléments corporels, mais, conclut-il, «qu'une chose soit hors commerce, insaisissable, inaliénable, imprescriptible, ne transforme pas cette chose en personne, et ne transforme pas le droit réel en droit de la personnalité»⁵⁰.

2. Les auteurs opposés à la qualification de chose

FABRE-MAGNAN exclut de prime abord le droit de propriété «sur les éléments vitaux du corps humain». Elle l'exclut en fait de manière générale sur tous les éléments du corps vivant, mais sans pour autant leur refuser la qualité de choses: «En effet, les éléments du corps humain participent de la substance des êtres mais pouvant matériellement être détachés de la personne et circuler, ils pourraient être traités comme des choses.» En réalité, l'auteur envisage une classification distincte pour soumettre ces entités «à un statut très particulier qui reste à déterminer»⁵¹. Elle conclut que la *summa divisio* entre les personnes et les choses trouve ses limites face à ces «choses extrapatrimoniales»⁵². FABRE-MAGNAN rejoint en cela BAUD, qui constate que «dès que le corps, dans son intégralité ou dans ses éléments, est envisagé de façon distincte de la personne, on est conduit à le percevoir comme une chose, et cela parce qu'il n'existe rien, dans les systèmes juridiques issus du droit romain, qui soit intermédiaire entre la catégorie des personnes et celle des choses»⁵³.

Pour BAUDOQUIN/LABRUSSE-RIOU, la pensée actuelle a intégré le concept que «certaines composantes du corps humain pouvaient être analysées et qualifiées comme des «biens» sans pour autant désacraliser le corps dans

47 BAUD. *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 63.

48 LABBÉE, p. 433.

49 LABBÉE, pp. 267-9.

50 LABBÉE, pp. 276-7.

51 FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, pp. 593-4.

52 FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 611.

53 BAUD, p. 11.

son ensemble»⁵⁴. A leur avis, cependant, il s'agit d'inventer de nouvelles catégories juridiques «permettant de qualifier le «vivant humain» détaché de la personne»⁵⁵.

HERMITTE ouvre la discussion sur la qualité hors commerce des parties du corps humain, sans même remettre en question leur qualification préalable de chose⁵⁶. L'auteur nuance cependant sa solution, en apposant l'étiquette de «chose d'origine humaine et à finalité humaine» sur l'ensemble des éléments corporels. Ce qualificatif trahirait l'existence d'un compromis, consistant, d'une part, à assurer la gratuité de la mise à disposition initiale, d'autre part, à garantir le consentement de l'intéressé sur le principe de l'utilisation ainsi que sur la destination des produits⁵⁷.

Le Conseil d'Etat, dans le Rapport Braibant, l'un des nombreux rapports établis préalablement à l'adoption des textes législatifs susmentionnés, insiste sur l'indisponibilité du corps humain et de ses produits. Même s'il envisage une commercialisation relative des éléments «les plus extérieurs et les plus périphériques»⁵⁸, il ne se risque pas à les qualifier de chose. Au contraire, il s'oppose à ce statut en exigeant le consentement de l'individu pour tous les actes de disposition des parties du corps, afin de souligner «que le produit est d'origine humaine, qu'il relève donc d'un ordre public qui ne peut être celui régissant les choses»⁵⁹.

2. *Le statut en Allemagne*

En Allemagne, la question n'était à l'origine évoquée que dans les cercles académiques. Seule la qualité des cheveux coupés et des ongles a donné lieu à quelques réflexions théoriques. Depuis que les prélèvements sur un donneur vivant sont devenus possibles, parfois nécessaires et souvent lucratifs, l'intérêt relatif à ces parties et à leur statut s'est considérablement accru⁶⁰. Preuve en est, nous allons le voir, la littérature consacrée à cette problématique.

⁵⁴ BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, p. 188.

⁵⁵ BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, p. 193.

⁵⁶ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 323.

⁵⁷ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 339.

⁵⁸ CONSEIL D'ETAT, p. 43.

⁵⁹ CONSEIL D'ETAT, p. 43.

⁶⁰ SCHUENEMANN, p. 57.

A. LA LEGISLATION ALLEMANDE

A l'heure actuelle, l'Allemagne a également adopté une loi sur les transplantations. Le texte est surtout consacré aux problèmes de la définition de la mort, ainsi que du consentement au prélèvement⁶¹.

B. LA JURISPRUDENCE ALLEMANDE

Le *Bundesgerichtshof*, dans un arrêt topique⁶² sur lequel nous reviendrons par la suite⁶³, évite de se prononcer. Il relève que d'après une conception largement répandue, mais toujours contestée, une partie séparée du corps est une chose⁶⁴.

Dans une affaire plus ancienne, un tribunal allemand a admis la qualification réelle. Un médecin avait retiré chez un de ses patients deux calculs d'une taille exceptionnelle et voulait les conserver par intérêt scientifique. Il a en échange considérablement réduit ses honoraires. Le patient ayant par la suite réclamé les calculs, le médecin a exigé le paiement de l'entier de la note. Le tribunal appelé à trancher le litige a conclu que les calculs étaient devenus des choses sans maître, sur lesquelles le patient avait un droit privilégié de nature réelle⁶⁵.

C. LES AUTEURS ALLEMANDS

La doctrine dominante est d'avis que les parties corporelles doivent être traitées comme des choses dès leur séparation⁶⁶. MÜLLER affirme que les éléments détachés sont effectivement des choses⁶⁷. RIEGER partage cette opinion⁶⁸. KREGEL également⁶⁹. Les commentateurs du BGB. PALANDT/HEINRICHS, se rangent pareillement à ce point de vue⁷⁰.

KOPPE relève qu'il existe certes un isomorphisme entre la forme avant et après la séparation, mais que l'élément détaché devient une partie de la «unfreien Natur» et doit de ce fait être considéré comme une chose. Il lui

61 Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz), du 11 novembre 1997.

62 Voir p. 2 ci-dessus.

63 Voir p. 33 ci-dessous.

64 NJW 1994, p. 127.

65 SCHMELCHER, *DMW* 1960, p. 2036.

66 LIPPERT, *MedR* 1997, p. 458; MAIER, p. 11; R. MÜLLER, p. 35; NJW 1994, p. 127; SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 832; SCHUENEMANN, pp. 58-9; TAUPITZ, *JZ* 1992, p. 1092; WICHMANN, p. 9.

67 R. MÜLLER, p. 77.

68 RIEGER, *DMW* 1978, p. 290.

69 Handkommentar-MICHALSKI, No 7 ad §90 BGB.

70 BGB-HEINRICHS, No 3 ad §90 BGB.

manque en effet la présence d'une activité de vie, qui est la caractéristique principale du corps humain vivant⁷¹. SCHUENEMANN, également, estime que les parties séparées possèdent les caractéristiques de la chose⁷². Il réfute cependant la théorie de l'intégration dans un organisme humain vivant comme critère de la distinction entre personnes et choses, telle que la conçoivent divers auteurs allemands, ainsi que PIOTET⁷³. Il remarque que les animaux et les plantes sont des organismes vivants et qu'ils sont malgré tout traités comme des choses⁷⁴. SCHUENEMANN relève par ailleurs que la majorité des auteurs se bornent à affirmer que les parties séparées sont des choses, sans fournir aucune argumentation juridique. Cette démarche trahirait une insécurité quant à la motivation des thèses des auteurs visés⁷⁵. L'auteur allemand explique enfin qu'il n'est pas nécessaire de nier la qualité de chose des parties séparées pour empêcher l'application des dispositions de droit réel⁷⁶.

FORKEL, par contre, s'oppose clairement à la solution réelle. Il souhaite voir perdurer le droit de la personnalité dont le corps, dans son ensemble, est l'objet⁷⁷.

II. Le statut actuel des gamètes

Les gamètes bénéficient en général d'un statut privilégié. La doctrine considère qu'ils «ne sont pas éthiquement entièrement assimilables aux autres cellules du corps humain du fait même qu'ils sont porteurs de la potentialité de transmission de la vie et de l'hérédité humaine»⁷⁸.

Il est intéressant de décrire le sort que leur réservent la législation, la jurisprudence et la doctrine, en Suisse comme à l'étranger.

A. Le statut en Suisse

Ovules et spermatozoïdes suscitent un intérêt conséquent. Il faut sans doute attribuer cette attention extraordinaire à l'avènement des techniques de procréation médicalement assistée. En faisant entrer les cellules de la reproduction dans la sphère de maîtrise humaine, la biotechnologie les a,

71 Cité par SCHUENEMANN, p. 60.

72 SCHUENEMANN, p. 60.

73 Voir p. 20 ci-dessus.

74 SCHUENEMANN, p. 60.

75 SCHUENEMANN, p. 60.

76 SCHUENEMANN, p. 101.

77 FORKEL, *JZ* 1974, p. 595.

78 BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, p. 195.

du même coup, introduites dans la sphère d'appréhension du droit. Ensuite, la fréquence du recours à ces techniques et l'importance qu'elles ont pour les individus qui y font appel ont contribué à porter le débat sur la place publique et contraint le législateur à empoigner le problème.

1. *La législation suisse*

En réglementant la procréation médicalement assistée, le législateur n'a pu faire l'économie d'une réflexion sur le sort des gamètes. Le droit suisse consacre à cette problématique un article constitutionnel, l'article 119 Cst., ainsi qu'une loi fédérale, la Loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA) et une ordonnance, l'Ordonnance sur la procréation médicalement assistée (OPMA). Nous verrons le détail de ces dispositions plus bas⁷⁹. Nous nous bornerons à relever, ici, que le statut de ces éléments corporels n'est jamais strictement défini.

2. *La jurisprudence suisse*

Les tribunaux suisses ont eu l'occasion de s'intéresser au domaine en question. D'une part, ils sont fréquemment interpellés en matière d'assurance. La controverse est ouverte entre assurés et assureurs, les premiers se battant pour obtenir le remboursement des frais conséquents qu'engendre le recours aux techniques de procréation assistée⁸⁰.

D'autre part, avant l'entrée en vigueur de l'article 119 Cst., la procréation médicalement assistée était de compétence cantonale. A l'époque, quelques cantons, Bâle-Ville et Saint-Gall en particulier, avaient adopté des réglementations très restrictives quant aux méthodes de procréation tolérées. Le Tribunal fédéral a été saisi de recours contre les lois bâloise et saint-galloise, dont il a annulé certaines dispositions jugées contraires à la liberté personnelle⁸¹.

Ni le Tribunal fédéral des assurances, ni la Cour de droit public ne se sont cependant exprimés sur le statut des gamètes, les problèmes qui leur étaient soumis autorisant l'économie de cette réflexion.

3 *Les auteurs suisses*

La majorité des auteurs qui s'expriment sur les ovules et les spermatozoïdes tendent à leur refuser le statut de chose.

⁷⁹ Voir pp. 110 sq. ci-dessous.

⁸⁰ ATF 125 V 21; ATF 121 V 289; 302; ATF 119 V 26; ATF 113 V 42.

⁸¹ BS: ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586; SG: ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194.

REY constate que le statut des gamètes est controversé dans la doctrine helvétique. A l'opinion selon laquelle les gamètes, porteurs du patrimoine génétique, sont partie de la personnalité et ne peuvent être des choses, s'oppose l'idée que la qualification de chose n'exclut pas l'exigence de consentement du donneur pour leur utilisation⁸². BRÜCKNER, sans trahir exactement sa position, relève également que la qualification de chose n'a pas d'impact sur la nécessité du consentement⁸³.

GUINAND refuse de considérer les gamètes comme «un bien susceptible de transfert»⁸⁴. GUILLOD reconnaît que c'est un élément qui «s'apparente plus à une chose», mais conclut que ce n'en est pas une⁸⁵. HEGNAUER, de même, refuse de les voir qualifier de choses⁸⁶, alors même qu'il leur en reconnaît toutes les caractéristiques⁸⁷. Pour l'auteur, les gamètes sont clairement des «Teile der Persönlichkeit»⁸⁸ ou, plus précisément, ils déterminent «den genetisch geprägten Teil der Persönlichkeit»⁸⁹.

SCHAUMANN, apparemment seule, affirme expressément que le sperme est une chose au sens juridique du terme. Elle constate qu'il possède toutes les caractéristiques du concept, tel que le définit la doctrine suisse⁹⁰. PIOTET se contente de remarquer qu'un droit de propriété sur l'ovule et les spermatozoïdes est «concevable»⁹¹.

B. Le statut à l'étranger

Même si la notion juridique de chose varie sensiblement d'un pays à l'autre, il est intéressant de faire un tour d'horizon des prises de position que suscite le statut controversé des gamètes. Force est de constater que l'unanimité n'est pas de mise non plus à l'extérieur des frontières helvétiques. En général, la doctrine hésite à conférer à ces cellules une nature réelle «qui ne rendrait pas compte de leur spécificité biologique»⁹².

⁸² REY, No 118.

⁸³ BRÜCKNER, *RSJ* 1985, pp. 383-4, note 24.

⁸⁴ GUINAND, *SJ* 1986, p. 127.

⁸⁵ GUILLOD, *SJ* 1986, p. 118.

⁸⁶ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, pp. 69-70.

⁸⁷ HEGNAUER, *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, p. 55.

⁸⁸ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 70.

⁸⁹ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 81.

⁹⁰ SCHAUMANN, p. 63.

⁹¹ PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 71.

⁹² GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 534.

1. Le statut en France

Dans ce pays, la question du statut des gamètes a fait l'objet de nombreuses publications. Sous l'appellation fréquente de «forces génétiques⁹³», ces cellules jouissent «de la sacralité qui, de tout temps, mais particulièrement dans le cadre de la société judéo-chrétienne, a entouré la vie humaine et le processus de la fertilité⁹⁴».

A. LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Les juges français ont eu l'occasion de se prononcer sur la nature juridique du sperme, dans une affaire devenue célèbre sous le nom d'affaire Parpalaix⁹⁵. M. Parpalaix, atteint d'une tumeur du testicule, a déposé, en décembre 1981, un échantillon de sperme auprès du CECOS de Kremlin-Bicêtre. Deux ans plus tard, il est décédé, sans s'être jamais manifesté auprès du Centre. Sa veuve a alors demandé au directeur du CECOS que lui soit remis le dépôt de son mari. Le professeur interpellé a refusé de procéder à la restitution. Mme Parpalaix et les parents du défunt ont ouvert action devant le Tribunal de grande instance de Créteil, afin d'obtenir judiciairement la restitution du sperme du mari décédé. Le Tribunal a tranché en faveur des demandeurs et condamné le CECOS à restituer l'intégralité du prélèvement litigieux. Saisi de la lourde tâche de qualifier juridiquement l'objet de la revendication, le tribunal a esquivé le problème. Il s'est contenté de constater que le sperme n'était pas «une chose tombant dans le "commerce" mais une sécrétion contenant le germe de la vie et destinée à la procréation d'un être humain⁹⁶». Le tribunal remarque en outre que l'accord passé entre le donneur et le CECOS n'entre pas dans le cadre du don d'organe «en raison de la différence de nature entre le sperme et les organes du corps humain»⁹⁷.

B. LES AUTEURS FRANÇAIS

En guise de préambule, il est intéressant de remarquer que le Rapport Braibant, un des rapports officiels en la matière, ne réserve pas de statut particulier aux gamètes. La commission qui a conçu le rapport établit une sorte de hiérarchie entre les produits «extérieurs» ou «périphériques» et les autres⁹⁸, mais elle ne prend pas position de manière spécifique sur les

⁹³ ARNOUX, p. 131.

⁹⁴ MAZEN, *Bioéthique et droit*, p. 196.

⁹⁵ Gaz. Pal. 1984 I 560.

⁹⁶ Gaz. Pal. 1984 I 560, 562.

⁹⁷ Gaz. Pal. 1984 I 560, 562.

⁹⁸ CONSEIL D'ETAT, p. 43.

cellules sexuelles. Le reste de la doctrine est heureusement plus proluxe à cet égard.

BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU critiquent précisément cette "banalisation" des gamètes: «{Le droit} ne distingue aucunement la finalité spécifique au don de gamètes (créer la vie) de celle plus générale du don d'organe ou d'autres cellules (préserver la vie).»⁹⁹

GALLOUX part du constat de fait que «la pratique médicale a indubitablement réifié les gamètes humains désormais cessibles, stockables et distribuables comme remède à la stérilité des couples»¹⁰⁰.

LABBÉE aborde le statut des «produits de la conception», qu'il range parmi les choses, sans mentionner même leur nature complexe. Il souligne par ailleurs que «le caractère essentiellement intime, personnel, du produit envisagé, viendra perturber le régime juridique de celui-ci»¹⁰¹.

2. *Le statut en Allemagne*

A. LA JURISPRUDENCE ALLEMANDE

Le *Bundesgerichtshof* a été confronté à un cas exemplaire en matière de statut des gamètes¹⁰². Un jeune célibataire, atteint d'un cancer de la vessie et sur le point de subir une opération qui le rendrait stérile, avait fait un dépôt de sperme dans une clinique universitaire. Les capacités de conservation de l'institution étant limitées, cette dernière adressa une lettre au demandeur en 1989 demandant s'il souhaitait prolonger le dépôt, et annonçant qu'à défaut de réponse dans les quatre semaines, l'échantillon serait détruit. Le jeune homme a demandé le maintien du dépôt par lettre recommandée. La réponse est bien arrivée à la clinique, mais elle n'est jamais parvenue au dossier du déposant et le dépôt de sperme a été détruit dans le délai annoncé. Le demandeur s'étant marié peu après, il s'est adressé à la clinique pour faire inséminer la femme qu'il venait d'épouser. S'étant vu répondre que le dépôt n'existait plus, le jeune homme ouvrit action devant les tribunaux allemands, afin d'obtenir une indemnité. Le tribunal saisi de l'affaire a relevé que certains auteurs qualifiaient de chose le sperme séparé du corps, à l'instar des autres parties détachées du corps humain¹⁰³. Les juges ont cependant renoncé à cette qualification pour

⁹⁹ BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, p. 195.

¹⁰⁰ GALLOUX, *RRJ* 1989, pp. 534-5.

¹⁰¹ LABBÉE, p. 275.

¹⁰² NJW 1994, p. 127.

¹⁰³ NJW 1994, p. 127.

développer leur argumentation sur la base de la protection de l'intégrité corporelle¹⁰⁴. Nous verrons plus bas comment ils ont obtenu ce résultat¹⁰⁵.

B. LES AUTEURS ALLEMANDS

Dans leur grande majorité, les auteurs allemands ne prennent pas la peine d'élaborer un régime particulier pour les gamètes. Depuis la publication de l'arrêt cité ci-dessus, une partie de la doctrine, sans véritablement se prononcer sur la qualification de chose, admet une nouvelle catégorie d'éléments, rassemblant toutes les parties détachées du corps destinées à assurer une fonction corporelle au-delà de la séparation¹⁰⁶.

SCHNORBUS relève la spécificité du sperme, sans pour autant lui conférer un statut à part¹⁰⁷. Il admet la qualification de chose qui semble s'imposer en Allemagne. L'auteur ne réserve un traitement distinct à cette substance que quant au droit dont elle peut être l'objet¹⁰⁸.

Nous verrons plus bas que de nombreux auteurs font appel aux droits de la personnalité pour protéger les gamètes¹⁰⁹. Quant à savoir s'il faut en déduire une exclusion de la qualité de chose, la réponse n'est pas claire.

III. Le statut actuel de l'ADN

Le matériel génétique a une nature complexe, en ce sens qu'il est la somme de deux composantes. En effet, les ressources génétiques ont deux facettes: «un aspect corporel, en tant qu'elles s'incorporent au sein de chacune des cellules qui composent les êtres vivants; un aspect incorporel en ce qu'elles sont le support matériel d'une information codée¹¹⁰».

Le matériel génétique est contenu dans chacun des éléments du corps. Se prononcer sur le tout revient en général à se prononcer sur les parties intégrantes. En effet, «[l]a partie intégrante partage le sort juridique de la chose complexe à laquelle elle est reliée¹¹¹». Nous pourrions ainsi partir de l'idée que les auteurs qui n'effectuent pas ici de classification distincte, envisagent de faire partager à l'ADN le sort des éléments corporels en général. Pourtant, si le matériel génétique suscite l'intérêt des juristes comme des scientifiques, c'est qu'il a une importance intrinsèque. Les

¹⁰⁴ NJW 1994, p. 128.

¹⁰⁵ Voir pp. 221-2 ci-dessous.

¹⁰⁶ BGB-HEINRICHS, No 3 ad §90; SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 834.

¹⁰⁷ SCHNORBUS, *JuS* 1994, pp. 832-3.

¹⁰⁸ SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 833.

¹⁰⁹ Voir pp. 141 sq. ci-dessous.

¹¹⁰ BELLIVIER/BOUDOUARD-BRUNET, *Le droit saisi par la biologie*, p. 183.

¹¹¹ STEINAUER, No 1061.

chercheurs en génétique n'ont souvent besoin pour leurs travaux que d'une quantité d'ADN qui peut être extraite de n'importe quelle cellule nucléée¹¹². Qu'il s'agisse de sang, de peau ou de salive, l'intérêt des échantillons qu'ils se procurent ne réside que dans le matériel génétique qu'ils contiennent.

Il est donc indispensable, dans ce type de situations, d'envisager le matériel génétique pour lui-même et de le soumettre à l'étude qui va suivre indépendamment de l'organe ou du tissu qu'il contribue à constituer.

A. Le statut en Suisse

Le matériel génétique fait l'objet, en droit suisse, d'un article constitutionnel, l'article 119 Cst., ainsi que d'un avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (AP LAGH). Ces dispositions, si elles organisent le traitement du matériel génétique en Suisse, ne décrivent pas explicitement le statut de l'ADN. Nous tenterons plus bas d'interpréter les règles élaborées afin d'en dégager les indications qu'elles sont susceptibles de fournir¹¹³.

Quant à la doctrine, aucun auteur helvétique ne se livre, à notre connaissance, à de véritables développements relatifs à la nature du matériel génétique. On ne trouve la distinction entre la composante corporelle et incorporelle de la cellule que chez GUILLOD, au sujet des gamètes. L'auteur estime que la structure biochimique d'un gamète est d'importance tout à fait secondaire et que la valeur de l'information codée qu'il recèle est infiniment plus précieuse¹¹⁴.

Les auteurs sont plus prolixes quant au droit de l'individu sur ce matériel, aspect que nous traiterons plus loin¹¹⁵.

B. Le statut à l'étranger

1. Le statut en France

«[P]our le droit français, l'information génétique n'est rien, ou si peu qu'il n'y a pas lieu de s'y attarder. Aucune loi française n'ayant pour objet l'information génétique, il n'est pas possible de dire ce qu'est l'information

¹¹² CLAYTON ET AL., *JAMA* 1995, Vol. 274 (22), p. 1786.

¹¹³ Voir pp. 113 sq. ci-dessous.

¹¹⁴ GUILLOD, *SJ* 1986, p. 118.

¹¹⁵ Voir pp. 145 sq. ci-dessous.

génétique pour le droit français¹¹⁶». Ce constat, s'il ne vise que l'aspect incorporel de l'ADN, est néanmoins parfaitement exact. Seule la doctrine est ainsi à même de fournir une ébauche de réponse à nos questions.

Selon ARNOUX, certains auteurs rapprochent le matériel génétique des gamètes, et les unissent dans la qualification de forces génétiques. D'autres auteurs font de l'information génétique, un «élément de la personne». Un troisième courant, minoritaire celui-là, se dessinerait, qui rangerait le matériel génétique humain dans la catégorie des choses¹¹⁷. L'auteur rallie elle-même le dernier courant d'opinion. Après une argumentation détaillée, distinguant la molécule d'ADN d'une part, l'information génétique d'autre part, ARNOUX conclut que «le matériel génétique humain présente (...) dans ses deux aspects, corporel et incorporel, les caractéristiques d'une chose»¹¹⁸.

GALLOUX est partisan de la classification parmi les choses du matériel génétique¹¹⁹. Sa position repose sur une analyse fouillée des caractéristiques des deux composantes des cellules somatiques. Ses recherches le poussent à conclure que le support biochimique aussi bien que l'information qu'il recèle, sont des choses.

BELLIVIER/BOUDOUARD-BRUNET se livrent, à l'instar de GALLOUX, à une analyse juridique détaillée du statut du matériel génétique¹²⁰. Elles parviennent, comme ARNOUX et GALLOUX, à la conclusion que «tant sous leur aspect corporel que sous leur aspect incorporel, les ressources génétiques relèvent de la catégorie des choses»¹²¹.

MAZEN se rallie également à cette manière de voir. En particulier, à son sens, «il ne peut y avoir place pour une catégorie nouvelle impliquant un réseau de liens juridiques tellement spécifiques qu'ils ne puissent se reconnaître ni dans la catégorie des choses ni dans celle des personnes»¹²².

HERMITTE traite en particulier du matériel génétique, mais elle se contente d'affirmer qu'à l'heure actuelle, il est «dans l'échange, hors du marché»¹²³. CADIET pose clairement le problème. Il se demande «si l'information génétique relève de la catégorie des choses ou de la catégorie des personnes»¹²⁴. L'auteur constate que la conception réaliste est minoritaire

¹¹⁶ CADIET, *La génétique humaine*, p. 43.

¹¹⁷ ARNOUX, pp. 131-2.

¹¹⁸ ARNOUX, p. 132.

¹¹⁹ GALLOUX, *RRJ* 1989, pp. 535-6.

¹²⁰ BELLIVIER/BOUDOUARD-BRUNET, *Le droit saisi par la biologie*, pp. 182-6.

¹²¹ BELLIVIER/BOUDOUARD-BRUNET, *Le droit saisi par la biologie*, p. 186.

¹²² MAZEN, *Bioéthique et droit*, p. 196.

¹²³ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 336.

¹²⁴ CADIET, *La génétique humaine*, pp. 49-50.

en droit français, «qui demeure nettement imprégné de personnalisme»¹²⁵. CADIET rejette la thèse réaliste, qu'il juge marquée par une «conception biologisante du droit qui ne va pas de soi.» L'auteur cherche à distancer le droit de la science, refusant de faire reposer son raisonnement juridique sur une base scientifique, au motif que les conclusions de la science sont toujours provisoires¹²⁶. En conclusion, CADIET s'abstrait des catégories classiques existantes, invoquant leur caractère relatif ainsi que leur inutilité. Il conclut que le corps humain est protégé par le droit français, que l'information génétique est un élément du corps humain, et qu'ainsi, la protection étant assurée, peu importe de savoir à quel titre elle l'est¹²⁷.

2. *Le statut en Allemagne*

Contrairement aux auteurs français, la doctrine allemande ne se livre qu'exceptionnellement à des considérations spécifiques sur le statut du matériel génétique.

A l'occasion de réflexions sur la procréation médicalement assistée, les gamètes bénéficient d'un respect appréciable, au regard en particulier du matériel génétique qu'ils transmettent¹²⁸. Le statut de l'ADN n'est pourtant pas abordé en tant que tel.

TAUPITZ expose de manière détaillée la spécificité du matériel génétique, mais il n'opère de distinction liée à la nature de cette substance que sous l'angle du droit dont elle est susceptible d'être l'objet¹²⁹. Il part de l'idée, sans la remettre en question, qu'après la séparation, le matériel génétique détaché du corps est une chose¹³⁰.

IV. Conclusion

Les thèses développées par les auteurs suisses, français et allemands se déclinent sur toute la gamme des solutions s'offrant au juriste: elles vont de la simple affirmation de la qualité de chose au refus catégorique de cette idée, en passant par toutes sortes d'étapes intermédiaires, fruits d'un compromis entre l'option réelle et l'option personnelle.

Les avis les plus divers sont ainsi exprimés, mais force est de constater qu'ils sont rarement motivés. La grande majorité des auteurs consultés

¹²⁵ CADIET, *La génétique humaine*, p. 50.

¹²⁶ CADIET, *La génétique humaine*, p. 51.

¹²⁷ CADIET, *La génétique humaine*, p. 56.

¹²⁸ LAUFS, *JZ* 1986, p. 772; PÜTTNER/BRÜHL, *JZ* 1987, p. 532.

¹²⁹ TAUPITZ, *JZ* 1992, p. 1089.

¹³⁰ TAUPITZ, *JZ* 1992, p. 1092.

imposent une conclusion qui n'est pas soutenue par un examen rigoureux des caractéristiques traditionnellement attribuées à la chose.

Il existe par ailleurs une large incertitude quant à la portée exacte du concept utilisé. Il est souvent difficile de savoir si les auteurs renvoient à la notion juridique ou commune de la chose. Seul HEGNAUER précise qu'il voit dans le gamète une chose au sens technique et non juridique¹³¹.

Il existe une notion juridique de la chose, qui est la somme de différents critères. Avant d'attribuer ou de refuser ce statut à une partie séparée du corps humain, il faut procéder à l'examen systématique des propriétés de la chose, les définir, puis les confronter aux caractéristiques de l'élément corporel. C'est à cette démarche que nous allons nous prêter maintenant, en nous concentrant sur le concept de chose tel que le connaît l'ordre juridique helvétique.

§ 2 La notion juridique de chose

La doctrine suisse définit la chose comme «une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, qui est susceptible d'une maîtrise humaine»¹³².

Quatre critères ressortent de cette définition: la chose est un objet matériel, délimité, impersonnel, susceptible d'une maîtrise humaine.

I. Objet matériel

En premier lieu, ne peut prétendre à la qualité de chose qu'un objet matériel¹³³. Ce critère a pour fonction de distinguer les choses des droits, énergies et autres biens immatériels. La chose doit avoir une existence concrète, tridimensionnelle. Comme l'exprime la doctrine suisse allemande, elle doit être «körperlich greifbar¹³⁴». Ce principe souffre cependant des exceptions. Sont en effet soumises aux droits réels les énergies et forces naturelles, ainsi que certaines catégories de droits¹³⁵. Nous verrons ces exceptions en détails plus bas¹³⁶.

¹³¹ HEGNAUER, *Mélanges Paul Pilet*, p. 79, note 71.

¹³² STEINAUER, No 60.

¹³³ STEINAUER, No 62; BK-MEIER-HAYOZ, p. 69, No 117; ZK-HAAB, Einteitung, No 21.

¹³⁴ REY, No 81; BK-MEIER-HAYOZ, p. 69, No 117.

¹³⁵ REY, Nos 85-99.

¹³⁶ Voir pp. 63 sq. ci-dessous.

A. Le caractère matériel des organes, tissus et cellules

Tous les éléments du corps humain satisfont à l'évidence au critère de la matérialité. En outre, cette qualité n'est pas propre aux parties détachées. Le corps humain, dans son existence biologique, est lui-même, à l'évidence, matériel¹³⁷.

B. Le caractère matériel des gamètes

A première vue, la réalité physique de ces cellules ne suscite pas de problème particulier. Elle semble au contraire faire l'objet d'un consensus parmi les quelques auteurs qui abordent ce sujet délicat.

SCHAUMANN, qui se livre à une analyse détaillée de la qualification juridique du sperme, constate expressément que cette substance est «körperlich greifbar¹³⁸». GUILLOD, même réticent à leur apposer le qualificatif de chose, admet que l'aspect matériel des gamètes les apparente davantage aux choses qu'aux personnes¹³⁹. HEGNAUER, malgré un refus catégorique de ranger le sperme parmi les choses¹⁴⁰, constate qu'il répond aux caractéristiques de la matérialité¹⁴¹.

L'affirmation de cette réalité physique, de ce caractère matériel ne satisfait apparemment pas les auteurs, puisqu'ils butent sur la qualification de chose. Si cette réticence est justifiée, cela signifie que le gamète possède une autre dimension que celle de sa simple existence physique.

La répugnance à admettre la qualification réelle pourrait trouver son origine dans le matériel génétique que le gamète a pour mission de transmettre. La présence d'ADN est souvent mise en avant pour justifier la considération particulière dont jouissent ovules et spermatozoïdes. Pourtant, comme le relève GALLOUX, l'information contenue dans le gamète «ne présente pas de spécificité par rapport à celle recelée par toute cellule somatique»¹⁴². Le gamète contient exactement les mêmes séquences d'ADN que la cellule diploïde, à la différence près que cette information est divisée par deux. Si l'on voulait être précis, on pourrait aller jusqu'à dire que l'information recelée par la cellule haploïde qu'est le spermatozoïde ou l'ovule est moins complète. A moins précisément de

¹³⁷ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 218.

¹³⁸ SCHAUMANN, p. 63.

¹³⁹ GUILLOD, *SJ* 1986, p. 118.

¹⁴⁰ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 86; idem, *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, p. 55.

¹⁴¹ HEGNAUER, *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, p. 55.

¹⁴² GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 535.

centrer son étude sur le gamète, le chercheur travaille en principe sur la base de cellules somatiques, issues du sang, de la peau ou de la salive.

L'information génétique fera l'objet d'un paragraphe spécifique par la suite. Les solutions qui seront retenues seront applicables au matériel génétique des cellules en général, qu'elles soient diploïdes ou haploïdes.

La source de la distinction ne se situe pas ici. Il faut donc chercher ailleurs. Or, l'unique spécificité du gamète, outre sa nature complexe, réside dans le rôle que la cellule est appelée à jouer lors de la reproduction.

1. L'aspect corporel des gamètes

Un gamète, ovule ou spermatozoïde, est une cellule spécialisée. Certaines cellules sont en effet choisies très tôt pour devenir des gamètes; ce sont les «cellules germinales primordiales». Elles migrent vers les ovaires et testicules en développement et prolifèrent. Au lieu de se diviser par mitose normale, elles accomplissent leurs dernières divisions selon le processus de la méiose et se différencient ainsi en gamètes. C'est ensuite la fusion de l'ovule et du spermatozoïde qui initie l'embryogenèse. Nous allons voir ce processus de manière plus détaillée, afin d'identifier ce qui différencie le gamète d'une cellule somatique.

La reproduction sexuée, telle qu'elle se déroule chez l'être humain, implique le mélange des génomes d'un individu mâle et d'un individu femelle. Ce mécanisme engendre des descendants qui sont différents à la fois les uns des autres et de leurs parents. Le mélange des génomes est obtenu par la fusion de deux cellules dites haploïdes, cellules qui ne contiennent qu'un seul jeu de chromosomes. Ces cellules haploïdes sont précisément les gamètes. Elles s'opposent aux cellules diploïdes, cellules somatiques qui contiennent deux paires de chromosomes¹⁴³.

Lors d'une division cellulaire normale, appelée mitose, chaque chromosome est dupliqué par répllication de l'ADN. Les copies jumelles du chromosome restent étroitement liées, dans un premier temps. Au moment de la division cellulaire, elles se séparent pour devenir des chromosomes individuels. Le résultat de l'opération est que chaque cellule fille «hérite d'un exemplaire de chacune des versions homologues de chaque chromosome»¹⁴⁴. La division de la mitose donne naissance à des cellules filles, diploïdes elles aussi, à savoir pourvues de deux paires de chromosomes chacune.

¹⁴³ ALBERTS, p. 1011.

¹⁴⁴ ALBERTS, p. 1014.

Les cellules haploïdes connaissent une division d'un autre type, appelée méiose. Le résultat est que la cellule fille ne doit contenir qu'un seul élément de chaque paire de chromosomes. La première phase du processus est identique à celle que connaît la division classique. L'ADN est dupliqué par réplication. Mais les chromatides soeurs, copies jumelles du chromosome, «se comportent comme une unité, comme si la duplication du chromosome n'avait pas eu lieu»¹⁴⁵. Chaque chromosome homologue s'apparie avec son semblable. Cet appariement permet la «recombinaison génétique»: un fragment de chromatide maternelle peut être échangé avec le fragment correspondant de chromatide paternelle. Ensuite a lieu une première division. Les deux chromosomes homologues dupliqués se séparent et chaque cellule fille hérite de deux exemplaires de l'un des chromosomes homologues. Ces cellules contiennent la même quantité d'ADN qu'une cellule diploïde normale, mais cet ADN ne provient que de l'un des deux chromosomes homologues présents dans la cellule d'origine. Une seconde division a lieu, classique cette fois, dans laquelle les chromosomes, sans réplication supplémentaire, s'alignent pour se séparer et donner naissance à des cellules dont le contenu en ADN est haploïde. On aboutit ainsi à la formation de quatre cellules haploïdes¹⁴⁶.

De cette description du processus de formation des gamètes, il découle que, si leur structure est différente de celle des cellules somatiques, leur nature est semblable. Le matériau de base est identique, seule sa répartition varie. Le caractère matériel d'un gamète est donc aussi évident que celui de n'importe quelle cellule somatique. Pourtant, il reste à élucider le phénomène qui préside à l'apparition de la vie et à la naissance d'un nouvel être humain. C'est évidemment ce caractère du gamète qui lui confère sa particularité.

2. *L'aspect incorporel des gamètes*

Il résulte de ce qui précède que la structure des gamètes est différente de celle des autres cellules. Le spermatozoïde, en particulier, conçu pour propager les gènes paternels, est profilé pour être rapide et efficace dans sa mission. Il est constitué d'une tête, contenant un noyau à l'ADN très dense afin de réduire le volume au minimum, et d'une queue qui sert de propulseur pour parvenir jusqu'à l'ovule et pour l'aider à en traverser les enveloppes. Le mouvement du flagelle nécessite une certaine somme d'énergie, qui est fournie par l'hydrolyse d'une molécule appelée adénosine triphosphate (ATP). L'ATP est synthétisée par de nombreuses

¹⁴⁵ ALBERTS, p. 1015.

¹⁴⁶ ALBERTS, p. 1016.

mitochondries, situées dans la partie antérieure de la queue du spermatozoïde, qui alimentent le moteur du flagelle¹⁴⁷.

Quant à l'oeuf, c'est une cellule géante qui contient «des réserves de tous les matériaux nécessaires au développement de l'embryon, jusqu'au stade où le nouvel individu ainsi réalisé est capable de s'alimenter lui-même»¹⁴⁸. C'est une cellule unique, en ce sens qu'elle peut donner naissance à un nouvel individu complet. Une fois activé par la fécondation, l'ovule est en mesure d'engendrer un être humain.

Pour féconder l'oeuf, le gamète doit traverser la coque de cellules folliculaires qui l'entoure, puis il peut se fixer sur la membrane de l'ovule. La liaison avec la membrane provoque une réaction, permettant au spermatozoïde de mieux se fixer en vue de la pénétration. Afin de n'être fécondé qu'une fois, l'ovule subit une succession de réactions chimiques empêchant, d'une part, la fusion de nouveaux spermatozoïdes à court terme, d'autre part, un blocage à plus long terme¹⁴⁹.

L'énergie qui permet les phénomènes décrits ci-dessus est l'énergie chimique qui découle de la structure de la matière. Une réaction chimique consiste en «un réarrangement d'atomes pour aboutir à la formation de nouvelles molécules»¹⁵⁰. Ce phénomène n'est pas neutre énergétiquement. Le clivage d'une liaison libère de l'énergie, alors que la constitution d'une autre en consomme. Le phénomène de la reproduction n'est qu'une longue suite de réactions chimiques, consommant et libérant de l'énergie.

Cette chaîne de phénomènes physiques et chimiques est à l'origine de la place de choix qui est réservée aux gamètes dans le discours juridique. Si les éléments qui en sont à l'origine répondent parfaitement au critère de la matérialité, ils donnent naissance à un phénomène qui, quant à lui, ne peut être réduit à ce même qualificatif. Il échappe ainsi à la réalité physique que nous cherchons à cerner et, par conséquent, à la catégorie des choses.

C. Le caractère matériel de l'ADN

Nous avons vu qu'en Suisse, seul GUILLOD relève la nature complexe du matériel génétique¹⁵¹. Il ne tente cependant pas de qualifier les deux composantes en question.

¹⁴⁷ ALBERTS, pp. 1026-7.

¹⁴⁸ ALBERTS, p. 1022.

¹⁴⁹ ALBERTS, pp. 1030-1.

¹⁵⁰ SCHAEFFER, p. 42.

¹⁵¹ GUILLOD, *SJ* 1986, p. 118.

REY rappelle qu'en matière de biens immatériels, il faut distinguer entre le bien lui-même, protégé par des droits particuliers, et son substrat corporel, sur lequel les droits réels s'appliquent¹⁵². Ce cas de figure rappelle singulièrement les rapports entre l'information génétique et la structure biochimique qui en est le support.

Si l'on cherche à qualifier le matériel génétique, il est donc indispensable d'envisager la qualification préalable des deux aspects dont il est la somme. Sous cet angle de la réflexion, peu importe en réalité que l'on traite du matériel génétique en général, contenu dans les cellules dites diploïdes qui recèlent l'entier du patrimoine génétique de l'individu, ou des gamètes, cellules haploïdes qui n'en comportent que la moitié. Il nous importe uniquement de savoir si, d'une part, la structure biochimique qu'est l'ADN, d'autre part et en particulier, la donnée informative en laquelle peut être traduite une séquence génétique quelle qu'elle soit, satisfont ou non au critère de la matérialité.

Nous allons ainsi étudier la question des propriétés physiques du matériel génétique, dans un premier temps sous son aspect de support de l'information, puis sous l'angle des données que l'on peut en extraire.

1. L'aspect corporel de l'ADN

Une cellule est un compartiment limité par une membrane et rempli d'une solution aqueuse concentrée de substances chimiques. Il existe deux types de cellules: les cellules dites eucaryotes et les cellules dites procaryotes. Les premières, à l'inverse des secondes, contiennent un noyau. Ce noyau, séparé du cytoplasme par une enveloppe constituée de deux membranes, contient tout l'ADN chromosomique. Les cellules procaryotes contiennent également de l'ADN, mais celui-ci n'est pas contenu dans un noyau. C'est le cas des érythrocytes, cellules sanguines responsables de la coloration rouge du sang.

L'ADN est une longue suite de bases, décomposée en séquences appelées nucléotides. Les bases sont au nombre de quatre, la thymine (T), la cytosine (C), l'adénine (A) et la guanine (G) et s'allient par paires pour former la double hélice d'ADN¹⁵³. Des régions spécifiques de la séquence nucléotidique de l'ADN sont copiées en une autre séquence qui, à son tour, code pour une protéine. Ces régions sont appelées gènes. Ainsi, un gène est composé de paires de nucléotides. Le gène de l'insuline, par exemple, est constitué de mille sept cents nucléotides¹⁵⁴.

¹⁵² REY, No 82.

¹⁵³ ALBERTS, pp. 101 et 106.

¹⁵⁴ ALBERTS, p. 340.

Au sein du noyau se trouve une sorte de "boule" d'ADN. «Chaque molécule d'ADN est empaquetée dans un chromosome séparé»¹⁵⁵. L'information génétique totale stockée dans ces chromosomes constitue le génome. S'il y a effectivement 46 chromosomes, il n'existe que 24 sortes de molécules d'ADN. En effet, les 46 chromosomes se répartissent en 23 paires. Vingt-deux de ces paires réunissent des chromosomes identiques. Quant à la dernière paire, elle est composée des chromosomes sexuels qui sont différents l'un de l'autre.

2. L'aspect incorporel de l'ADN

La question de l'appréciation du code génétique en tant que donnée est plus délicate. L'aspect qui nous intéresse ici est l'information que l'on peut tirer d'une séquence génétique.

A. LA NOTION D'INFORMATION GENETIQUE

«C'est l'information qui confère aux cellules la capacité de maintenir un haut degré d'organisation dans un univers désordonné¹⁵⁶». Elle est donc essentielle pour l'être humain.

1. L'analyse génétique

Les tests génétiques, en dévoilant la présence d'un gène déterminé sur les chromosomes de l'individu, permettent de décrire certaines propriétés du génotype¹⁵⁷. L'analyse génétique se déroule à trois niveaux: le phénotype, le caryotype et le gène.

La simple observation des caractères apparents d'un individu, lesquels constituent son phénotype, permet parfois d'établir le diagnostic d'un état pathologique^{158, 159}.

¹⁵⁵ ALBERTS, p. 337.

¹⁵⁶ ALBERTS, p. 223.

¹⁵⁷ H. MÜLLER, *Analyse génétique humaine*, p. 9.

¹⁵⁸ Génome et santé, p. 14.

¹⁵⁹ La trisomie 21 est un exemple parlant de cette méthode. Dès sa naissance, l'enfant présente une physionomie particulière. Entre autres symptômes, la face est ronde et aplatie, les yeux sont bridés, les mains comme les pieds sont courts et larges.

Le syndrome de Turner autorise également un pronostic rapide. Pour simplifier, la maladie est due à l'absence d'un des chromosomes sexuels. Les personnes atteintes, au lieu d'être XX ou XY, se trouvent être XO. Ce sont des personnes de sexe féminin, dont l'aspect trahit largement la présence du syndrome. Les femmes atteintes sont naines, avec un aspect infantile. Leur thorax est très large, les oreilles sont grandes et basses, le cou est exagérément épais sans être dessiné, les trapèzes sont

En France, six malformations sur cent et deux avortements sur trois sont dus à la présence d'une anomalie chromosomique¹⁶⁰. C'est dire l'importance du deuxième niveau de l'analyse génétique, celui du caryotype. L'étude des chromosomes permet la mise en évidence des anomalies chromosomiques de nombre ou de structure¹⁶¹. Les premières «résultent de la malségrégation d'un chromosome entier¹⁶²». Ainsi, une paire contient, chez un être sain, deux chromosomes, mais il arrive qu'elle en contienne trois (trisomie) ou, au contraire, un seul (monosomie). Quant aux anomalies de structure, elles peuvent consister en une délétion, perte d'un segment de chromosome, une inversion, double cassure suivie d'un recollement, ou encore en une translocation, à savoir une fusion entre deux chromosomes. Lorsque l'aliénation modifie la quantité d'information, il en résulte un état pathologique.

Le dernier niveau de l'étude est celui du gène ou de l'ADN proprement dit. Les outils de la technique actuelle permettent d'étudier directement les gènes à l'origine du phénotype. Il est en particulier à la portée des généticiens d'isoler le ou les gènes responsables d'un état pathologique¹⁶³. Les affections monogéniques résultent de la mutation d'un gène unique. Quant aux pathologies polygéniques, elles doivent leur survenance à l'altération de plusieurs gènes qui interagissent. Il existe également des maladies multifactorielles, résultant à la fois de prédispositions génétiques, mais également de circonstances extérieures telles que l'environnement.

Précisons, avant de poursuivre, que seuls les deux derniers niveaux d'analyse génétique sont pertinents dans le cadre de notre étude, puisqu'ils supposent le prélèvement d'un échantillon chez le patient¹⁶⁴.

II. L'information génétique

Nous voyons ainsi que les méthodes d'analyse génétique sont nombreuses et permettent de dégager une somme importante d'informations. Si les avancées technologiques dans ce domaine sont susceptibles de faire progresser le traitement des maladies génétiques, elles ont également pour effet de donner accès à des données sensibles, qui étaient jusque là du domaine de l'inconnu. Les méthodes actuelles permettent en particulier de

particulièrement développés. Elles possèdent également des anomalies des genoux, des mains et des pieds.

¹⁶⁰ Génome et santé, p. 16.

¹⁶¹ Génome et santé, p. 17.

¹⁶² Génome et santé, p. 18.

¹⁶³ Génome et santé, p. 22.

¹⁶⁴ TAUPITZ, JZ 1992, p. 1090.

déceler des maladies avant que des signes cliniques n'apparaissent ou de détecter une prédisposition à certaines pathologies. De manière plus générale, lorsque l'être humain aura la clé permettant le décodage de chacun des gènes qui le constituent, il connaîtra les maladies qui l'attendent, les prédispositions, favorables ou défavorables, auxquelles il est soumis. Toutes ces informations risquent, d'une part, de peser lourd sur l'individu lui-même. D'autre part, elles peuvent donner naissance à des pratiques discriminatoires, de la part d'un employeur, d'une assurance, voire des parents d'un embryon¹⁶⁵.

B. LA NATURE DE L'INFORMATION GENETIQUE

I. Le statut de l'information en général

Les conclusions, de tout genre, auxquelles parvient l'analyse génétique peuvent être qualifiées d'informations. L'information, en général, est un ensemble de données, un «message»¹⁶⁶. CADIET cite différentes définitions selon lesquelles elle est un «message quelconque exprimé dans une forme qui le rend communicable à autrui» ou un «élément de connaissance susceptible d'être représenté afin d'être conservé, traité, communiqué»¹⁶⁷. Un auteur germanophone la décrit comme «den Stoff, aus dem Entscheidungen gemacht werden können»¹⁶⁸. De même que l'on peut décrire le trafic soit comme un mouvement de véhicules et d'individus, soit comme les individus et les véhicules eux-mêmes qui empruntent les rues, on peut envisager l'information comme un processus ou comme un contenu¹⁶⁹.

En droit, GALLOUX définit l'information comme «la forme ou l'état particulier de la matière ou d'une énergie susceptible de signification chez un agent juridique»¹⁷⁰.

II. Le statut de l'information génétique

L'information génétique a ceci de particulier, bien sûr, qu'elle est fondamentalement intime et, par ailleurs, «porteuse de vie»¹⁷¹. Mais elle présente quelques autres caractéristiques qui la distinguent d'une donnée quelconque, qui expliquent son importance pour l'individu et qui justifient les cautions que l'on pose à sa collecte et sa transmission.

¹⁶⁵ Rapport explicatif LAGH, p. 2.

¹⁶⁶ BELLIVIER/BOUDOUARD-BRUNET, *Le droit saisi par la biologie*, p. 185.

¹⁶⁷ CADIET, *La génétique humaine*, p. 49.

¹⁶⁸ STEINBUCH KARL, cité par DRUEY, p. 98, note 36.

¹⁶⁹ DRUEY, p. 94.

¹⁷⁰ GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 540.

¹⁷¹ GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 540.

En premier lieu, elle est permanente. Il découle en effet du mécanisme de codage des gènes que l'information qu'ils constituent ne s'éteint pas, ne disparaît pas. Elle perdure au contraire tout au long de la vie d'un individu, voire même après sa mort. Il est donc impossible de détruire la source de cette information. En cela, les données que fournissent les gènes ne sont en rien comparables aux informations de la vie courante, qui peuvent être oubliées ou détruites.

Ensuite, l'information génétique se transmet héréditairement. Sous l'angle personnel, cette qualité est essentielle. Il est vrai que l'on peut dissocier la filiation biologique de la filiation juridique. Ainsi, les enfants d'un individu, reconnus comme tels par l'ordre juridique, ne partageront pas forcément le patrimoine génétique de leur père. Mais cela n'enlève en rien l'importance que cet aspect a pour l'individu.

Enfin, la survie d'un être humain exige le maintien de son matériel génétique. La conservation de ce matériel nécessite un mécanisme très précis de réplication de l'ADN avant chaque division cellulaire. Il existe un outre un processus de réparation des lésions accidentelles qui se produisent inévitablement. La plupart des modifications sont provisoires car elles sont immédiatement effacées par un mécanisme de correction. Il arrive cependant que le processus soit défaillant et qu'on assiste à ce que l'on appelle une mutation de l'ADN. Ce phénomène est exceptionnel¹⁷². Moins d'une modification sur mille provoque une mutation¹⁷³. Pourtant, si la mutation affecte une position vitale de la séquence d'ADN, elle peut conduire à la mort de l'individu. Ce point est peut-être le plus important au regard de ses implications. En effet, si un tiers vient à découvrir la présence d'une affection monogénique ou d'une prédisposition génétique chez un individu, il est assuré que cet état perdurera et donc que la personne subira toute sa vie les effets de ces altérations.

Toutes ces considérations mettent en exergue le caractère délicat de la qualification du matériel génétique. Elles contribuent à souligner l'importance d'une protection construite autour de l'individu et respectueuse de ses particularités, mais n'influent pas véritablement sur la qualification de l'information elle-même.

III. Le caractère immatériel de l'information

La question qui nous occupe à ce stade du raisonnement est uniquement celle de l'aspect corporel ou non d'une information. Dans son essence, et à l'évidence, une information est immatérielle. Qu'on la décrive comme un

¹⁷² ALBERTS, p. 242.

¹⁷³ ALBERTS, p. 245.

mouvement ou comme un contenu, elle est abstraite¹⁷⁴. A l'instar d'une idée, elle ne prend corps qu'une fois fixée sur un support, matériel quant à lui. Elle n'a pas d'existence physique en dehors de l'objet corporel qui la matérialise.

Ce constat ne signifie pas pour autant que l'information que l'on peut extraire d'une séquence génétique n'a pas d'existence indépendante de la structure biochimique qui la code. Au contraire, une fois déchiffrée, l'information tirée de l'analyse génétique existe en tant que "bien immatériel" en soi. De même que ne sont pas propriétaires des nouvelles relatées dans un journal tous les lecteurs qui en portent un exemplaire sur eux¹⁷⁵, l'information génétique est indépendante de l'élément qui lui donne corps. Elle possède une existence à part entière, n'étant pas incorporée au titre qui la relate¹⁷⁶.

En conclusion, si l'information n'est pas matérielle, elle n'est pas une chose. Ce constat ne préjuge en rien du régime juridique que nous tenterons d'élaborer par la suite pour le matériel génétique. Nous nous bornons à établir ici qu'une des deux composantes de l'ADN, à savoir l'information génétique, ne satisfait pas aux critères qui définissent la chose en droit suisse.

Va dès lors se poser la question des rapports entre le support de l'information et l'information elle-même. Relevons simplement que pour DRUEY, il ne fait aucun doute que si l'on doit donner la priorité à l'aspect matériel ou à l'aspect immatériel de l'élément complexe, le second doit l'emporter¹⁷⁷. En ce qui nous concerne, ce problème ne pourra être résolu qu'une fois tranchée la question de la qualification du support. Au stade auquel nous nous trouvons, nous pouvons affirmer qu'il satisfait à l'exigence de la matérialité. Mais il reste trois autres critères à passer en revue.

D. Conclusion

En résumé, à l'issue de cette première partie de l'étude, nous parvenons au résultat suivant: les parties séparées du corps humain, partageant en général la caractéristique de la matérialité, inhérente à la notion de chose. Ce résultat souffre deux exceptions notables. D'une part, le gamète possède une potentialité qui empêche sa classification parmi les autres produits corporels. D'autre part, le caractère abstrait de l'information génétique la

¹⁷⁴ DRUEY, p. 104.

¹⁷⁵ DRUEY, p. 104.

¹⁷⁶ CATALA, *Mélanges Pierre Raynaud*, p. 98.

¹⁷⁷ DRUEY, p. 95.

fait également échapper à la catégorie des choses. En cela, l'ADN et les gamètes partagent une caractéristique: ils comportent une entité abstraite qui doit son appréhension matérielle à l'existence d'un support moléculaire. C'est pourquoi, sans préjuger des rapports entre contenant et contenu, nous continuerons à tenir compte des gamètes comme de l'ADN dans la suite de notre étude. Simplement, dans la configuration réelle, il est bien clair que seul entre en compte l'aspect matériel de ces entités complexes.

II. Objet délimité

Pour être classé parmi les choses, un objet doit être délimité¹⁷⁸. En d'autres termes, il doit «présenter une certaine cohésion»¹⁷⁹. Pour les solides, la question est facilement résolue. Ils sont naturellement délimités. Pour les liquides, cette caractéristique est créée par le récipient dans lequel ils sont contenus, le cas échéant¹⁸⁰.

Il faut donc distinguer selon que l'élément liquide est contenu dans un récipient ou qu'il coule librement. Si l'on considère le sang, par exemple, il n'est délimité que lorsqu'il est recueilli dans une éprouvette ou une seringue. Le sang, de même que le sperme¹⁸¹ ou tout autre fluide corporel, ne pourra dès lors être objet d'un droit réel qu'une fois contenu dans un récipient.

Nous ne nous occuperons pas de la substance liquide qui coulerait librement, sans être recueillie. Ce cas ne présente aucun intérêt dans le cadre de notre étude.

Dans la mesure où l'éventail des produits du corps pris en compte est limité aux solides et aux liquides contenus dans des récipients, il est possible d'affirmer que les parties séparées du corps humain satisfont au critère de la délimitation. Il n'est à cet égard nullement nécessaire de discuter spécifiquement le cas des gamètes et du matériel génétique.

¹⁷⁸ REY, Nos 69 sq.; ZK-HAAB, Einleitung, No 21; BK-MEIER-HAYOZ, pp. 70-1, Nos 120-4.

¹⁷⁹ STEINAUER, No 64.

¹⁸⁰ SCHAUMANN, p. 63; HEGNAUER, *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, p. 55.

¹⁸¹ SCHAUMANN, p. 63.

III. Objet susceptible d'une maîtrise humaine

«Du point de vue du droit, une chose c'est ce sur quoi l'homme peut exercer une maîtrise absolue»¹⁸². Un objet matériel et délimité doit, pour être qualifié de chose, être susceptible d'appropriation¹⁸³: «Conférer un droit de propriété aux individus consiste en effet à reconnaître une sphère d'appropriation privée»¹⁸⁴. Pour que le rapport du propriétaire à sa chose soit concevable, l'élément matériel en question doit impérativement rentrer dans la sphère de la «maîtrise humaine»¹⁸⁵, maîtrise de fait¹⁸⁶ et maîtrise juridique¹⁸⁷ à la fois. En d'autres termes, une chose doit être susceptible d'une acquisition, d'une appropriation et d'une utilisation¹⁸⁸. La doctrine suisse allemande parle de «Beherrschbarkeit»¹⁸⁹.

La doctrine cite l'air libre¹⁹⁰, le soleil¹⁹¹ ou la lumière¹⁹², comme étant typiquement des entités qui ne satisfont pas à ce critère.

Les auteurs suisses ne s'expriment qu'exceptionnellement sur le caractère appropriable ou non des parties séparées du corps. Les partisans du rattachement des éléments corporels au monde des choses doivent cependant, implicitement, estimer ce critère rempli, pour aboutir à la prise de position qui est la leur.

HEGNAUER se prononce expressément, sur la question des gamètes uniquement, et sans distinguer entre la maîtrise de fait et la maîtrise juridique: il considère les gamètes susceptibles d'une maîtrise, sans pour autant, ainsi que nous l'avons vu, admettre leur qualité de chose¹⁹³.

A l'étranger, les auteurs sont plus prolixes. En France, en particulier, le matériel génétique est souvent évalué à la lumière de ce critère. MAZEN

¹⁸² EDELMAN, cité par BELLIVIER/BOUDOUARD-BRUNET, *Le droit saisi par la biologie*, p. 183.

¹⁸³ STEINAUER, No 65.

¹⁸⁴ FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 588.

¹⁸⁵ STEINAUER, No 65.

¹⁸⁶ KSP-WIEGAND, No 12 ad *Vorbemerkungen zu* 641 sq. CC.

¹⁸⁷ BK-MEIER-HAYOZ, p. 71, No 125; REY, Nos 77 sq.

¹⁸⁸ ZK-HAAB, *Einleitung*, No 21.

¹⁸⁹ BK-MEIER-HAYOZ, p. 71, No 125; KSP-WIEGAND, No 12 ad *Vorbemerkungen zu* 641 sq. CC; REY, Nos 77 sq.

¹⁹⁰ BK-MEIER-HAYOZ, p. 71, No 125; REY, No 77.

¹⁹¹ REY, No 77.

¹⁹² STEINAUER, No 65.

¹⁹³ HEGNAUER, *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, p. 55.

relève expressément que c'est «un bien susceptible d'appropriation»¹⁹⁴. BELLIVIER/BOUDOUART-BRUNET, prenant position sur les ressources génétiques, les rangent parmi «ces corps sans «esprit» sur lesquels l'homme peut exercer sa maîtrise»¹⁹⁵. ARNOUX constate que la doctrine contemporaine tend à faire du matériel génétique «une chose appropriable»¹⁹⁶. Quant à CATALA, il affirme le caractère appropriable de l'information génétique elle-même, indépendamment de son support¹⁹⁷.

Afin de voir ce qu'il en est réellement, il est utile de dissocier et d'examiner individuellement les deux types de maîtrise qui sont en cause.

A. Objet susceptible d'une maîtrise de fait

Pour que la notion de propriété ait un sens, l'individu doit être en mesure de dominer, de détenir, de posséder concrètement l'objet sur lequel un droit réel lui a été concédé. Autrement dit, il doit lui être possible de se l'approprier physiquement. Ainsi, cette qualité fait défaut aux objets qui sont inatteignables pour l'être humain, tels que le soleil ou la lune, ou qui ne peuvent être saisis, à l'instar de l'air ou de l'eau courante¹⁹⁸.

Ce critère ne pose aucun problème particulier. Il est matériellement possible à un individu de s'approprier physiquement la partie séparée d'un corps humain vivant, qu'elle provienne de son propre corps ou de celui d'un tiers. Contrairement au soleil ou aux étoiles, ce sont des entités physiquement accessibles à l'homme.

Il n'y a, par ailleurs, pas lieu de faire ici un cas particulier du matériel génétique et des gamètes. Leur caractère concret, leur existence matérielle, ont été démontrés ci-dessus¹⁹⁹. La possibilité d'une maîtrise de fait en découle directement.

Nous pouvons ainsi conclure que tous les éléments détachés du corps humain sont susceptibles d'une maîtrise de fait.

B. Objet susceptible d'une maîtrise juridique

En Suisse, seule SCHAUMANN s'étend expressément sur le sujet. De son point de vue, il ne fait aucun doute que la maîtrise juridique sur une partie

¹⁹⁴ MAZEN, *Bioéthique et droit*, pp. 197 et 199.

¹⁹⁵ BELLIVIER/BOUDOUART-BRUNET, *Le droit saisi par la biologie*, p. 183.

¹⁹⁶ ARNOUX, p. 136.

¹⁹⁷ CATALA, *Mélanges Pierre Raynaud*, p. 98.

¹⁹⁸ KSP-WIEGAND, No 12, ad *Vorbemerkungen zu 641 sq. CC*.

¹⁹⁹ Voir pp. 39 sq. et 42 sq. ci-dessus.

séparée du corps, le sperme en l'occurrence, est possible. L'auteur en veut pour preuve les diverses exploitations pratiques des gamètes humains²⁰⁰. SCHAUMANN insiste sur le fait que, puisque le sperme a une accessibilité naturelle, physique, évidente au commerce juridique, la seule question qui reste ouverte et sur laquelle il est possible de débattre est celle de savoir si le sperme est exclu du commerce juridique sur la base de dispositions existantes ou s'il devrait l'être *de lege ferenda*²⁰¹. En d'autres termes, d'après l'auteur, il est clair que le sperme est une chose, mais l'on peut discuter de sa qualité hors commerce²⁰². En France, BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU constatent que les différentes composantes du corps humain sont «potentiellement susceptibles d'appropriation et donc d'appréhension juridique»²⁰³.

Techniquement, le concept de maîtrise juridique est relativement difficile à cerner et, de surcroît, peu explicité par la doctrine.

1. Le concept de maîtrise juridique dans la doctrine

Si l'on en croit les auteurs du *Berner Kommentar*, ni les astres (soleil, lune, étoiles) ni les *res communes omnium*, tels que l'air libre, les corps gazeux, l'eau courante, la mer ouverte ne sont susceptibles d'une maîtrise juridique²⁰⁴.

Dans un cas comme dans l'autre, cependant, l'impossibilité d'une maîtrise juridique dépend d'un autre critère: dans le premier cas, il y a impossibilité pratique de la maîtrise de fait, dans le second, absence de délimitation. Ces auteurs rangent donc parmi les éléments exclus de la maîtrise juridique des entités qui ne sont de toute façon pas des choses, puisqu'elles ne satisfont pas aux autres exigences posées par la doctrine. En réalité, les auteurs du *Berner Kommentar* ne mentionnent pas la maîtrise de fait. Ils doivent donc la considérer englobée par la maîtrise juridique.

Les auteurs du *Zürcher Kommentar* citent, quant à eux, l'exemple du corps humain vivant: il s'agirait d'une entité susceptible d'une maîtrise de fait, mais sur laquelle le droit n'autorise pas une telle maîtrise²⁰⁵. En d'autres termes, pour ces auteurs, ce critère vise à exclure artificiellement de la catégorie des choses des entités matérielles et délimitées, donc susceptibles en tout autre point d'être l'objet de droits réels. Le corps humain est le seul

²⁰⁰ SCHAUMANN, pp. 63-4.

²⁰¹ SCHAUMANN, p. 64, note 19.

²⁰² Aujourd'hui, la question est réglée par la LPMA (voir pp. 110-2 ci-dessous).

²⁰³ BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, p. 187.

²⁰⁴ BK-MEIER-HAYOZ, p. 71, No 125.

²⁰⁵ ZK-HAAB, *Einführung*, No 21.

exemple cité. Or, à l'instar des exemples cités par les auteurs bernois, cette entité matérielle est exclue du régime des choses sur la base d'un autre critère, celui de l'impersonnalité.

Si l'on suit SCHAUMANN, une entité susceptible d'être l'objet d'une maîtrise juridique est un objet qui peut être «erworben, angeeignet, genutzt»²⁰⁶. On peut, selon l'auteur, répondre par l'affirmative à la question de la maîtrise juridique, s'il est possible de s'appropriier l'objet, de le prendre en sa possession et d'en disposer²⁰⁷. L'auteur relève que la question, à ce stade, n'est pas de savoir si l'ordre juridique autorise ou non une telle maîtrise, mais uniquement de savoir si elle est possible en soi²⁰⁸.

WIEGAND a recours lui aussi à la notion de maîtrise juridique. Il l'interprète dans le sens que la maîtrise doit être juridiquement à la fois possible et admissible. Il évoque le droit romain qui connaissait déjà des choses sur lesquelles des droits réels n'étaient pas possibles pour des motifs juridiques. Cette exclusion était fondée notamment sur des considérations religieuses et des aspects éthiques. A titre d'exemple, l'auteur cite le corps humain. A cet égard, il affirme que le concept d'impersonnalité auquel la doctrine a recours pour exclure le corps du monde des choses est trompeur et devrait être abandonné²⁰⁹. WIEGAND rejoint ainsi les auteurs du *Zürcher Kommentar*. Il a cependant le mérite de préciser que son analyse du critère de la maîtrise juridique recoupe la condition d'impersonnalité et conduit ainsi à éliminer cette dernière. Les auteurs zurichois passent ce détail sous silence et n'explicitent aucunement le lien entre les deux critères.

2. L'appréciation de la définition doctrinale

La thèse exposée par WIEGAND doit être retenue. Il avance la seule explication plausible à la présence du critère de maîtrise juridique. S'il s'agissait, comme le prétendent maints auteurs, d'exclure par là les choses sur lesquelles une maîtrise n'est simplement, pratiquement, pas possible, le concept serait superflu puisque l'impossibilité découle de l'absence d'un des autres critères. Le concept n'a de raison d'être que si, alors que tous les autres critères sont satisfaits, le statut de chose est malgré tout refusé. Il s'agit donc d'exclure du champ d'application des droits réels des éléments qui sont effectivement des choses, mais que l'ordre juridique se refuse à considérer comme tels.

²⁰⁶ SCHAUMANN, p. 63.

²⁰⁷ SCHAUMANN, pp. 63-4.

²⁰⁸ SCHAUMANN, p. 63.

²⁰⁹ KSP-WIEGAND, No 13 ad *Vorbemerkungen zu 641 sq. CC.*

A l'heure actuelle, le seul élément justifiant l'existence de cette catégorie est le corps humain. Il a la particularité d'être, physiquement, une chose, mais sur laquelle il semble parfaitement légitime, de même que matériellement possible, de ne pas tolérer de droits réels.

Les auteurs ne s'entendent par contre pas sur le statut des autres objets susceptibles de justifier une réglementation spéciale. La confusion naît notamment de l'incompréhension de la notion de chose hors commerce.

3. *Maîtrise juridique et extra-commercialité*

Il nous faut souligner la confusion facile entre un objet qui n'est pas susceptible d'une maîtrise juridique et une chose hors commerce. Le premier ne peut être l'objet de droits réels, alors que la seconde a une capacité "naturelle" au commerce juridique²¹⁰. En d'autres termes et en résumé, le premier n'est pas une chose, alors que la seconde en est une, en dépit du régime spécifique dont elle fait l'objet. Dans le premier cas, le droit intervient pour exclure l'objet de la catégorie des choses. Dans le second, il reconnaît et prend en compte cette qualité, mais choisit d'assigner à cet élément une place particulière, à part, dans l'ordre juridique. Le barrage à l'application des droits réels qu'opère le critère de la maîtrise se trouve en amont de l'extra-commercialité. Il fait obstacle à la qualification de chose, alors que la *res extra commercium* est une chose, reconnue comme telle par le droit.

L'opposition entre les concepts est évidente si l'on compare les régimes juridiques du corps humain et de l'absinthe. Cette dernière substance est unanimement classée parmi les choses totalement hors commerce. Seule sa détention est admise. Pourtant, il n'existe aucune considération de nature éthique qui interdise d'en disposer. Il en va évidemment différemment du corps humain. Les réflexions qui président à son exclusion du champ des droits réels sont d'essence autre, et bien supérieure, à la simple défense d'intérêts publics. Il en va de la personne et de son existence.

A l'heure actuelle, seul le corps humain est protégé, avant tout parce qu'il est vivant. Pourtant, on pourrait justifier par des motivations d'ordre éthique d'accorder un traitement identique aux objets de culte. Même dans une société laïque, les intérêts qui présideraient à l'adoption d'un régime spécial à leur égard iraient au-delà de la protection d'un motif de santé ou de sécurité publique. Ces objets pourraient être protégés par un droit de la personnalité, à l'instar du corps humain, ce qui est difficilement envisageable pour l'absinthe. La titularité de ce droit resterait naturellement à déterminer.

²¹⁰ SCHAUMANN, p. 63.

C. Conclusion

La répugnance à soumettre le corps aux droits réels est telle que l'on ne veut même pas qu'il soit dit qu'il est une chose. Il pourrait en aller de même des animaux. Le droit suisse n'a pas opté pour cette solution, il traite les bêtes comme des choses²¹¹. Mais cette potentialité, à l'instar de celle des choses sacrées, suffit à justifier l'existence du critère de la maîtrise juridique.

L'aboutissement de ce long développement est donc que la maîtrise juridique est possible si le droit ne choisit pas de réserver un régime particulier à la chose en question, en l'excluant totalement de la sphère d'application des droits réels.

Dans l'optique dans laquelle nous nous plaçons, le critère d'impersonnalité devient effectivement superflu. Il n'est que l'expression plus particulière des considérations qui conduisent à refuser une maîtrise juridique sur le corps humain. C'est parce que le corps contient la personne qu'une maîtrise juridique est inconcevable.

En l'absence de disposition expresse prohibant toute maîtrise juridique sur les parties séparées, nous nous attacherons malgré tout à décrire le concept d'impersonnalité. Si nous pouvons conclure que les parties séparées satisfont à ce critère, nous pourrions en déduire qu'une maîtrise juridique est possible. En effet, si les parties sont impersonnelles, il n'existe vraisemblablement pas d'autre motif de les soustraire à la maîtrise du droit.

IV. Objet impersonnel

L'argument est souvent avancé, dans le discours relatif au statut du corps humain, que l'individu ne peut être titulaire d'un droit sur son corps, car il serait alors à la fois sujet et objet du même rapport de droit²¹². C'est pourquoi l'enjeu de l'impersonnalité est d'importance pour les parties séparées. Si l'on peut établir que le tissu ou l'organe est distinct de la personne, le grief de la confusion entre titulaire et objet du droit est évacué.

²¹¹ La question a fait l'objet de deux initiatives parlementaires, déposées en août 1992 et décembre 1993; ces initiatives demandent que les animaux ne soient plus considérés comme des choses dans la législation fédérale (FF 1999, p. 8880).

²¹² LABBÉE, p. 56.

A. La notion d'impersonnalité

«[L]e rapport de l'homme à son corps n'est pas une question d'appartenance en propre puisque l'homme existe par son corps qui incorpore sa personnalité libre et lui donne une extériorité dans le temps et le lieu²¹³». Ainsi, ne peut être une chose que ce qui est différent de l'être humain vivant²¹⁴, distinct de la personne²¹⁵.

Le but de ce critère est d'éviter de reléguer le corps de l'homme parmi les choses. Le corps humain, par définition, n'est pas impersonnel²¹⁶. Il "contient", il "est", il "représente", il "englobe" la personne. Il est son «équivalent²¹⁷», son «support²¹⁸», son «substrat²¹⁹», son «signalisateur²²⁰»... Quelles que soient les expressions utilisées, elles rendent compte de la même réalité: «l'existence de la personne est conditionnée par son corps et ce dernier, à son tour, est impensable en dehors d'elle²²¹».

Nous avons vu, en introduction à ce travail, quels étaient les rapports exacts entre la personne et son corps²²². Insistons simplement sur le fait que «le droit civil ne protège pas le corps humain en tant que tel. Il ne s'intéresse au corps que comme support, substratum de la personne définie par les valeurs qu'elle irradie»²²³. Ainsi, «le corps n'est considéré comme la personne, que dans la mesure où il «supporte» la personne»²²⁴.

B. La hiérarchie des parties séparées au regard du critère d'impersonnalité

Souvent, dans la doctrine française en particulier, l'appréciation du caractère impersonnel des parties séparées du corps varie selon la catégorie des produits corporels envisagés. Instinctivement, certains des auteurs qui s'expriment sur le sujet ont tendance à établir une hiérarchie au sein des

²¹³ SCHMIDLIN, *Personne, Société, Nature*, p. 10.

²¹⁴ REY, No 100.

²¹⁵ BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 130.

²¹⁶ BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 131.

²¹⁷ MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 32.

²¹⁸ LABBÉE, p. 53.

²¹⁹ BAUD, *L'affaire de la main volée*, p. 22.

²²⁰ LABBÉE, p. 49.

²²¹ MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 32.

²²² Voir pp. 10 sq. ci-dessus.

²²³ MANAI, *Présence et Actualité de la Constitution*, p. 209.

²²⁴ LABBÉE, p. 57.

éléments détachés, présentant que «toutes les parties du corps ne s'identifient pas immédiatement et avec la même intensité au sujet lui-même²²⁵», l'éventail allant des produits à «valeur symbolique», à l'instar du plasma considéré comme un "double" par certaines religions, aux simples «déchets»²²⁶.

Ainsi, LABBÉE crée une catégorie de produits «impersonnels», laquelle englobe le lait humain, les cheveux, les ongles, les produits fécaux et éventuellement le placenta humain. Il distingue ces différents éléments des «produits porteurs de la personnalité», à savoir la semence humaine et l'ovocyte, éventuellement le sang²²⁷. Ce développement suit cependant un premier constat selon lequel le corps de l'être humain «ne constitue même pas un «morceau» de la personne qui en est à l'origine»²²⁸. En réalité, LABBÉE constate bien entendu qu'une partie détachée "n'est pas" la personne, mais il refuse de la dissocier totalement de l'individu, surtout lorsqu'il s'agit d'un objet corporel à haute valeur symbolique.

HARICHAUX répugne à ranger parmi les «vulgaires choses» les éléments qui ont «une spécificité, une utilité pour la vie humaine», catégorie qui comprend le sang, le lait, la peau, le sperme ou la moelle osseuse²²⁹.

HERMITTE relève que «les conséquences d'un don de sperme ne sont pas les mêmes que celles d'un don de sang»²³⁰. Elle est apparemment rejointe par NERSON, qui affirme de manière péremptoire que l'«on ne peut traiter de la même manière le don du sang et la cession de «semences»²³¹. L'auteur explique que, même à l'époque où l'indisponibilité du corps humain et de ses produits ne faisait aucun doute, le vente du lait maternel et des cheveux des femmes était admise, «parce que l'allaitement comme la coupe de cheveux ne sont pas de nature à nuire à la conservation de la personne»²³².

En Allemagne, TAUPITZ utilise le terme de «persönliche Substanzen» pour désigner le sperme et le sang²³³.

²²⁵ DIJON, p. 675.

²²⁶ HARICHAUX, *Bioéthique et droit*, p. 108.

²²⁷ LABBÉE, p. 350.

²²⁸ LABBÉE, p. 275.

²²⁹ HARICHAUX, *Bioéthique et droit*, p. 135.

²³⁰ HERMITTE, *APD XXXIII* (1988), p. 337.

²³¹ NERSON, *RTDC* 1970, p. 676.

²³² NERSON, *RTDC* 1970, p. 676.

²³³ TAUPITZ, *NJW* 1995, p. 747.

C. Le caractère impersonnel des parties séparées

Il est clair que la partie séparée n'est pas un corps. Elle ne le serait que si elle était «en mesure d'assumer sa propre vie en tant qu'organisme²³⁴».

La question qu'il nous faut dès lors résoudre est la suivante: une partie séparée du corps peut-elle, doit-elle toujours être regardée comme le support de la personne? Pour le corps dans sa globalité, «la personne joue le rôle d'un écran protecteur»²³⁵. Cette protection, qui conduit à exclure le corps du monde des choses, doit-elle rejaillir sur les parties détachées?

1. Le caractère impersonnel des organes, tissus et cellules

A. L'APPRECIATION DOCTRINALE DU CARACTERE IMPERSONNEL

Plusieurs auteurs helvétiques sont d'avis qu'une fois détachés, les organes et tissus, ou du moins certains d'entre eux, ne possèdent plus ce caractère personnel qui les soustrairait définitivement au régime réel²³⁶. Quant à SCHAUMANN, elle se demande si les membres détachés du corps à la suite d'un accident ne peuvent pas être considérés comme partie du corps même après la séparation, tant que la possibilité d'une réimplantation subsiste. Elle justifie cette solution par le fait que la séparation est ici contraire à la volonté du «donneur» et qu'elle est de plus uniquement temporaire²³⁷.

En France, FABRE-MAGNAN considère que les éléments du corps humain sont «intimement» liés à la personne. L'auteur va jusqu'à dire qu'ils «sont dans une certaine mesure la personne, même si toute la personne ne se résume pas à l'un de ces éléments»²³⁸. Le rapport Braibant souligne que «la personne est plus et autre qu'un ensemble de pièces détachables» et que «toute approche juridique du corps doit en tenir compte»²³⁹.

SAVATIER, s'exprimant sur le sang, estime qu'il «comporte, de la part du droit, une manifestation de ce respect qui s'attache à l'homme lui-même»²⁴⁰.

²³⁴ DIERKENS, p. 28.

²³⁵ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 329.

²³⁶ REY, No 106; STEINAUER, No 66; BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 132; KSP-WIEGAND, No 12 ad *Vorbemerkungen zu 641 sq. CC.*

²³⁷ SCHAUMANN, p. 64, note 23.

²³⁸ FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 611.

²³⁹ CONSEIL D'ETAT, p. 34.

²⁴⁰ SAVATIER, *Recueil Dalloz* 1954, p. 141.

B. L'APPRECIATION PERSONNELLE

Qu'en est-il d'un strict point de vue juridique? Le but du statut particulier du corps humain est, nous l'avons vu, de garantir, de sauvegarder l'incarnation physique de la personne, entité abstraite par ailleurs. LABBÉE exprime parfaitement cette idée: «on peut respecter le corps humain non pour ce qu'il est, mais pour ce qu'il symbolise²⁴¹». Il est clair, pour l'ensemble de la doctrine, que les éléments du corps humain «ne contiennent pas toute la personne»²⁴². Mais il se justifie d'assimiler les parties détachées au corps humain, et donc de les englober dans la protection privilégiée, si, et seulement si, cela est indispensable à la sauvegarde de la personnalité dans ses aspects les plus divers.

Un donneur de sang qui sort du Centre de transfusion, un patient qui quitte la salle d'opération, ne sont pas atteints dans les multiples facettes de leur personnalité. La personne est toujours présente, son existence au sein de l'ordre juridique toujours garantie, malgré la disparition d'un élément du corps. Elle reste protégée dans ses implications physiques, psychiques, morales ou sociales. Même amputé d'un bras ou d'une jambe, un être humain est toujours en possession de toutes les caractéristiques liées à sa nature de personne et reste capable de défendre l'ensemble des qualités qui lui sont essentielles. Il n'y a dès lors, à notre avis, aucun intérêt à étendre aux parties détachées la protection conférée au corps humain.

2. *Le caractère impersonnel des gamètes*

Le qualificatif de "personnel" est souvent attribué aux ovules et spermatozoïdes, afin de mettre en avant le rapport particulier qui les lie à l'individu. Le critère de l'impersonnalité est en effet plus délicat pour ces éléments.

A. L'APPRECIATION DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE DU CARACTERE IMPERSONNEL

1. *La doctrine suisse*

REY expose que la doctrine est divisée entre les partisans de la qualification de chose et ceux qui voient dans les gamètes des éléments de la personnalité, parce qu'ils portent le patrimoine génétique de l'individu²⁴³.

²⁴¹ LABBÉE, p. 433.

²⁴² FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 593.

²⁴³ REY, No 118.

HEGNAUER rattache le sperme, porteur du patrimoine génétique, à la sphère de la personnalité du donneur²⁴⁴. GUINAND partage complètement cette optique: le sperme n'est pas un élément patrimonial, mais un élément des droits de la personnalité du donneur²⁴⁵.

Pour SCHWEIZER, «[m]ême les gamètes doivent bénéficier, face aux manipulations, de la protection de la dignité humaine»²⁴⁶.

Le rapport de la Commission d'experts, relatif au projet d'article constitutionnel devenu l'article 119 Cst., souligne que, «contrairement au sang qui, lors de transfusions, est entièrement assimilé par le receveur, les gamètes exercent une influence sur les dispositions génétiques et, par là, sur la personnalité de l'enfant»²⁴⁷. La distinction établie par la Commission est directement provoquée par les fonctions reproductrices des gamètes. En effet, le rapport explique plus loin qu'aucune mesure particulière ne s'impose pour les gamètes morts, qu'il n'y a pas de raison de les traiter autrement que «n'importe quel tissu ou organe du corps humain»²⁴⁸.

Les travaux législatifs suisses en matière de procréation médicalement assistée sont également imprégnés de la conception personnaliste. Le Message relatif au projet de Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) avance que l'utilisation du sperme «relève des droits de la personnalité du donneur»²⁴⁹.

SCHAUMANN, par contre, soutient que les spermatozoïdes sont impersonnels à deux égards. En premier lieu, ils ne sont plus englobés par la personnalité du donneur. En effet, d'après l'auteur, il n'existe pas de lien qui permette de considérer le corps et les gamètes comme un tout après la séparation. Le sperme ne "manque" pas à l'organisme dont il provient. Le sperme ne remplit de fonction à l'intérieur du corps de provenance ni avant, ni après la séparation. Au contraire, sa fonction est justement dans la transplantation, à l'extérieur du corps sur lequel il a été prélevé. Pour ce motif, on ne peut envisager une appartenance du sperme au corps de provenance après la séparation²⁵⁰.

En second lieu, le sperme n'a en soi pas de statut semblable à celui de la personne, lequel s'opposerait à sa qualification d'impersonnel. L'auteur insiste sur la différence de nature qui le sépare, notamment, du *nasciturus* et de l'embryon, *in vitro* ou *in utero*. Le sperme n'est ni l'un, ni l'autre; il

²⁴⁴ HEGNAUER, *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, p. 206.

²⁴⁵ GUINAND, *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, p. 244.

²⁴⁶ SCHWEIZER, No 44, note 158, ad 2^{Annexes} aCst.

²⁴⁷ FF 1989 III 986, 1050.

²⁴⁸ FF 1989 III 986, 1079.

²⁴⁹ FF 1996 III 197, 260.

²⁵⁰ SCHAUMANN, p. 64.

n'est qu'une cellule sexuée, porteuse de la moitié du patrimoine génétique²⁵¹.

II. La jurisprudence et la doctrine étrangères

1. La jurisprudence et la doctrine françaises

Les juges français ont une difficulté certaine à s'affranchir de la conception "personnaliste" du problème. Le jugement de l'affaire Parpalaix est fortement imprégné de l'idée que le sperme reste lié à la personne, malgré la séparation avenue et achevée: «L'être humain et plus encore l'une de ses libertés fondamentales sont à ce point présents dans cet élément de la création qu'il est impossible de se référer au régime civil du dépôt»²⁵².

LABBÉE s'interroge sur «la nature essentiellement personnelle de la semence humaine». La particularité des gamètes ne le conduit pas à remettre en question la qualification de chose qu'il a adoptée au cours de son étude; elle l'incite à imaginer un «droit moral» qui viendrait se greffer sur l'objet corporel²⁵³.

2. La jurisprudence allemande

Le *Bundesgerichtshof* est allé plus loin que les tribunaux français. Dans l'arrêt cité plus haut²⁵⁴, sanctionnant l'erreur d'une banque de sperme qui a détruit le dépôt d'un des donneurs, les juges allemands ont fait intervenir les droits de la personnalité. Ils ont admis la réparation du préjudice causé, sur la base de la violation de l'intégrité corporelle²⁵⁵.

B. L'APPRECIATION PERSONNELLE

Il est vrai que les gamètes ont un rôle spécifique à jouer et sont d'une importance capitale dans le processus de reproduction de l'individu. Il est en particulier normal que l'on se refuse à considérer les cellules à l'origine de la reproduction du genre humain comme détachées de la personne. Les gamètes n'ont jamais eu d'existence indépendante, distincte de l'individu, jusqu'à ce que les progrès de la médecine rendent la chose possible. La norme juridique vient ainsi s'immiscer entre la personne et des substances qui, à l'origine, n'entraient pas dans la zone d'appréhension du droit.

Cependant, il n'en reste pas moins que l'homme qui a effectué un dépôt dans une banque de sperme ou la femme qui a fait un don d'ovule ne sont ni l'un ni l'autre "diminués" dans leurs aspects personnels. De même, un

²⁵¹ SCHAUMANN, pp. 64-5.

²⁵² Gaz. Pal. 1984/1, p. 561.

²⁵³ LABBÉE, p. 346.

²⁵⁴ Voir p. 33 ci-dessus.

²⁵⁵ NJW 1994, p. 127, spéc. 128.

individu peut être stérile sans que sa qualité de personne ne soit remise en question.

Nous sommes parfaitement d'accord avec LABBÉE, pour qui «si une éprouvette de semence humaine est effectivement un objet spécifique, renfermant «une sécrétion contenant le germe de la vie», si, sur le plan de la biologie, elle peut être considérée comme un élément de la personnalité, il n'en reste pas moins qu'elle n'a pas un tel statut en droit»²⁵⁶. Les gamètes sont, certes, à l'origine de la vie, mais de celle d'un nouvel individu.

En conclusion, si les gamètes sont, il est vrai, fortement marqués de l'empreinte personnelle, ils n'en "sont" pas la personne pour autant, ils ne l'incarnent pas.

3. *Le caractère impersonnel du matériel génétique*

A. L'APPRECIATION DOCTRINALE DU CARACTERE IMPERSONNEL

La doctrine est nettement plus réticente à admettre le caractère impersonnel de cet élément: «Les auteurs attachés à la sacralité de la vie humaine lient le matériel génétique à la notion de personne²⁵⁷». Il est supposé conférer à la personne «sa véritable identité biologique²⁵⁸».

B. L'APPRECIATION PERSONNELLE

L'ADN, en soi, n'est qu'un matériau biologique comme un autre. C'est donc uniquement l'information qu'il constitue qui est susceptible de faire obstacle au caractère d'impersonnalité.

Le matériel génétique peut être prélevé et disjoint du corps humain sans que l'individu ne soit diminué pour autant. L'être humain subsiste en tant que personne à part entière. Chacune des cellules nucléées restantes continue à fonctionner conformément à son rôle, sans être affectée par la présence à l'extérieur du corps d'un certain nombre d'entre elles. L'organisme dans son entier est toujours en mesure d'assurer la poursuite des activités corporelles humaines, concrètes ou abstraites. Ainsi, la condition du caractère impersonnel est satisfaite.

²⁵⁶ LABBÉE, p. 416.

²⁵⁷ ARNOUX, p. 131.

²⁵⁸ GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 529.

D. Conclusion

Nous pouvons dès lors affirmer que tant les gamètes et le matériel génétique, que les autres parties détachées du corps, satisfont au critère de l'impersonnalité.

Ainsi, après avoir constaté qu'une maîtrise de fait était possible, nous pouvons conclure que tous les éléments séparés du corps humain sont également susceptibles d'une appréhension juridique.

Il ne s'impose, par ailleurs, pas d'établir de raisonnement spécifique à l'égard des gamètes et du matériel génétique. Sur ce point, ces éléments corporels n'ont aucun caractère qui justifierait leur mise à l'écart.

§ 3 Energies et forces naturelles

La chose est l'objet typique du droit de propriété²⁵⁹ et les règles de la propriété ont été édictées, à l'origine, pour régir le statut de ces éléments. Une application exclusive des droits réels aux objets strictement matériels ne répondait cependant pas, ou plus, aux besoins du commerce juridique²⁶⁰. C'est pourquoi le législateur a élargi le champ d'application de la propriété aux forces naturelles et énergies, ainsi qu'à certains droits.

Nous venons de démontrer la qualité de choses des parties séparées, mais nous avons dû réserver une analyse distincte pour deux entités encore mal cernées dans notre étude: le potentiel de reproduction des gamètes et l'information génétique. Ces éléments sont exclus de la catégorie des choses, parce qu'ils ne satisfont pas à la condition de la matérialité. Ceci ne signifie pas pour autant qu'ils sont exclus du régime des droits réels. Puisqu'il existe des catégories d'éléments que l'ordre juridique assimile à des choses, nous allons tenter de confronter à ces catégories les éléments que nous peinons à classer en vue d'une éventuelle assimilation.

En premier lieu, un droit réel peut porter sur un droit. Ces possibilités sont prévues par le Code civil de manière exhaustive. Il est donc clair que le problème qui nous occupe ne trouvera pas réponse ici.

L'article 713 CC traite de la seconde de ces catégories: énergies et forces naturelles sont assimilées aux choses, afin de bénéficier du régime des droits réels. La démarche qui suit va consister à déterminer si les entités marginalisées lors de l'étude de la chose rentrent ou non dans la catégorie

²⁵⁹ STEINAUER, No 58.

²⁶⁰ REY, No 85.

d'éléments ciblée par cette disposition. Cette tentative se justifie par le fait que la réglementation de l'article s'adresse précisément à des entités immatérielles, qui ne répondent pas, en raison de leur nature abstraite, aux conditions de la définition de la chose.

L'analyse de l'article 713 s'impose à un autre égard, également. Lorsque l'on aborde le sujet des gamètes, le terme «forces génétiques²⁶¹» est souvent employé. Pour GALLOUX, «[s]i l'image est évocatrice, elle reste juridiquement floue et scientifiquement inexacte», car il n'y a «aucune "force" dans un gamète mais seulement de l'information». Cette information ne présenterait en outre aucune spécificité par rapport à celle de n'importe quelle cellule somatique. Le code génétique de toute cellule lui permettrait de développer la fonction pour laquelle elle est conçue. En fin de compte, «l'embryogenèse représente l'exécution complète du programme génétique.» Par conséquent, l'auteur s'interroge: «Pourquoi les juristes entourent-ils d'un halo de mystère un processus moléculaire désormais connu [...] ?²⁶²»

MAZEN est d'avis également que cette expression «ne recouvre pas une réalité juridique tangible»²⁶³.

Cette conclusion ne nous semble pas si évidente, en droit suisse du moins. Il est dès lors intéressant de voir si le langage trahit une réalité concrète et dépasse la simple expression vide de sens.

L L'article 713 CC

L'article 713 CC vise uniquement les forces naturelles «susceptibles d'appropriation» et qui «ne sont pas comprises dans les immeubles». Nous allons passer en revue ces différentes conditions, afin de délimiter exactement la portée de cette disposition et déterminer dans quelle mesure une analogie est possible.

A. Forces naturelles

Avant d'aborder la définition du terme employé à l'article 713 CC, il importe de relever la grande imprécision des expressions utilisées par la doctrine. Les mots "énergies" et "forces naturelles" sont utilisés soit l'un avec l'autre, soit l'un pour l'autre, sans distinction ou, du moins, sans précision quant à la réalité qu'ils sont supposés recouvrir.

²⁶¹ ARNOUX, p. 131; MAZEN, *Bioéthique et droit*, p. 196.

²⁶² GALLOUX, *RRJ* 1989, pp. 535-6.

²⁶³ MAZEN, *Bioéthique et droit*, p. 196.

I. Forces et énergies

A. LA DEFINITION DOCTRINALE

La majorité des auteurs citent l'énergie dans le cadre de la discussion relative à l'article 713 CC et l'assimilent apparemment parfaitement aux forces naturelles.

Les auteurs du *Berner Kommentar* développent toute leur argumentation en utilisant exclusivement le terme d'«Energien»²⁶⁴. Ils semblent considérer que les concepts d'énergies et de forces naturelles sont parfaitement identiques²⁶⁵. Pour STEINAUER, les termes sont clairement synonymes²⁶⁶. Les auteurs du *Zürcher Kommentar*, à l'instar de leurs collègues bernois, intitulent le paragraphe consacré à la question: «Energien». Par la suite, ils utilisent indifféremment un concept pour l'autre²⁶⁷. LIVER emploie également tour à tour les deux termes²⁶⁸.

REY, par contre, distingue expressément ces deux concepts et se demande s'ils doivent être mis juridiquement sur le même pied. Il répond par l'affirmative à cette question, relevant simplement que le concept d'énergie n'est pas plus défini que celui de force naturelle²⁶⁹. Dans un ouvrage plus récent, l'auteur pousse l'assimilation plus loin en utilisant indifféremment les termes «Energien» et «Naturkräfte» l'un pour l'autre²⁷⁰.

Le Tribunal fédéral n'a pas défini non plus le concept d'énergie. Nous ne pouvons que relever qu'il considère l'électricité, en particulier, comme une force naturelle²⁷¹.

B. LA DEFINITION PERSONNELLE

Qu'en est-il réellement? Le Petit Robert définit l'énergie, au sens de la science physique, comme la «[p]ropriété d'un système physique capable de produire du travail.» Quant à la force, il s'agit de la «[c]ause physique d'une accélération ou d'une déformation²⁷²». Scientifiquement parlant, il existe ainsi clairement une différence entre les termes. La force et l'énergie sont deux phénomènes scientifiques bien distincts.

²⁶⁴ BK-MEIER-HAYOZ, pp. 97 sq., Nos 223 sq.

²⁶⁵ BK-MEIER-HAYOZ, p. 97, Titre 2: Energien (=Naturkräfte).

²⁶⁶ STEINAUER, Nos 114-6.

²⁶⁷ ZK-HAAB, Einleitung, Nos 44-5.

²⁶⁸ BK-LEEMANN, Nos 11 sq., ad art. 713 CC.

²⁶⁹ REY, *Innominateurverträge*, pp. 137-8.

²⁷⁰ REY, Nos 86-7.

²⁷¹ ATF 47 II 440, JT 1922 I 546, cons. 1; ATF 48 II 366, JT 1923 I 98, cons. 2.

²⁷² *Nouveau Petit Robert*, 2e éd., 1995.

Prenons un exemple simple: si l'on tente de déplacer un meuble, il faut lui appliquer une force. Cette force sera définie par une direction, un sens, un point d'application et une intensité déterminés. Pour exercer cette force, il faut de l'énergie. Elle sera, dans notre exemple, fournie sous forme d'énergie musculaire. L'exercice de la force transformera cette énergie musculaire en énergie cinétique acquise par le meuble et, pour une part, en énergie thermique, due aux frottements du meuble sur le sol. La force est donc bien une cause capable de déformer un corps ou de modifier son mouvement. Pour l'exercer, il faut de l'énergie. L'énergie est donc à l'origine de la force, mais cela ne fait pas d'elle l'équivalent d'une force. Au contraire, si l'on voulait absolument établir un lien entre force et énergie, on pourrait à la limite affirmer que la force est une forme d'énergie.

Nous regrettons l'imprécision des termes utilisés dans la doctrine, la jurisprudence et la loi, mais ceci ne compromet pas notre étude.

Dans le cadre des discussions à suivre, nous allons considérer que les termes recouvrent, dans le cadre de l'article 713 CC, une seule réalité, celle de la capacité à fournir un travail.

2. *Le caractère matériel de l'énergie*

A. L'APPRECIATION DOCTRINALE

Il se trouve d'abord que la doctrine n'est pas unanime sur la portée exacte de l'article 713 CC. Un certain nombre d'auteurs se rejoignent sur le caractère incorporel de l'énergie et des forces naturelles en général²⁷³. Ainsi, pour STEINAUER, les forces naturelles ne sont pas des choses. Seule l'analogie permet dès lors l'application des droits réels à ces entités²⁷⁴.

Les auteurs du *Berner Kommentar* les rangent parmi les «unkörperliche Sachen», à savoir les «res quae in jure consistunt» par opposition aux «res quae tangi possunt»²⁷⁵.

La science, cependant, viendrait remettre en question cette affirmation. Ainsi, l'énergie et la masse pouvant être transformées indifféremment l'une en l'autre, elles seraient de même essence, et donc à traiter de manière identique²⁷⁶.

²⁷³ PORTMANN, p. 39; BK-MEIER-HAYOZ, pp. 97-8, No 225; REY, *Innominatverträge*, p. 137; ZK-HAAB, Einleitung, No 44.

²⁷⁴ STEINAUER, No 114.

²⁷⁵ BK-MEIER-HAYOZ, p. 96, No 221.

²⁷⁶ BK-MEIER-HAYOZ, pp. 97-8, No 225.

D'après REY, ainsi, l'énergie doit être traitée comme une chose, parce que, d'après les connaissances actuelles, elle représente également une forme de la masse. On ne pourrait ainsi totalement lui dénier un caractère corporel. Cependant, REY conclut malgré tout à l'application uniquement par analogie des dispositions de droit réel, du fait des particularités de l'élément en question²⁷⁷.

Les auteurs du *Berner Kommentar* se demandent également si l'ordre juridique devrait tenir compte de ces considérations techniques. Ils parviennent à la conclusion que cette question est sans importance pratique. En effet, en considération des propriétés particulières de l'énergie, elle nécessite dans tous les cas un traitement spécifique²⁷⁸.

B. L'APPRECIATION PERSONNELLE

Il est vrai que l'énergie et la masse sont équivalentes. L'énergie peut effectivement se transformer en masse. Ainsi, il arrive que lorsqu'une radiation très énergétique heurte un obstacle, elle se transforme en particules. En réalité, ce phénomène est de nature provisoire. En effet, la radiation, électriquement neutre, donne forcément naissance à deux particules de charge opposée. La particule qui porte la charge opposée à celle habituellement rencontrée à l'état stable porte le nom d'antiparticule. Mise en présence de sa particule correspondante, elle s'unit aussitôt à elle pour disparaître à nouveau sous forme de rayonnement²⁷⁹. Inversement, la masse augmente avec la vitesse. Une partie de l'énergie cinétique accumulée se transforme en masse²⁸⁰.

Ces considérations techniques apportent-elles véritablement quelque chose à la discussion juridique qui nous occupe? Nous ne le croyons pas. Nous l'avons vu, le but du législateur en édictant l'article 713 CC était d'élargir le cercle des objets de la propriété. Si le législateur s'est senti obligé d'ajouter cette disposition, c'est bien parce qu'il pensait devoir remédier à l'absence d'un élément essentiel à la chose. Il nous semble clair qu'il s'agit du caractère matériel. Que l'on considère finalement que la force naturelle est corporelle ou incorporelle, peu importe. Si elle doit être considérée comme incorporelle, l'artifice de 713 CC permet de la ranger malgré tout parmi les objets de la possession. Si elle se révèle corporelle, elle fait déjà partie des choses, sous réserve d'être susceptible d'appropriation. Dans cette dernière hypothèse, l'article 713 CC se révèle superflu. Mais dans

²⁷⁷ REY, No 86.

²⁷⁸ BK-MEIER-HAYOZ, p. 98, No 226.

²⁷⁹ SCHAEFFER, p. 43.

²⁸⁰ SCHAEFFER, pp. 28-9.

tous les cas, il faut traiter, du moins partiellement, les forces naturelles comme des choses, quelle que soit leur vraie nature.

3. La définition

Il convient, dans un premier temps, de tenter de tirer le maximum d'informations du texte légal lui-même.

A. LE TEXTE LEGAL

Le message relatif au projet de code civil n'est d'aucune aide. Il relève simplement que l'on rangera les forces naturelles parmi les meubles²⁸¹.

Les travaux parlementaires offrent quelques explications supplémentaires. Ainsi, le rapporteur français de la commission du Conseil national expose-t-il que «[d]ès que des forces naturelles ont une existence propre, il n'y a aucune raison de ne pas les assimiler aux choses corporelles au point de vue de leur condition juridique²⁸²». Le rapporteur cite à titre d'exemple la force hydraulique, ainsi que l'électricité. Il conçoit cette dernière comme un bien, «bien indépendant d'une chose corporelle»²⁸³. Le seul élément susceptible de faire avancer la discussion est la suggestion selon laquelle la «consistance atomique» de l'électricité autoriserait l'ordre juridique suisse à la «ranger parmi les choses corporelles»²⁸⁴.

Il semble cependant que le flou entourant la notion n'ait pas échappé à l'auteur du projet. En effet, HUBER remarque que l'imprécision du concept sera guérie par le fait que la soumission de ces forces à la propriété ne pourra se faire qu'à la condition générale qu'elles soient susceptibles d'une maîtrise²⁸⁵.

B. LA DEFINITION DOCTRINALE

La doctrine suisse s'est essayée à cerner la notion de forces naturelles avec plus ou moins de succès. STEINAUER définit la force naturelle ou l'énergie comme «une capacité de fournir un travail», sens que «cette expression a en physique»²⁸⁶. Les auteurs du *Berner Kommentar* parlent également de «Arbeitsfähigkeit» ou de «gespeicherte Arbeit»²⁸⁷. LEEMANN, quant à lui, définit l'énergie, et les forces en général, comme un «Zustand, in den

²⁸¹ FF 1904 IV 1, 67.

²⁸² BOCN 1906, p. 568.

²⁸³ BOCN 1906, p. 568.

²⁸⁴ BOCN 1906, p. 568.

²⁸⁵ Cité par PORTMANN, p. 43.

²⁸⁶ STEINAUER, No 115.

²⁸⁷ BK-MEIER-HAYOZ, p. 97. No 224.

gewisse Gegenstände durch technische Manipulationen versetzt werden»²⁸⁸. L'auteur précise que cet élément, contrairement aux objets corporels, ne peut être appréhendé que par le biais de son conducteur ou support²⁸⁹.

Pour REY, par contre, le concept de «Naturkraft» est un concept légal, qui n'est pas défini de manière précise²⁹⁰.

PORTMANN est le seul auteur à tenter une définition détaillée de ce que vise l'article 713 CC. A son avis, il ressort des travaux préparatoires que la disposition vise en première ligne l'énergie électrique. Cependant, le texte légal utilisant un pluriel («les forces naturelles»), l'auteur en déduit que d'autres types d'énergies sont également visés. Il procède alors par déduction, relevant les caractéristiques de l'énergie électrique et les élevant au rang de critères de définition des forces naturelles en général. Ces éléments sont: la capacité de fournir un travail, la provenance naturelle et le fait que l'énergie ne peut être constatée que sur les objets corporels de l'environnement²⁹¹.

FEHR tente une définition pseudo-scientifique de l'énergie et distingue, pour ce faire, l'électricité de l'énergie électrique. Son idée est la suivante: l'électricité étant un phénomène naturel, un état, à l'instar de l'air, de la lumière ou de la chaleur, elle ne peut être saisie par le droit. Ce n'est que dans la mesure où elle développe des forces, susceptibles d'une maîtrise humaine, qu'elle devient un objet de droit. L'électricité, «Stoff, der den Körpern in allerkleinsten Grösseneinheiten innewohnt und dessen Wirkung von der Gruppierung dieser Einheiten abhängt» doit donc être distinguée de l'énergie électrique. Celle-ci est la capacité de fournir un travail par l'intermédiaire de l'électricité. Cette capacité découlerait de la force motrice du courant électrique qui passe dans le conducteur²⁹². Seule cette dernière entité serait visée par l'article 713 CC.

Les auteurs du *Berner Kommentar* rejoignent FEHR, dans la mesure où ils parlent non d'électricité mais d'énergie du courant électrique²⁹³. Quant aux auteurs du *Zürcher Kommentar*, ils reprennent purement et simplement le raisonnement de FEHR.

Le reste de la doctrine n'opère pas cette distinction et se contente de citer l'électricité comme exemple de force visée à l'article 713, sans préciser s'il s'agit précisément d'électricité ou d'énergie électrique. Seul LIVER cite expressément l'«Elektrizität» comme objet de l'article 713, en la

²⁸⁸ BK-LEEMANN, No 11 ad 713 CC.

²⁸⁹ BK-LEEMANN, Nos 11-2, ad art. 713 CC.

²⁹⁰ REY, *Innominatverträge*, p. 138.

²⁹¹ PORTMANN, pp. 42-3.

²⁹² FEHR, *RDS* 46, pp. 1a-2a.

²⁹³ BK-MEIER-HAYOZ, p. 97, No 224.

définissant expressément comme un état. Il est ainsi, sur ce point, en totale contradiction avec FEHR.

Techniquement parlant, FEHR a raison. L'électricité elle-même est le courant d'électrons. L'énergie électrique, quant à elle, est la capacité du phénomène qu'est l'électricité à "faire quelque chose", c'est-à-dire à fournir un travail. Dans la mesure, cependant, où la doctrine a tendance à définir l'objet de l'article 713 CC comme la capacité de fournir un travail, on peut dès lors admettre, sans trahir la volonté des auteurs concernés, qu'ils parlent bien d'énergie électrique et non d'électricité au sens technique du terme.

C. LA DEFINITION PERSONNELLE

Il s'impose de reprendre les différents éléments de définition mentionnés ci-dessus de manière plus systématique.

I. La capacité de fournir un travail

Ce critère est présent dans la grande majorité des définitions proposées par la doctrine. Il correspond en réalité à la conception physique de l'énergie. En effet, la littérature scientifique définit l'énergie comme «la capacité d'un système à produire un travail²⁹⁴». Cette description corrobore par ailleurs celle des dictionnaires.

Nous pouvons donc retenir cette capacité comme le premier élément d'une définition.

II. La provenance naturelle

Ce caractère, relevé par PORTMANN, est exact. L'auteur constate que l'énergie est produite par la nature²⁹⁵. Cette assertion est vraie, dans la mesure où «toute l'énergie du monde provient uniquement de deux sources: le Soleil et les minéraux.» Le premier nous la fournit sous forme de lumière et de chaleur et les seconds sous forme chimique²⁹⁶.

III. Le caractère invisible à l'oeil nu

La *ratio legis* de l'article 713 CC est d'étendre la propriété mobilière à des objets incorporels. En effet, une chose étant matérielle par définition, les *res incorporales* sont exclues de la catégorie des choses. L'article 713 CC supplée ainsi à l'absence du caractère matériel des forces naturelles.

Nous avons vu ci-dessus qu'en fin de compte, il importait peu de savoir si l'énergie possédait une existence corporelle ou non.

²⁹⁴ BAILEY, p. 143.

²⁹⁵ PORTMANN, p. 43.

²⁹⁶ BAILEY, p. 143.

Cette conclusion, si elle a le mérite de nous éviter d'apporter une réponse au débat scientifique, ne nous aide pas à constituer une définition de l'énergie telle qu'elle nous permette d'y rattacher ou non l'information génétique et les forces de la reproduction.

PORTMANN a mis le doigt sur un point intéressant, à savoir que l'énergie ne peut être constatée que sur les corps matériels qui nous entourent²⁹⁷. Peu nous importe, ici, de savoir si, au niveau moléculaire, l'énergie a une existence matérielle ou non. Ce qui est déterminant, dans le cadre de cette étude du moins, est ce que l'œil humain est capable de constater. En l'occurrence, sans vouloir élever cette conclusion au rang de vérité, nous pouvons dire que dans la très grande majorité des cas, l'énergie n'est pas visible à l'œil nu. Elle est certes mesurable, mais nous n'en voyons que les manifestations. L'énergie se manifeste lorsqu'elle se transforme. Ainsi pouvons-nous constater le mouvement des molécules d'une eau en ébullition. Il ne s'agit pas de l'énergie elle-même, mais de sa manifestation concrète, de sa transformation d'énergie électrique en énergie thermique. Il nous semble en conclusion que ce critère mérite d'être retenu.

Reste à envisager le caractère appropriable de ces entités.

B. Susceptibles d'appropriation

Pour rendre possible l'application des dispositions relatives à la propriété, il est indispensable que les forces soient susceptibles d'une maîtrise humaine. Cette condition est en réalité la *ratio legis*: HUBER considérait que lorsqu'une force naturelle était susceptible d'une maîtrise complète, elle devait pouvoir être l'objet d'un droit de propriété²⁹⁸.

1. La définition doctrinale

Par maîtrise complète, l'auteur du Code civil entendait que les forces naturelles soient «tatsächlich und rechtlich ausscheidbar und der menschlichen Herrschaft erreichbar»²⁹⁹.

HAAB décrit cette caractéristique comme la maîtrise la plus générale qui peut être attribuée à une personne par rapport à une chose³⁰⁰.

PORTMANN résume la portée de l'article 713 CC de la manière suivante: dans la mesure où, dans la vie économique, il est possible par le biais de la

²⁹⁷ PORTMANN, p. 43.

²⁹⁸ Cité par PORTMANN, p. 43.

²⁹⁹ Cité par PORTMANN, p. 43.

³⁰⁰ ZK-HAAB, No 6 ad 641 CC.

technique d'établir un rapport avec l'énergie et d'en faire un quelconque usage, alors celle-ci doit être reconnue comme un objet de droit au sens de cette disposition³⁰¹. Il part de l'idée que l'intérêt de la disposition est de faire entrer dans le cadre du droit des entités qui sont difficilement saisissables par l'ordre juridique, mais utiles à la vie économique.

2. La définition personnelle

Pratiquement, concrètement, quel type de maîtrise vise-t-on ici? L'exemple de la force hydraulique nous aidera à visualiser le mécanisme d'appréhension de l'énergie.

A. L'INDEPENDANCE DE LA MATIERE ET DE L'ENERGIE

Sur quoi porte exactement le droit du titulaire d'une concession hydraulique? La lecture de la Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH) nous éclaire sur l'étendue de cette prérogative.

Il apparaît en premier lieu que la titularité de la force et la titularité de la matière à l'origine de la force peuvent parfaitement être distinctes. L'article 8 LFH, typiquement, prévoit l'exportation d'eau ou d'énergie. Il ressort de cette disposition que le titulaire d'une concession peut dériver l'énergie à l'étranger, sans pour autant en dériver la source, à savoir le cours d'eau. Quant à l'article 17 LFH, il règle l'existence d'un droit privé à l'utilisation d'un cours d'eau public. Ainsi, à l'évidence, la source de l'énergie et l'énergie elle-même sont des choses distinctes, au regard du droit aussi bien que dans la réalité physique.

Le cas de l'énergie hydraulique est particulièrement flagrant. Si l'on cherchait à réglementer la propriété de la matière à l'origine de l'énergie, à savoir l'eau, l'article 713 serait superflu. En effet, dans la mesure où l'on est en présence d'une quantité d'eau délimitée, comme c'est le cas pour un bassin d'accumulation par exemple, la propriété sur l'eau retenue peut s'établir selon les règles générales des droits réels. Nul n'est besoin d'édicter un article topique.

Un autre exemple nous est fourni par l'énergie solaire. Le soleil n'appartient pas à la catégorie des choses³⁰². Il n'est en effet pas susceptible de maîtrise. Mais l'énergie solaire, elle, rentre certainement dans le cadre de l'article 713 CC. Il existe des contrats de fourniture d'énergie solaire, c'est donc un élément susceptible d'appropriation.

³⁰¹ PORTMANN, p. 45.

³⁰² REY, No 77.

Le premier point établi est par conséquent l'indépendance de la matière à l'origine de l'énergie et de l'énergie elle-même, en tant que capacité à fournir un travail.

B. LA MAÎTRISE DE L'ÉNERGIE POTENTIELLE

Nous venons de le voir, toute l'énergie du système provient du soleil et des minéraux. Or, "rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme". L'article 713 CC vise donc l'appropriation de l'énergie à un moment donné de son existence dans le système et sous la forme à laquelle elle apparaît à ce moment. Dans cette optique, que signifie dès lors "s'approprier une force ou une énergie"?

L'énergie est avant tout une potentialité. Le propriétaire d'une source ne possède que de l'eau. Il est libre, ensuite, d'utiliser ou non le liquide de manière à en dégager de l'énergie hydraulique. La maîtrise de l'énergie consiste en la faculté d'utiliser ou non cette énergie potentielle. Si l'on n'est pas dans la position de faire ce choix, on ne maîtrise pas réellement la force. Ainsi, le titulaire d'une usine hydraulique peut-il choisir de construire un bassin de retenue afin de n'obtenir du courant que quand il le désire, ou surtout, de choisir le débit du courant et ainsi la quantité d'énergie produite. Il s'agit donc, à notre avis, d'être maître de l'énergie potentielle, uniquement. C'est dans cette capacité que réside la maîtrise de la force.

Il est évident que la notion de maîtrise incorporée dans la définition de l'article 713 CC limite le spectre des énergies appréhendées par le Code civil. Dans ce sens, HUBER avait raison en disant que le caractère indéterminé de la notion de force serait guéri par la nécessité de la maîtrise³⁰³.

C. Pas comprises dans un immeuble

Quant à la dernière condition de l'article 713 CC, elle s'explique par le fait que lorsqu'une force est comprise dans un immeuble, c'est le droit d'exploitation de la force lui-même qui est traité comme un immeuble (art. 655 CC)³⁰⁴. Nous abandonnerons donc l'examen de cette condition dans la discussion qui va suivre, étant donné qu'elle ne concerne que des cas particuliers, tout à fait étrangers à ce qui nous occupe.

³⁰³ Cité par PORTMANN, p. 43.

³⁰⁴ ZK-HAAB, *Einführung*, No 44.

II. L'analogie envisageable

Il nous faut distinguer les deux éléments susceptibles d'être inclus dans la réglementation de 713 CC, à savoir l'information génétique et ce que la doctrine appelle les «forces génétiques».

A. Les «forces génétiques»

Notre analyse nous a conduite à ranger les gamètes parmi les choses. Il serait donc superflu de confronter les spermatozoïdes et les ovules à la qualification de forces naturelles: l'objet de la discussion étant la soumission aux droits réels, peu importe que celle-ci ait lieu par le biais de la qualification de chose ou de celle de force naturelle.

Cela nous permet d'ores et déjà une remarque préliminaire: si l'on cherche à faire entrer un élément dans la définition de l'article 713 CC, il ne s'agira pas du gamète lui-même.

Il y a bien, dans les gamètes, "quelque chose" qui dépasse leur simple qualité de cellule du corps humain. Il s'agit, nous l'avons vu, de la propriété de donner la vie. La grande majorité des auteurs s'achoppent sur la capacité reproductive des gamètes, tentant de justifier par tous les moyens leur exclusion du commerce et leur caractère particulier. Ils ont raison, mais ne vont pas assez loin. Ils motivent leur répugnance à traiter les cellules sexuelles comme d'autres cellules du corps humain par des considérations éthiques, morales ou même religieuses. A moins d'être consacrées dans un texte de loi, ces considérations sont et restent personnelles, donc subjectives et relatives. Rien ni personne ne peut interdire à un individu de ne pas partager ces convictions, et de se comporter à l'égard des gamètes comme à l'égard d'un simple déchet hospitalier, par exemple.

Il faut donc chercher si le respect que trahit la retenue des auteurs est justifié, si une propriété physique ou juridique de ces cellules motive l'élaboration d'un régime propre, distinct de celui des autres parties. C'est précisément à cet exercice que nous allons nous prêter maintenant.

1. *Energies*

Qu'il existe de l'énergie dans les cellules du corps humain, cela ne fait aucun doute. Tout corps cellulaire contient de l'énergie. Dans le simple but de maintenir l'ordre dans les structures cellulaires, l'énergie est indispensable. En effet, «dans tout système isolé, le degré de désordre ne peut qu'augmenter.³⁰⁵» Il faut donc un processus créateur d'ordre pour

³⁰⁵ ALBERTS, p. 60.

maintenir le degré d'organisation. Ainsi, «la cellule utilise du combustible à partir de son environnement et perd de la chaleur³⁰⁶». Cette libération d'énergie lui permet d'augmenter son degré d'ordre interne.

Ce mécanisme est commun à tous les organismes cellulaires. Il ne distingue en rien les gamètes des cellules somatiques. Ainsi, c'est ailleurs qu'il nous faudra chercher, à savoir dans le processus même de la reproduction.

A. LA CAPACITE DE PRODUIRE UN TRAVAIL

L'étape qui nous concerne est celle de la fécondation proprement dite. Puisque c'est le statut des parties séparées qui nous intéressent, nous allons nous pencher en particulier sur la fécondation dite *ex utero* ou *in vitro*. Il nous faut en effet imaginer la reproduction dans l'hypothèse où spermatozoïdes et ovule sont séparés du corps. Les phénomènes en jeu sont cependant les mêmes que ceux engagés dans la fécondation *in utero*.

Nous avons expliqué en détails au chapitre précédent le processus qui permettait au spermatozoïde de se déplacer et de progresser jusqu'à l'ovule³⁰⁷. La description a mis en évidence un élément important: chaque étape du phénomène doit sa réalisation à l'énergie, consommée ou libérée suivant les réactions. Tout le mécanisme de la reproduction, à l'instar d'ailleurs de toutes les fonctions corporelles, doit sa concrétisation à la présence d'énergie dans le système et aux échanges constants d'énergie entre le corps et son environnement. Or, cette énergie a principalement, à la fois, pour fonction et pour effet de fournir un travail. Quand celui-ci consiste en la progression d'un spermatozoïde, cet aspect est évident. La première condition de l'article 713 CC est ainsi satisfaite.

B. LA PROVENANCE NATURELLE

Le processus de la fécondation n'est pas un système fermé. Le corps de l'être humain, lui-même, est le lieu d'échanges d'énergie permanents avec son environnement. Ainsi, en consommant des aliments, en s'exposant à la lumière du soleil ou à la chaleur d'un radiateur, l'individu fournit à son organisme une énergie qui sera transformée et utilisée pour assurer l'ensemble des fonctions corporelles. En fin de compte, comme nous l'avons déjà dit plus haut, le soleil et les minéraux sont à la source de toute l'énergie présente dans le monde qui nous entoure.

L'origine naturelle est ainsi évidente.

Lorsque les étapes de la fécondation se déroulent au sein du corps humain, ce que nous venons d'exposer est vrai; si la fécondation a lieu *in vitro*, il en va de même. Les opérations effectuées au cours de la préparation ne

³⁰⁶ ALBERTS, p. 60.

³⁰⁷ Voir pp. 41-2 ci-dessus.

servent qu'à rapprocher la procréation médicalement assistée de son modèle naturel. Une fois l'ovule et les spermatozoïdes réunis dans un tube, l'être humain n'intervient plus. La phase proprement dite de la fécondation se déroule par elle-même, sans intervention extérieure. Dans tous les cas, les sources d'énergie restent les mêmes.

Même l'ICSI ne permet que la mise en contact des cellules sexuelles³⁰⁸. Le spermatozoïde est certes directement injecté dans l'ovule. Pourtant, les réactions que le percement de la membrane de l'oeuf provoquent, d'une part, la fusion des noyaux, d'autre part, sont des réactions que l'homme n'est, à l'heure actuelle du moins, pas en mesure de contrôler ou de diriger.

C. LE CARACTERE INVISIBLE A L'OEIL NU

Les interactions qui conduisent à la naissance d'un oeuf fécondé sont à l'heure actuelle observables. Grâce aux techniques d'investigation d'une efficacité grandissante, les zones encore inexplorées ne le resteront pas à l'avenir. Les microscopes permettent aujourd'hui déjà d'observer la progression du spermatozoïde, sa pénétration dans l'ovule, la fusion des noyaux et les divisions cellulaires qui s'ensuivent. Cependant, même en ayant recours à ces moyens d'investigation, seuls les effets de l'énergie sont visibles. L'énergie cellulaire n'est constatable que dans son action sur les corps qui l'entourent.

O. CONCLUSION

Les forces qui permettent la fécondation de l'ovule sont bien des énergies, au sens technique du terme. Reste à envisager leur caractère appropriable.

2. *Susceptibles d'appropriation*

Nous allons reprendre les éléments de la définition élaborée plus tôt.

A. L'INDEPENDANCE DE LA MATIERE ET DE L'ENERGIE

L'énergie chimique étant une énergie au sens physique du terme, cette condition est réalisée par définition. Dans l'exemple de l'hydrolyse de l'ATP, nous avons d'une part des molécules qui interagissent et d'autre part une somme d'énergie qui est libérée et récupérée par le système à d'autres fins. Il est donc clair que l'énergie existe parfaitement indépendamment des molécules, qui n'ont servi finalement qu'à la véhiculer.

³⁰⁸ Voir p. 77 ci-dessous.

B. LA MAÎTRISE DE L'ÉNERGIE POTENTIELLE

Depuis 1978 qui a vu la naissance de Louise Brown, premier bébé éprouvette, l'être humain maîtrise les processus de la fécondation humaine, en ce sens qu'il est capable de reproduire le procédé à l'extérieur du corps humain. Il s'agit là cependant de la maîtrise d'un processus dans son entier. Lorsqu'on en vient à l'insémination proprement dite, l'homme doit laisser faire la nature.

Il existe une méthode déjà mentionnée, l'ICSI ou injection intracytoplasmique de spermatozoïde, qui économise au gamète mâle le parcours jusqu'à l'ovule ainsi que l'effort de pénétrer dans la cellule par lui-même. L'ICSI consiste à injecter le spermatozoïde directement au sein de la cellule femelle. S'il n'est pas fourni par le futur père, un spermatozoïde "vaillant" est prélevé directement dans un testicule, dans l'épididyme, canal où ils sont stockés, ou dans le tissu testiculaire. Il est ensuite injecté dans l'ovule sous microscope³⁰⁹.

Si, comme on l'a vu, la maîtrise d'une force réside dans la maîtrise de l'énergie potentielle, cela signifie que pour maîtriser l'énergie potentielle, il faut en maîtriser la source, la matière qui en est à l'origine. Cela, l'homme est aujourd'hui capable de le faire. Pourtant, cela ne suffit pas pour affirmer que l'être humain maîtrise le processus de la reproduction.

S'il est possible au scientifique d'isoler une cellule, cela ne signifie pas encore qu'il soit en mesure de maîtriser l'énergie qu'elle produit. Cette énergie, sa provenance comme son affectation, est réglée par les mécanismes cellulaires internes, par le code génétique qu'elle contient. L'homme n'est pas en mesure d'isoler, pour reprendre l'exemple développé plus haut, l'énergie libérée par le clivage de la molécule d'ATP pour la destiner à d'autres fins. Il n'est pas plus en mesure de faire avancer un spermatozoïde ou de provoquer les réactions chimiques nécessaires qui induisent la fusion.

En cela, l'énergie cellulaire est à la fois parfaitement indépendante et à l'abri de toute intervention extérieure. Il apparaît ainsi que le processus de la reproduction est plus qu'une simple "force". Il s'agit d'une chaîne de réactions guidées par un code qui, s'il devient déchiffrable, n'en reste pas moins seul à pouvoir présider aux destinées de la cellule et des éléments qui la composent.

Pour se rendre maître de la reproduction, de la pénétration du spermatozoïde à sa fusion avec l'ovule et aux premières divisions cellulaires, l'homme devra maîtriser bien plus que la seule mise en jeu de phénomènes énergétiques, ce qu'il n'est à ce jour pas en mesure de faire.

³⁰⁹ OLIVENNES/HAZOUT/FRYDMAN, p. 131.

Le résultat auquel nous parvenons pourrait être remis en question par le progrès scientifique. Il existe cependant un argument de nature juridique qui vient l'appuyer.

Le sens de la réglementation contenue à l'article 713 CC est de permettre la prise en compte par l'ordre juridique d'entités délicates à appréhender, mais qui méritent de l'être en ce qu'elles sont utiles à la vie économique³¹⁰. En d'autres termes, et pour reprendre la théorie de PORTMANN, dans la mesure où la technique permet d'établir un rapport économique avec l'énergie et d'en faire un quelconque usage, alors celle-ci doit être reconnue comme un objet de droit au sens de la disposition du Code civil. Dans l'hypothèse que nous étudions, il y a de l'énergie et elle est utile. Pourtant, ce n'est pas tant à la vie économique qu'elle est destinée, mais à l'épanouissement de la personnalité, à la concrétisation des aspirations humaines. A ce titre, elle se distingue fondamentalement des forces naturelles que le législateur avait en tête lorsqu'il a rédigé l'article 713 CC. En outre, l'énergie contenue dans le gamète ne peut servir que le but de la reproduction. L'être humain est à l'heure actuelle incapable de manipuler l'énergie cellulaire de manière à contrôler les interactions au sein du noyau. Sur ces deux points, l'énergie qui permet la reproduction sexuée et la force naturelle exploitée par l'homme pour satisfaire ses besoins matériels diffèrent complètement.

Dans ce domaine délicat, on ne peut être sûr que d'une chose: les rédacteurs de l'article 713 CC n'ont jamais eu à l'esprit d'appréhender la réalité que nous tentons d'y soumettre. Ce constat ne suffit pas à exclure l'analogie. Pourtant, il nous semble que les implications en jeu en matière de reproduction sont par trop différentes de celles qu'entraîne la maîtrise sur une force naturelle destinée à être exploitée économiquement. C'est pourquoi nous renonçons à soumettre les gamètes à l'article 713 CC.

3. *Le clonage*

En biologie, le clonage désigne la manipulation génétique qui permet le transfert de gènes, prélevés sur une cellule, à une autre cellule. Il est synonyme de la reproduction asexuée d'un génome ou d'un individu existant³¹¹. Un clone est une population de cellules ou d'organismes formée par division asexuée à partir d'une cellule commune ou d'un organisme³¹².

³¹⁰ PORTMANN, p. 45.

³¹¹ ROBERTSON, *Texas Law Review* 76: 1371 (1998), p. 3.

³¹² ALBERTS, G-6.

Jusqu'à ces dernières années, la reproduction chez les mammifères passait absolument par la fécondation, processus qui impliquait la présence de gamètes mâles et femelles. Cependant, les techniques entraînant la fusion de cellules somatiques foetales ou embryonnaires avec un ovocyte énucléé se sont perfectionnées jusqu'à rendre concrètement possible la reproduction asexuée d'un mammifère.

C'est ainsi que le 27 février 1997, une équipe de chercheurs de l'Institut Roslin d'Édimbourg annonçait la naissance de Dolly, brebis clonée sur la base de la cellule mammaire d'une brebis adulte³¹³. Depuis, des chercheurs japonais ont cloné des veaux, et des scientifiques américains des souris, à l'aide de techniques approchantes³¹⁴.

Schématiquement, la procédure est la suivante. Les chercheurs prélèvent une cellule somatique sur le corps d'un animal adulte. La cellule est dépouillée de son cytoplasme de façon à ne conserver que le noyau cellulaire. Parallèlement, les chercheurs prélèvent un ovule sur un autre animal. Ils ôtent le noyau de l'oeuf pour ne garder de la cellule que le cytoplasme. Le noyau de la cellule somatique et le cytoplasme de la cellule sexuelle sont placés dans une éprouvette, soumise à une décharge électrique. Cette décharge provoque la fusion du noyau diploïde et de l'ovule énucléé. Le traitement *in vitro* a pour effet que la cellule se déspecialise et redevient totipotente. La division cellulaire peut alors commencer. Au bout de quelques jours, l'embryon est introduit dans l'utérus d'une mère porteuse. Lorsque l'animal naît, il possède un patrimoine génétique identique à celui de l'animal chez qui la cellule somatique a été prélevée³¹⁵.

MAZEN s'étonne du comportement des auteurs qui octroient «un statut particulier aux cellules sexuelles alors que les simples cellules somatiques possèdent elles-mêmes un lot complet de gènes dont on sait maintenant qu'il est suffisant pour définir totalement le corps de l'individu»³¹⁶.

Il est vrai que les techniques décrites ci-dessus autorisent la reproduction à partir de cellules autres que les cellules sexuelles. Cependant, en premier lieu, les expériences conduites jusqu'ici qui ont abouti à une naissance ne concernent que des animaux. Ensuite, les réserves émises par les chercheurs eux-mêmes montrent à l'évidence que le phénomène n'est pas

³¹³ CAMPBELL/MCWHIR/RITCHIE/WILMUT, *Nature*, Vol. 380, p. 64.

³¹⁴ LAURANT SOPHIE, Chérie, j'ai fait cloner les gosses!, *Science & Vie Junior* 1999, No 35, p. 69.

³¹⁵ CAMPBELL/MCWHIR/RITCHIE/WILMUT, *Nature*, Vol. 380, pp. 64 sq.; WAKAYAMA/PERRY/ZUCCOTTI, *Nature* 1998, Vol. 394, p. 369.

³¹⁶ MAZEN, *Bioéthique et droit*, pp. 196-7.

parfaitement maîtrisé. L'homme est loin de cerner l'ensemble du processus et doit avouer son ignorance face à de nombreuses variables de la reproduction asexuée. Ainsi, par exemple, les scientifiques n'ont pas apporté la preuve que le noyau d'une cellule adulte parfaitement différenciée pouvait être reprogrammé; il pourrait en effet se révéler impossible d'activer certains gènes dormants dans le noyau. Ensuite, la vitesse avec laquelle le noyau d'un oeuf fertilisé doit se diviser pourrait être excessive pour un noyau qui a depuis longtemps complètement cessé de se diviser. Autre inconnue: les chercheurs ne savent toujours pas si la différenciation des cellules totipotentes peut être contrôlée *in vitro*³¹⁷.

Enfin, les taux de réussite chez l'animal sont faibles. Dolly représente la seule naissance de l'expérience conduite par les chercheurs de l'Institut Roslin. Quant aux souris des chercheurs de Honolulu, seules 3 % d'entre elles ont survécu jusqu'à la naissance. Or, le fonctionnement de l'organisme humain est d'une complexité largement supérieure à celle que l'on trouve chez les animaux. En particulier, l'expérience a montré que les conclusions d'une recherche conduite sur l'animal pouvaient se révéler absolument inutilisables pour l'être humain.

En conclusion, le clonage de l'être humain n'est pas une réalité aujourd'hui. Il ne sert à rien de remettre en question les résultats obtenus plus tôt à propos des gamètes en raison de la possibilité qu'un jour, l'homme soit capable de maîtriser parfaitement les mécanismes de la reproduction asexuée.

Si cela était, le progrès ne conduirait pourtant pas, à notre avis, à renoncer à la solution retenue pour les gamètes. La description, même simplifiée à l'extrême, d'une technique assurément complexe met en évidence la part de l'activité humaine dans le processus. Sans intervention de l'homme au cours des différentes étapes de la procédure, rien ne se passe. En cela, la reproduction asexuée, telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui, diffère fondamentalement de la reproduction sexuée. Les gamètes contiennent le secret de leur propre fonctionnement. Le praticien ne joue qu'un rôle passif lors de la fécondation: il se borne à mettre en contact deux entités qui fusionneront et évolueront naturellement.

Enfin, et surtout, le droit positif suisse interdit explicitement toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et d'embryons humains (art. 119, al. 2. *lit.* a, Cst.). Il est à penser que cette prohibition vise notamment le clonage humain, lequel suppose l'énucléation de l'ovule pour remplacer l'ADN qu'il contient par celui du noyau d'une cellule

³¹⁷ KASSIRER/ROSENTHAL, *N Engl J Med* 1998, Vol. 338 (13), p. 905.

diplôïde. La disposition citée exclut en effet que l'on puisse «de façon ciblée, attribuer à un être humain ses caractères héréditaires lors de sa formation³¹⁸». Or, le clonage aurait précisément cet effet, puisqu'il suffirait de choisir un individu à reproduire pour transmettre l'intégralité de son patrimoine génétique à un nouvel être humain.

Le clonage est également interdit par la lettre b de la même disposition³¹⁹. La mise en œuvre de cette technique suppose le recours à la fécondation *in vitro*. Or, les méthodes de procréation assistée ne peuvent être utilisées pour faire de la recherche (art. 119, al. 2, *litt.* b).

Pour toutes les raisons énumérées ci-dessus, il ne nous semble pas qu'à ce jour, il se justifie de remettre en question le statut des gamètes en raison des progrès de la recherche en matière de reproduction asexuée. C'est pourquoi nous conserverons aux gamètes un statut à part, sans faire un amalgame des cellules sexuelles et somatiques. Ajoutons qu'il semble que les différentes cellules du corps humain ne se prêtent pas toutes avec le même succès aux techniques décrites ci-dessus³²⁰. S'il fallait assimiler aux gamètes les cellules sur la base desquelles un clone peut être construit, il faudrait alors distinguer parmi les cellules du corps humain celles qui permettent la reproduction asexuée et celles qui sont impropres à ce genre d'expérience. La distinction n'aurait pas de sens, du moins pas à l'heure actuelle. C'est pourquoi nous nous en tiendrons à la solution retenue plus haut.

4. Conclusion

Le terme de forces reproductrices utilisé généralement en lieu et place de celui de gamètes est inapproprié, puisque l'énergie qui permet au gamète "d'agir" et le gamète lui-même sont deux choses bien distinctes.

Il est par contre parfaitement juste de parler de forces génétiques, dans la mesure où l'on a en tête les énergies qui permettent les interactions nécessaires à la transmission de la vie, puisque c'est bien dans l'énergie que réside une des clés du processus de reproduction. Cependant, il nous faut admettre que ce sont des forces que l'homme ne maîtrise pas.

En fin de compte, il y a bien une composante des gamètes qui échappe au régime de la propriété. Nous aboutissons, par la démarche scientifique, à la confirmation du sentiment général, exprimé souvent maladroitement, selon lequel l'ovule et le spermatozoïde ont une dimension "supérieure" à celle des autres cellules.

³¹⁸ SCHWEIZER, No 57 ad 2⁴novies aCsl.

³¹⁹ SCHWEIZER, No 77 ad 2⁴novies aCst.

³²⁰ WAKAYAMA/PERRY/ZUCCOTTI, *Nature* 1998, Vol. 394, pp. 369 sq.

B. L'information génétique

Nous avons défini plus haut la notion d'information³²¹. Il n'est donc pas nécessaire de revenir sur ce concept.

I. *Energie*

Avant toute chose, il faut, pour appliquer l'article 713 CC, que l'élément en question soit véritablement une énergie.

A. LA CAPACITE DE PRODUIRE UN TRAVAIL

La finalité de l'information est le «développement de la connaissance.» Sa destination finale est cependant du domaine de l'action: «En donnant aux hommes des éléments de connaissance sur leur environnement humain ou matériel, elle vise à éclairer la détermination de leur comportement [...]; même si elle ne correspond pas à une action immédiate ou lointaine, elle permet à celui qui la reçoit, de mieux connaître par rapport aux autres ou aux choses, sa situation, son insertion dans le monde³²²». Autrement formulé, elle est «l'ingrédient essentiel de notre pensée, de nos décisions³²³».

Malgré l'aspect "actif" de l'information que relèvent AUBY/DUCOS-ADER, il est impossible de dire qu'elle est capable de produire du travail, au sens physique, c'est-à-dire concret, du terme. Dans le cas particulier de l'information génétique, si elle code effectivement la synthèse des protéines de l'organisme, ce n'est pas l'information elle-même qui fournit le travail. Certaines régions de la séquence nucléotidique de l'ADN sont copiées en une séquence correspondante d'ARN. Cet ARN, l'ARN messenger qui sert d'intermédiaire, code pour une protéine³²⁴. La séquence de l'ARN messenger est lue par groupe de trois nucléotides. Chaque triplet de nucléotides, appelé codon, détermine un acide aminé³²⁵. Ainsi, le rôle du gène se borne à "faire passer" le message. La production d'acides aminés fait bien entendu appel à l'énergie chimique présente dans la cellule, mais ce n'est pas l'information en tant que telle qui constitue cette énergie. Ainsi, l'assimilation de l'information à l'énergie échoue sur ce premier critère.

Nous allons malgré tout passer rapidement en revue les autres conditions. Elles pourraient nous être utiles dans la suite de la discussion.

³²¹ Voir p. 46 ci-dessus.

³²² AUBY/DUCOS-ADER, p. 2.

³²³ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 233.

³²⁴ ALBERTS, p. 340.

³²⁵ ALBERTS, p. 106.

B. LA PROVENANCE NATURELLE

La provenance naturelle ne fait aucun doute. L'information génétique est le fruit du processus de la reproduction humaine.

C. LE CARACTERE INVISIBLE À L'OEIL NU

L'information s'assimile parfaitement à l'énergie sur ce point-là: elle n'est percevable visuellement qu'une fois rattachée à un support matériel. Nous renvoyons ici à ce que nous avons déjà démontré plus haut³²⁶.

2. *Susceptibles d'appropriation*

CATALA estime de manière générale que l'information satisfait à cette condition. Il en veut pour preuve les nombreuses interventions du législateur pour protéger différentes formes d'apparition de l'information, telles que l'invention brevetable ou l'oeuvre objet d'un droit d'auteur³²⁷.

Pour MOLINARI, il ne fait aucun doute que le gène est susceptible d'appropriation³²⁸. MAZEN également estime que le matériel génétique, y compris l'information, est «appropriable»³²⁹.

A. L'INDEPENDANCE DE LA MATIERE ET DE L'ENERGIE

L'énergie comme l'information représentent des entités abstraites, susceptibles d'acquérir un certain degré d'indépendance par rapport à leur support. L'information est totalement dissociable de l'objet qui la matérialise. Elle peut être isolée sans difficulté de la chose sur laquelle elle est inscrite³³⁰. Ainsi, le généticien qui procède à une analyse et reporte la réponse à la question qui lui a été soumise sur le dossier du patient, même s'il est propriétaire du document lui-même, n'est pas pour autant automatiquement titulaire de l'information qu'il comporte.

B. LA MAITRISE DE L'ENERGIE POTENTIELLE

Il est difficile d'examiner ce critère à la lumière d'un élément qui n'est précisément pas une énergie. Nous nous bornerons à constater que l'information génétique est une "potentialité" dans la mesure où son contenu peut être déchiffré ou rester secret, de la même manière qu'il peut être communiqué ou non.

³²⁶ Voir p. 47 ci-dessus.

³²⁷ CATALA, *Mélanges Raynaud*, p. 98.

³²⁸ MOLINARI, *La génétique humaine*, p. 4.

³²⁹ MAZEN, *Bioéthique et droit*, p. 199.

³³⁰ CATALA, *Mélanges Raynaud*, p. 98.

3. Conclusion

Nous parvenons à la conclusion que l'information génétique n'est pas englobée par la réglementation de l'article 713 CC. Rappelons que la motivation des réflexions qui précède était de "récupérer" en quelque sorte l'information génétique, exclue de la catégorie des choses de par son caractère immatériel, en tentant de la ranger parmi les éléments assimilables aux choses. Force est de constater que l'information ne peut être l'objet de droits réels. Elle est ainsi totalement exclue du régime de la propriété. Il faudra donc songer à la protéger d'une autre manière, conforme à sa nature spécifique.

§ 4 Conclusion

L'analyse détaillée à laquelle nous venons de nous prêter nous permet de conclure que les parties séparées du corps humain sont des choses, au regard du droit suisse du moins.

Ce constat semble se généraliser, en Suisse aussi bien qu'à l'étranger. Cependant, on sent çà et là quelques réticences à affirmer de but en blanc que le sang destiné à la transfusion ou le rein sur le point d'être transplanté est une chose. A quoi cette réserve est-elle donc due?

BAUD a, il nous semble, parfaitement situé l'origine du malaise: «on ne refuse pas que le corps soit une chose, mais qu'il soit traité comme une simple chose: cette chose-là héberge ou a hébergé une individualité humaine»³³¹. Effectivement, on sent poindre, derrière certains raisonnements tortueux ou simplificateurs, la crainte que la qualification de chose n'ouvre immédiatement la porte à tous les abus potentiellement liés au régime de la propriété.

Un exemple frappant de cette contradiction est le jugement de l'affaire Parpalaix³³². A la lecture des considérants, le juriste ne peut manquer de penser que les rapports contractuels à la source du litige relèvent du contrat de dépôt. A première vue, tous les éléments se trouvent réunis: un déposant (le mari décédé), une chose mobilière (le sperme), un dépositaire (le CECOS). Pourtant, les juges conclurent à l'existence d'un «contrat spécifique³³³», afin de bloquer l'application des dispositions du droit civil. L'hypocrisie est apparemment sensible aux yeux du juriste français: «On applique les règles du contrat de dépôt, en affirmant qu'il y a entre le CECOS et le «déposant» un contrat générateur d'obligation de conservation et de restitution. On ordonne la restitution comme s'il

³³¹ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 59.

³³² Gaz. Pal. 1984 I 560.

³³³ Gaz. Pal. 1984 I 560, 562.

s'agissait d'un objet déposé. Mais, parce que l'affirmation du caractère patrimonial de l'objet du dépôt rend encore mal à l'aise aujourd'hui, on baptise la convention autrement»³³⁴.

Cette ambiguïté est présente en Suisse aussi. HEGNAUER, en particulier, face à un état de faits identique, refuse la qualification du dépôt, «da Keimgut keine Sache im Rechtssinne ist», mais opte pour un contrat innommé auquel les dispositions du dépôt sont applicables³³⁵.

HERMITTE souligne pertinemment que la gêne vient de «la difficulté d'échapper au constat final selon lequel le corps humain est devenu, pour des motifs généralement respectables, une *matière première* ou un *outil de production*»³³⁶. C'est précisément ce comportement que stigmatise BAUD, en déclarant que «[c]eux qui ne conçoivent pas qu'on puisse évoquer la propriété d'une chose sans annoncer sa mise sur le marché sont en fait [...] les chantres d'une société qui commercialise tout ce qui peut être approprié»³³⁷. Or, GALLOUX insiste sur le fait que «la qualification réelle n'implique aucune dévalorisation du vivant», pas plus qu'elle n'entraîne «son appropriation ou son commerce»³³⁸.

Consciemment ou non, nous sommes imprégnés d'une culture chrétienne qui sacralise le corps humain³³⁹. Même les plus ardents défenseurs de la thèse réelle appellent de leurs vœux une réglementation qui tienne compte de la dignité humaine, dont quelques bribes subsistent malgré tout dans la grande majorité des éléments corporels. Ils ont cependant le mérite de le faire sans fausser le débat sur la qualification juridique des parties séparées.

Citons LABBÉE qui décrit très précisément le phénomène: «Ces sentiments que nous ressentons guident l'ordre public, l'éthique. Et nous comprenons dès lors que les «VALEURS», les «SYMBOLES» ne sauraient constituer une troisième catégorie, située à mi-chemin entre les personnes et les choses. Les sentiments inspirés par une chose dicent à l'individu ce qu'il peut faire, et ce qu'il ne peut pas faire de cette chose. Ils permettent de donner à cette chose un régime particulier, par rapport au régime banal du droit des biens classiques»³⁴⁰.

La solution n'est donc pas dans l'exclusion, artificielle, des parties séparées de la catégorie des choses, mais bien, dans le cadre de leur intégration à

³³⁴ LABBÉE, p. 416.

³³⁵ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 86.

³³⁶ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 323.

³³⁷ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 62.

³³⁸ GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 550.

³³⁹ BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, p. 186.

³⁴⁰ LABBÉE, p. 433.

cette catégorie, dans l'élaboration attentive du régime juridique nuancé dont elles seront l'objet.

Avant d'envisager le système dans lequel elles vont être intégrées, il nous faut cerner plus précisément le type de choses auquel nous sommes confrontée.

Chapitre III Le type de chose

Le droit suisse connaît différents types de choses, au statut desquelles il apporte quelques distinctions en fonction de leur nature.

§ 1 Chose de droit privé ou *res extra commercium*

Nous avons établi plus haut la qualité de chose des parties séparées du corps humain¹. Il importe maintenant d'étudier leur faculté à être intégrées au commerce juridique. En effet, l'idée d'extra-commercialité semble pertinente dans le cadre de notre étude, si l'on considère qu'elle consiste à exclure ou limiter, pour des motifs de santé publique notamment, l'aliénation de choses d'un type donné.

La notion de chose hors commerce intervient dans presque tous les développements relatifs au statut des parties séparées. Elle est appliquée à tous de bras au corps humain aussi bien qu'à ses parties.

HERMITTE justifie cet appel au juriste, «détenteur d'un principe apparemment utile selon lequel le corps humain fait partie des choses "hors commerce"» par le désir de contrôler les dérives possibles de l'exploitation du matériau humain².

Relevons qu'il existe une contradiction flagrante chez un grand nombre d'auteurs. Ils érigent en «principe fondamental³» le caractère hors commerce de la personne humaine. Or, la qualité hors commerce est une caractéristique propre aux choses. Une chose hors commerce est d'abord une chose, avant d'être soumise au régime particulier de l'extra-commercialité. Nous reviendrons en détails sur ces distinctions dans la suite de notre étude⁴.

1 Voir Chapitre II ci-dessus.

2 HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 323.

3 LABBÉE, p. 337.

4 Voir pp. 88-92 ci-dessous.

I. La notion de chose hors commerce

La doctrine suisse n'est pas unanime quant à la définition, la délimitation et la classification de ces choses appelées hors commerce. Il est vrai que la notion est délicate, et difficile à cerner. Avant de distinguer les choses parfaitement inaliénables et celles aliénables de manière restreinte, il est essentiel de définir plus précisément la notion de *res extra commercium*.

A. La chose hors commerce en droit romain

En droit romain, les *res extra commercium* ou *res quarum commercium non est* étaient des choses soustraites de manière absolue au droit privé. Cette catégorie recouvrait en premier lieu les choses de droit divin, les *res divini juris*. On y trouvait ensuite les *res publicae*; celles-ci comprennent d'abord les choses destinées à l'usage commun, basiliques, temples, bains publics, qui n'appartiennent pas aux citoyens individuellement, mais à l'Etat ou à une collectivité publique; elles englobent également les choses affectées au service public, ainsi que le patrimoine financier, dont les éléments se caractérisent par le profit purement financier qu'ils procurent à l'Etat. La troisième catégorie de *res extra commercium* est celle des *res communes omnium*, choses qui, de par leur nature, se trouvent ouvertes à la libre jouissance de tous parce qu'elles ne peuvent appartenir en propre à personne⁵.

La notion, et les distinctions qu'elle comprend, ont évolué. En droit romain, déjà, les classifications à l'origine bien distinctes ont été remises en question. Les juristes ont réalisé que le problème n'était pas aussi simple qu'il paraissait.

B. La chose hors commerce en droit positif suisse

I. La définition de la chose hors commerce

En droit positif suisse, la notion est à la fois plus précise et plus complexe. Les choses hors commerce ou «verbotene Sachen» sont des choses dont l'aliénabilité est supprimée ou restreinte par le droit public pour des motifs d'intérêt commun. Il s'agit donc de choses, «en soi privées⁶», qui font l'objet d'une réglementation de droit public.

⁵ KASER, pp. 377-81.

⁶ STEINAUER, No 76.

La distinction entre les différentes catégories de choses est plus délicate qu'en droit romain, du moins qu'en droit romain primitif. Par ailleurs, elle varie selon les auteurs consultés.

Selon REY et STEINAUER, suivis en cela par les auteurs du *Zürcher Kommentar*, les choses soustraites au droit privé comprennent, d'une part, les choses publiques et, d'autre part, les choses hors commerce⁷. La première de ces catégories englobe les choses du patrimoine administratif, les choses dans l'usage commun, visées par l'article 664 CC, ainsi que les choses sacrées⁸.

Les auteurs du *Berner Kommentar* distinguent quant à eux trois catégories: les choses publiques, les choses sacrées et les choses hors commerce.

Ces distinctions sont secondaires et ne portent pas à conséquence. Les auteurs s'entendent en effet sur la notion qui nous intéresse, à savoir la notion de chose hors commerce: les *res extra commercium* sont des choses dont l'aliénabilité est interdite ou restreinte par le droit public, pour des motifs d'intérêt général⁹.

La qualité hors commerce ne peut découler que de dispositions édictées, pour des motifs d'intérêt public, en raison des qualités particulières de la chose¹⁰. En d'autres termes, la capacité au commerce d'une chose n'est pas restreinte par des dispositions qui sont édictées dans le but de protéger certaines personnes¹¹. Elle n'est pas non plus touchée par des dispositions qui sont édictées à l'encontre de catégories de personnes déterminées¹².

Les interdictions ou restrictions à l'aliénation découlent en général du droit fédéral. Les cantons peuvent cependant également édicter des dispositions dans ce sens, en vertu de l'art. 6, al. 2, CC, ainsi que sur la base de leurs compétences propres dans certains domaines.

Les choses hors commerce sont inaliénables ou aliénables de façon restreinte seulement. Les choses inaliénables «ne sont par définition pas

⁷ STEINAUER, No 69; ZK-HAAB, *Einleitung*, Nos 33-5.

⁸ REY, Nos 183-93.

⁹ BK-MEIER-HAYOZ, pp. 93-4, No 212; ZK-HAAB, *Einleitung*, No 34; REY, No 176; STEINAUER, No 76.

¹⁰ BK-MEIER-HAYOZ, pp. 95-6, No 212; ZK-HAAB, *Einleitung*, No 35.

¹¹ Ex: interdiction de l'aliénation des biens saisis dans la poursuite, art. 96 LP; REY, No 196; ZK-HAAB, *Einleitung*, No 35.

¹² Ex: les étrangers dans le cadre de la Lex Friedrich, interdisant la vente d'immeubles en Suisse à cette catégorie d'acquéreurs; REY, No 196; BK-MEIER-HAYOZ, p. 94, No 215.

propres à faire l'objet de droit de propriété; et les choses aliénables de façon restreinte ne le sont que dans une mesure limitée»¹³.

2. La portée de la notion d'extra-commercialité

Le cœur du problème réside dans la portée exacte de la qualité hors commerce. Autrement dit, une exclusion totale du commerce entraîne-t-elle l'impossibilité de concevoir un droit privé sur la chose ou uniquement l'impossibilité d'aliéner l'objet?

Le Tribunal fédéral a opté pour la première solution, affirmant que «[l]es choses inaliénables ne sont par définition pas propres à faire l'objet de droit de propriété¹⁴». La doctrine, dans la majorité des cas, ne se prononce pas. Pour ENGEL, la qualité hors commerce interdit les actes «non seulement d'aliénation mais de disposition»¹⁵.

En réaction à la jurisprudence fédérale, deux auteurs ont pris le parti inverse¹⁶. SEELMANN, notamment, relève que l'exclusion du commerce n'interdit pas la propriété originaire et que l'individu qui a acquis la propriété par un acte matériel reste propriétaire, même si la chose est inaliénable¹⁷.

Nous sommes encline à suivre cet auteur, pour la raison suivante. Lorsqu'une chose existe, qu'elle est de surcroît en la possession d'un individu, celui-ci a une relation particulière à l'objet en question. Or, cette position doit être protégée. Dans la mesure où la chose existe matériellement, il est difficile d'imaginer à quel titre, autre que celui d'un droit privé, le titulaire est susceptible de revendiquer son rapport à la chose. Le fait que l'aliénabilité en soit parfaitement interdite n'y change rien.

Prenons l'exemple de l'absinthe, qui était exclue du commerce juridique par l'article 32^{ter} aCst. Tous les auteurs s'accordent à dire que cette substance est une chose totalement hors commerce. Or, «la consommation personnelle et la détention pour un autre usage que la vente (...) ne sont pas punissables»¹⁸. Si l'on entre dans l'optique du Tribunal fédéral, à savoir qu'une *res extra commercium* ne peut absolument être l'objet d'un droit privé, à quel titre et comment protéger la personne qui détient un flacon

¹³ ATF 122 IV 179, JT 1997 IV 135, 138.

¹⁴ ATF 122 IV 179, JT 1997 IV 135, 138.

¹⁵ ENGEL, p. 7.

¹⁶ SEELMANN, *recht* 1997/1, p. 35; STOLL, JT 1997 IV 141.

¹⁷ SEELMANN, *recht* 1997/1, p. 37.

¹⁸ ZEN-RUFFINEN, *Commentaire de la Constitution*, No 33 ad 32^{ter} aCst.

d'absinthe pour son usage personnel? Si un tiers s'empare de la bouteille, le propriétaire peut-il la revendiquer?

Au plan pénal, la solution du Tribunal fédéral conduit, en pareil cas, à nier le vol. C'est ainsi que la Haute Cour a refusé d'admettre un vol de stupéfiants, considérant par ailleurs que la morale était sauve puisque le voleur était punissable pour détention illégale de drogue¹⁹.

Cette sortie honorable n'est cependant pas toujours possible, en particulier pour l'absinthe, et le système, tel qu'il est conçu par les juges fédéraux, présente une lacune. Si l'on poursuit le raisonnement jusqu'au bout, ne peuvent être totalement hors du commerce que les objets interdits d'importation en Suisse, les éléments dont même la simple détention, par qui que ce soit et à quel titre que ce soit, est absolument et complètement interdite.

Dans la mesure où une chose est physiquement présente dans l'ordre juridique et qu'elle est en la possession d'une personne privée, il faut à un titre ou un autre permettre à celle-ci de protéger sa position. Le droit que l'on peut envisager possède les caractéristiques du droit de propriété. Il doit être absolu²⁰, afin d'être respecté de chacun. Il est patrimonial²¹, en ce sens que la chose a forcément une valeur pécuniaire. Enfin, c'est un droit sur une chose, élément typique du droit réel²². Il faut donc admettre que l'institution de la chose hors commerce n'a pas pour but d'exclure jusqu'au droit de propriété sur la chose. Elle vise bien plutôt l'interdiction de l'aliénabilité proprement dite, à savoir du transfert de la chose à une tierce personne.

Nous aboutissons donc à la conclusion que le concept de chose hors commerce a pour but d'empêcher l'aliénation de la chose, et non d'exclure tout droit de propriété sur celle-ci.

3. Choses partiellement et totalement hors commerce

Il reste à distinguer la chose totalement hors commerce de celle qui ne l'est que partiellement.

Les auteurs se bornent à relever qu'il existe des choses inaliénables et d'autres à l'aliénabilité restreinte, situant en général l'absinthe et les stupéfiants dans la première catégorie, alors que la seconde comprend les armes ou les explosifs.

¹⁹ ATF 122 IV 179, JT 1997 IV 135, c. 3e.

²⁰ Voir p. 150 ci-dessous.

²¹ Voir pp. 155 sq. ci-dessous.

²² Voir p. 150 ci-dessous.

Il est vrai que la limite entre les deux catégories est difficile à tracer. Ainsi, en matière de stupéfiants, par exemple, les avis sont partagés. Pour la presque totalité des auteurs, les stupéfiants sont absolument inaliénables²³. Dans l'arrêt cité ci-dessus, le Tribunal fédéral a estimé que cette interprétation allait trop loin. La haute cour en veut pour preuve le fait que le commerce et la possession des stupéfiants ne sont pas interdits dans tous les cas. Le TF cite l'art. 9 de la Loi fédérale sur les stupéfiants (LStup) qui autorise certaines personnes à détenir et utiliser les substances prohibées dans l'exercice de leur profession²⁴.

Du développement qui précède, nous déduisons la distinction suivante. Une chose totalement hors commerce ne peut absolument pas être aliénée. Elle ne peut donc faire l'objet d'une acquisition à titre dérivé. Il ne peut y avoir qu'une acquisition originaire. Si l'extra-commercialité n'est que partielle, par contre, le transfert de la propriété est possible, mais uniquement dans certaines situations ou à des conditions déterminées.

La comparaison avec les dispositions légales régissant le statut des catégories de choses qui font l'objet de restrictions à l'aliénabilité vient appuyer cette conclusion. L'absinthe, dite totalement hors commerce, est inaliénable et peut uniquement être détenue pour l'usage personnel. Dans la totalité des autres exemples fréquemment relevés par la doctrine au titre de choses hors commerce²⁵, stupéfiants y compris, la restriction adoptée consiste principalement en l'instauration d'un système d'autorisation. C'est notamment le cas pour les stupéfiants²⁶, les animaux d'espèces protégées²⁷ ou les explosifs²⁸.

II. Le caractère hors commerce des tissus, organes et cellules

Les organes et autres tissus sont parfois considérés "naturellement" hors commerce. Les auteurs n'attendent pas des textes de lois qu'ils sortent les organes du commerce juridique, mais qu'ils les empêchent d'y entrer²⁹. Ils

²³ REY, No 195; KSP-WIEGAND, No 38 ad *Vorbemerkungen zu 641 sq.* CC.

²⁴ ATF 122 IV 179, JT 1997 IV 135, 139.

²⁵ KSP-WIEGAND, No 38 ad *Vorbemerkungen zu 641 sq.* CC; BK-MEIER-HAYOZ, pp. 93-4, No 212; ZK-HAAB, *Einleitung*, No 34.

²⁶ Art. 4-7 et 14 Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes, du 3 octobre 1951 (RS 812.121).

²⁷ Art. 9 et 10 Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, du 20 juin 1986 (RS 922.0).

²⁸ Art. 8a sq. Loi fédérale sur les substances explosibles, du 25 mars 1977 (RS 941.41).

²⁹ CAPITANT, p. 14.

considèrent, «par principe³⁰», que les parties séparées sont exclues de cette forme d'échange.

Or, les auteurs du *Berner Kommentar*, comme LABBÉE d'ailleurs³¹, le précisent bien: toutes les choses sont propres à être objet de droits réels; il n'existe pas d'incapacité naturelle de certaines choses à entrer dans le commerce juridique. Lorsqu'il est établi qu'un objet est une chose, il est de fait intégré au commerce juridique. Seul un comportement actif du législateur peut l'en retirer. Le statut particulier de *res extra commercium* ne peut ainsi découler, en droit suisse, que de dispositions du droit positif³².

En plus de la confusion qui règne quant à la délimitation exacte des choses à regrouper sous l'étiquette "hors commerce", les termes utilisés manquent singulièrement de précision. Diverses expressions sont employées, sans que l'on sache véritablement le sens qu'il faut leur prêter. Ainsi, il est impossible de savoir si les locutions «produit non marchand³³», «choses extrapatrimoniales³⁴», chose inaliénable ou indisponible, recourent ou non la notion de chose hors commerce dans l'esprit de leurs auteurs. GALLOUX relève à juste titre qu'une «conceptualisation insuffisante de la notion d'extracommercialité et sa vulgarisation par des organes dépourvus de culture en droit ont induit de graves confusions avec celles d'indisponibilité, de gratuité et de non profit, au détriment de la sécurité juridique³⁵». Cette critique a été formulée pour la France, pays pour lequel elle est largement justifiée. Pourtant, les autorités françaises n'ont pas le monopole de l'imprécision et de la confusion. Nous reviendrons sur ces distinctions par la suite³⁶.

A. La doctrine suisse

La doctrine suisse ne fait pratiquement pas appel au concept d'extracommercialité. Une thèse datant de 1946 expose qu'il faut exclure le cadavre du commerce juridique, parce que la solution contraire ne se concilierait pas «mit der allgemeinen Volksauffassung³⁷».

³⁰ LABBÉE, p. 338.

³¹ LABBÉE, p. 336.

³² KSP-WIEGAND, No 38 ad *Vorbemerkungen* zu 641 sq. CC.

³³ CONSEIL D'ETAT, p. 34.

³⁴ FABRE-MAGNAN, p. 611.

³⁵ GALLOUX, *RD sanit. soc.* 1998 (34), p. 2.

³⁶ Voir pp. 157 sq. ci-dessous.

³⁷ VON TOBEL WALTER, *Das Recht am toten Körper unter besonderer Berücksichtigung der Leichensektion*, Thèse Zurich, 1946, p. 15.

B. La doctrine et la jurisprudence étrangères

Pour les raisons exposées ci-dessus³⁸, nous nous bouterons à étudier les options française et allemande.

I. La doctrine et la jurisprudence françaises

En France, le concept d'extra-commercialité a fait couler beaucoup d'encre. La qualité hors commerce des parties séparées du corps humain semble s'imposer comme une évidence³⁹. Les lois de juillet 1994 sont d'ailleurs un pas dans cette direction. Elles ont été élaborées dans cet esprit, comme en témoignent les différents rapports qui ont précédé leur adoption⁴⁰. Mais la doctrine et la jurisprudence voient dans l'extra-commercialité du corps un principe d'ordre public⁴¹, une « exigence éthique⁴² », présents dans l'ordre juridique français bien avant l'entrée en vigueur des lois de 1994.

ARNOUX, à contre-courant de la doctrine majoritaire, soutient que des parties détachées du corps humain « tombent dans l'échange et deviennent des choses dans le commerce juridique⁴³ ». Elle rejoint en cela HERMITTE, pour qui force est de constater que « nous sommes arrivés à une société qui organise de manière rationnelle le commerce du corps humain⁴⁴ ». HERMITTE établit cependant une distinction au sein des éléments corporels. Elle constate leur présence dans le commerce-juridique, mais considère que certains d'entre eux sont « hors du marché ». A l'instar du sang, par exemple, le matériel génétique n'est pas soumis aux lois du marché : l'acte de mise dans le commerce est un don, et les tarifs de cession ne suivent pas les règles de la concurrence, mais sont fixés par une décision de la puissance publique. Les organes, par contre, sont, depuis la loi Caillavet⁴⁵, dans le commerce et dans le marché, non rémunéré, il est vrai. Les déchets hospitaliers et les « produits de type moléculaire » constituent une catégorie d'éléments qui, à l'instar des organes, se trouvent dans le commerce et dans le marché⁴⁶.

³⁸ Voir p. 21 ci-dessus.

³⁹ CONSEIL D'ETAT, pp. 34, 37; DIERKENS, p. 59; DIJON, p. 675; NERSON, *RTDC* 1970, p. 676; SAVATIER, *D.* 1954, *Chr.* XXV, p. 142.

⁴⁰ ARNOUX, pp. 252-3.

⁴¹ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 328.

⁴² DAVID, *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, p. 66.

⁴³ ARNOUX, p. 142.

⁴⁴ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 323.

⁴⁵ Loi Caillavet, du 22 décembre 1976.

⁴⁶ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), pp. 333-40.

LABBÉE, seul, se livre à une analyse détaillée de la notion de chose hors commerce. Il parvient à la conclusion qu'il s'agit d'une chose qui ne peut faire l'objet de conventions. Elle est donc retirée du commerce juridique par le législateur⁴⁷. Le raisonnement que l'auteur élabore par la suite ne tient pas compte de cette définition, parfaitement exacte par ailleurs. Il érige en critère de distinction l'affectation à la conservation de la personne. Ainsi, l'existence ou non d'un «rapport de destination» serait le premier élément à prendre en considération, avant d'envisager la présence d'une disposition légale topique. «Toute la difficulté, conclut LABBÉE, est de déterminer ce qui est affecté à la conservation de la personne et ce qui ne l'est pas. Il n'existe pas de liste d'organes, dans ou hors commerce... et d'ailleurs une telle liste serait arbitraire»⁴⁸. L'auteur passe à l'examen de certaines parties séparées. Il aboutit à la conclusion que le sang est dans le commerce, depuis qu'une loi a réglementé son trafic.

2. *La doctrine allemande*

La doctrine allemande, qui connaît le concept de «Privatrechtsverkehr-entzogene Sachen»⁴⁹ ne semble pas y avoir recours.

C. *L'extra-commercialité des tissus, organes et cellules en droit suisse*

Nous connaissons maintenant le mécanisme de l'exclusion du commerce. Reste à étudier si le législateur suisse a fait appel à ce principe en matière d'éléments corporels. Avant de statuer sur le caractère absolu ou restreint d'une éventuelle inaliénabilité, il faut conclure à l'existence d'une norme la prévoyant.

Il existe différentes normes, toutes récentes, permettant à la Confédération de légiférer en matière de commerce de tissus ou d'organes, ou légiférant directement dans le domaine.

1. *L'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants*

Le premier texte topique adopté par la Suisse est l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants, du 22 mars 1996

⁴⁷ LABBÉE, p. 336.

⁴⁸ LABBÉE, p. 339.

⁴⁹ BGB-HEINRICH, No 7 ad *Überblick vor §90 BGB*.

(ci-après, l'Arrêté)⁵⁰. Cette réglementation est de nature provisoire. Elle a effet, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 2005. Les dispositions relatives au sang et aux produits sanguins seront abrogées lors de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, ou Loi sur les produits thérapeutiques (LPT)⁵¹. Dans la mesure où la loi fédérale reprend presque telles quelles les dispositions de l'Arrêté, notre exposé restera centré sur le droit en vigueur, accompagné cependant des références à la future LPT. Précisons d'emblée que si certaines divergences apparaissent, elles sont notamment dues au fait que l'Arrêté fédéral était entièrement articulé autour du sang et des produits sanguins, alors que la loi fédérale vise à réglementer les médicaments, auxquels il assimile le sang et les produits sanguins (art. 4, al. 1, *litt.* a, LPT). La démarche des deux textes législatifs est donc différente.

L'exposé qui suit a pour but de déterminer si, et le cas échéant dans quelle mesure, les dispositions de l'Arrêté fédéral excluent du commerce juridique certains éléments du corps humain.

A. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARRETE

Le texte de l'Arrêté a un champ d'application relativement large: il englobe non seulement le sang et les produits sanguins labiles, mais encore les transplants, à savoir «les organes, les cellules ou les tissus d'origine humaine ou animale destinés à être greffés sur l'homme⁵²». Par ailleurs, l'Arrêté ne s'applique qu'aux éléments destinés à être utilisés pour l'être humain (art. 2, al. 2, *litt.* b).

L'Arrêté prévoit des régimes distincts pour le sang et les produits sanguins, d'une part, et les transplants, de l'autre. Il nous faut donc examiner ces cas séparément.

B. LE STATUT DU SANG ET DES PRODUITS SANGUINS

L'Arrêté vise en premier lieu le sang et les produits sanguins. Quelques précisions sont nécessaires. Par le terme de «sang», l'Arrêté n'entend que le sang humain (art. 3, *litt.* a). En ce qui concerne les produits sanguins, il s'agit de procéder à une nouvelle distinction. On différencie les produits sanguins labiles des produits sanguins stables. Les premiers sont, selon les termes de l'Arrêté, «les produits obtenus, soit directement à partir du sang d'un donneur, soit après un petit nombre d'étapes de fabrication, et qui se modifient rapidement en dehors de toute action extérieure⁵³». Cette

⁵⁰ RS 818.111.

⁵¹ FF 1999 IV 3151, 3268.

⁵² Art. 3, *litt.* e, de l'Arrêté fédéral.

⁵³ Art. 3, *litt.* c, de l'Arrêté fédéral.

catégorie comprend notamment le plasma. Par opposition, les produits sanguins stables sont des «produits obtenus de manière industrielle en plusieurs étapes de fabrication et de longue conservation⁵⁴», tels que les préparations de coagulation ou l'albumine.

L'Arrêté prévoit un régime d'autorisation pour celui qui prélève du sang, fabrique des produits sanguins, «met sur le marché», «importe ou exporte» ou «fait le commerce» du sang et des produits sanguins (art. 5, al. 1)⁵⁵.

Il convient maintenant de cerner plus précisément les termes de l'Arrêté.

La «mise sur le marché» est définie à l'article 3 de l'Arrêté: il s'agit du transfert ou de la mise à disposition d'un produit, gratuitement ou à titre onéreux, à l'exclusion de l'administration à des patients⁵⁶. L'expression «faire le commerce» n'est par contre pas définie.

Il se dégage de la réglementation mise en place une idée très forte de commercialisation. L'expression, en particulier, «transfert à titre onéreux» fait référence, si ce n'est à une vente à proprement parler, du moins à une aliénation, de quelque sorte qu'elle soit. Nous l'avons vu, ce type d'échange n'est par définition pas compatible avec la qualification de *res extra commercium*. Ainsi, ni le sang, ni les produits qui en sont dérivés ne sont totalement hors commerce⁵⁷.

C. LE STATUT DES TRANSPLANTS

Il en va un peu différemment du sort réservé aux transplants par l'Arrêté. L'article 17 de l'Arrêté interdit de mettre sur le marché des transplants contre rémunération ou de greffer des transplants obtenus contre rémunération. La violation de cette interdiction est sanctionnée par des peines relativement sévères, allant jusqu'à l'emprisonnement (art. 32). Afin d'interpréter cette disposition, il faut remonter à l'origine de l'Arrêté.

⁵⁴ Art. 3, *litt. d*, de l'Arrêté fédéral.

⁵⁵ Art. 34, al. 1, LPT.

⁵⁶ Le projet de LPT a également recours au concept de mise sur le marché, qu'il définit comme la «distribution et la remise de produits thérapeutiques» (art. 4, al. 1, *litt. d*, LPT); la distribution est «le transfert ou la mise à disposition, rémunéré ou non, d'un produit thérapeutique, à l'exclusion de la remise» et la remise est «le transfert ou la mise à disposition, rémunéré ou non, d'un produit thérapeutique prêt à l'emploi, destiné à être utilisé par l'acquéreur sur lui-même, sur autrui ou sur un animal» (art. 4, al. 1, *litt. e et f*, LPT).

⁵⁷ Le projet de LPT emploie le terme de transfert «rémunéré ou non». La conclusion est donc directement transposable et l'adoption de la LPT ne mettrait ni le sang, ni les produits sanguins hors commerce.

I. La genèse de l'Arrêté

L'idée d'une réglementation dans le domaine de la médecine de la transplantation est due au groupe de travail «Sang et sida», mis sur pied à la suite des infections par le VIH contractées lors de transfusions sanguines. Le groupe de travail est parvenu à la conclusion que l'organisation de la transfusion en Suisse était trop complexe et lacunaire, et qu'il fallait confier la compétence en la matière à une seule autorité. Le rapport est bien entendu lié au premier chef au drame du sida, mais ses auteurs relèvent que ce virus ne constituera vraisemblablement pas un cas unique et que d'autres maladies infectieuses transmissibles par le sang surgiront tôt ou tard⁵⁸. L'Arrêté proposé par le Conseil fédéral réorganise ainsi le domaine de la transfusion sanguine, avec pour seul but la protection contre les infections. Il s'agit en réalité d'une «solution ponctuelle transitoire⁵⁹», destinée à combler le vide législatif en la matière, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi fédérale sur les agents thérapeutiques (art. 37).

II. Le projet du Conseil fédéral

L'option du Conseil fédéral est très claire: il ne s'agit pas de réglementer la transplantation d'organes, mais uniquement de parer rapidement aux risques de contamination qu'engendre la désorganisation de ce pan de la santé publique.

Le ton est donné d'emblée, dans le texte introductif du Message: «Réglementer la médecine de la transplantation en interdisant le commerce à des fins lucratives est une tâche complexe. Il n'est pas possible de mettre en place une telle réglementation dans le cadre d'une solution transitoire⁶⁰. Cette remarque est faite en réponse à deux motions parlementaires, les motions ONKEN et HUBER⁶¹. Les deux députés exigeaient une interdiction du commerce à des fins lucratives. La position du Conseil fédéral est claire: ce but ne sera pas atteint, ni même poursuivi d'ailleurs, par le projet soumis à l'Assemblée fédérale.

Pour atteindre l'objectif qu'il s'était fixé, le Conseil fédéral a imaginé d'instaurer une obligation d'informer pour quiconque prélève des transplants, les stocke, les importe, les remet à des tiers ou les greffe⁶². Il a, en outre, institué une procédure d'autorisation pour l'exportation. L'idée

⁵⁸ FF 1995 IV 945, 952.

⁵⁹ FF 1995 IV 945, 946.

⁶⁰ FF 1995 IV 945, 946.

⁶¹ Voir pp. 101-2 ci-dessous.

⁶² Art. 17 du projet, FF 1995 IV 945, 981.

était de soumettre à des procédures analogues le traitement du sang et des produits sanguins et celui des transplants⁶³.

III. Les débats parlementaires relatifs à l'article 17 de l'Arrêté
Jugée insuffisante, cette solution n'a pas rencontré l'approbation des Chambres. Le Conseil des Etats a dans un premier temps étendu la procédure d'autorisation à l'importation de transplants, estimant que la simple obligation d'annonce était un instrument trop faible⁶⁴. Le rapporteur de la commission, M. ONKEN, a relevé à cette occasion qu'il ne s'agissait ici plus uniquement de la protection contre les infections, mais que d'autres considérations entraient en ligne de compte, notamment des critères éthiques. Il a admis avoir été sollicité à plusieurs reprises pour régler le domaine des transplantations de manière plus restrictive. Il s'est cependant refusé à présenter de nouvelles idées telles quelles, sans travaux préparatoires dans le cadre de la commission. Il a donc laissé la question ouverte, souhaitant que le Conseil national se penche sur le problème et parvienne à une solution plus convaincante que celle contenue dans le projet d'Arrêté⁶⁵.

Le vœu du rapporteur a été entendu. C'est finalement la commission du Conseil national qui a présenté un nouvel article, prévoyant expressément la gratuité des transactions impliquant des transplants⁶⁶, «ceci afin d'éviter que les organes humains fassent l'objet d'un commerce lucratif»⁶⁷. Cette solution a d'ailleurs rencontré l'assentiment du Conseil fédéral⁶⁸.

IV. L'interprétation de l'Arrêté

Ce long exposé a pour but d'éclairer la motivation qui est à l'origine de la réglementation adoptée. L'optique initiale n'était absolument pas de réglementer le commerce de transplants. La solution finale introduit certes un article à ce sujet, mais il ne représente qu'un garde-fou contre les excès possibles. Rien dans le texte de l'Arrêté ne permet de conclure à une exclusion du commerce. Au contraire, à l'instar de ce qui est prévu pour le sang, les termes utilisés font clairement référence à une activité "commerciale" bien organisée. Le seul bémol à ce système est, nous l'avons vu, la gratuité introduite par le Parlement. Mais cette exigence ne modifie en rien notre conclusion, puisque le caractère hors commerce ne dépend pas de l'aspect gratuit ou onéreux de l'échange. Cela figure d'ailleurs

63 FF 1995 IV 945, 965.

64 BOCE 1995, p. 553.

65 BOCE 1995, p. 553.

66 BOCN 1995, p. 1973.

67 BOCN 1995, p. 1968.

68 BOCN 1995, p. 1969.

clairement dans le texte des interventions de Mme DREIFUSS au Conseil national, qui relève que l'on interdit ainsi «la mise sur le marché *contre rémunération*⁶⁹».

D. LA NATURE DE L'AUTORISATION

L'Arrêté envisage expressément l'aliénation du sang et des produits sanguins comme celle des transplants, à titre onéreux ou non. Ni l'une ni l'autre catégorie d'éléments corporels ne peuvent ainsi être qualifiées de choses totalement hors commerce.

Il reste cependant la possibilité de les exclure partiellement de l'échange. Ce schéma découlerait en particulier de la procédure d'autorisation introduite par l'Arrêté.

La nature de cette exigence est délicate à déterminer. En particulier, le texte légal ne prévoit pas les conséquences du défaut d'autorisation. On ne peut donc rien inférer de ce régime⁷⁰.

Quant à l'impact de la condition sur la transférabilité des organes et tissus, il est difficile à apprécier. L'élément corporel reste aliénable, mais l'échange s'alourdit d'une restriction.

S'agit-il d'une restriction liée à la personne? La réponse à cette question est négative, à notre sens. Contrairement à une *Lex Friedrich* qui cible une catégorie d'individus déterminés, à savoir les étrangers, la réglementation des activités liées au sang cherche à englober ce qui a trait à une substance déterminée, tenue pour une source de risques potentiels. La conséquence est à notre avis que ce frein mis à l'échange est lié au caractère de la substance elle-même, et qu'il fait ainsi du sang une chose partiellement hors commerce. Cet avis est également celui des auteurs du Commentaire bernois, qui citent expressément le cas de figure de l'autorisation d'une autorité comme exemple de la restriction au commerce⁷¹.

Nous confirmons par là le résultat auquel nous étions parvenue plus tôt⁷². Les stupéfiants, les armes, les explosifs sont tous considérés comme des choses partiellement hors commerce et ils sont précisément soumis au régime de l'autorisation.

E. CONCLUSION

Au regard de l'extra-commercialité, sang, produits sanguins et transplants partagent le même statut de choses partiellement exclues du commerce juridique.

⁶⁹ BOCN 1995, p. 1969.

⁷⁰ Voir pp. 174 sq. ci-dessous.

⁷¹ BK-MEIER-HAYOZ, p. 93, No 212.

⁷² Voir p. 92 ci-dessus.

Indépendamment de cette qualification commune, pourquoi les Chambres ont-elles choisi d'instituer deux régimes différents pour le sang et les produits sanguins d'une part et les transplants d'autre part? En pratique, le résultat de la réglementation adoptée est que le sang peut faire l'objet de ventes, au sens juridique du terme, alors que les transplants ne peuvent être soumis qu'à des échanges à titre gratuit. Un élément de réponse nous est donné par un Conseiller aux Etats, M. MORNIROLI, selon qui «il carico emozionale è qui nettamente superiore». Cette charge émotionnelle serait due au fait que le prélèvement est effectué sur une personne morte, ou pire encore, seulement cliniquement morte⁷³. Cette intervention mise à part, aucun parlementaire ne s'étonne de la différence de réglementation. On relève que les transplants représentent un cas particulier, «[e]ine Besonderheit⁷⁴», mais sans accompagner cette remarque d'un mot d'explication.

2. L'article 119a Cst.

La disposition constitutionnelle, adoptée en février 1999, a pour but tout à fait général de permettre à la Confédération de «régler de manière exhaustive le domaine de la transplantation en Suisse»⁷⁵. Le premier alinéa de l'article donne le mandat à la Confédération de légiférer. Telle qu'elle ressort du Message, la tâche dévolue est très large. Le législateur fédéral a pour mission de régler les problèmes de consentement du donneur et des proches au prélèvement, d'instituer d'éventuelles interdictions de prélèvement, de régler la transplantation proprement dite, ainsi que le transport, l'importation, la préparation et la conservation des organes⁷⁶.

Les deux autres alinéas précisent le mandat général, en fixant des principes directeurs. Le texte du troisième alinéa pourrait, plus particulièrement, entrer en ligne de compte dans le cadre de l'aliénabilité: «Le don d'organes, de tissus et de cellules humaines est gratuit. Le commerce d'organes humains est interdit.»

Il s'agit de déterminer si cet alinéa entrave ou empêche l'aliénabilité des parties séparées, en altérant leur qualité de *res habilis*.

A. LA GENESE DE L'ARTICLE 119a CST.

Pendant longtemps, à l'exception des travaux relatifs aux méthodes de procréation médicalement assistée, la Confédération n'a fait usage d'aucune de ses compétences pour réglementer le domaine des prélèvements

⁷³ BOCE 1995, p. 548.

⁷⁴ BOCE 1995, p. 547.

⁷⁵ FF 1997 III 613, 614.

⁷⁶ FF 1997 III 613, 636.

d'organes et de tissus. Avec l'élaboration de techniques toujours plus pointues, élargissant l'éventail des possibilités de réutilisation des différents éléments du corps humain, il est devenu pressant de légiférer. Certains parlementaires, interpellés par ce sujet à la mode, ont déposé des motions réclamant l'intervention du législateur fédéral.

M. ONKEN, en premier lieu, a déposé, le 7 décembre 1993, la motion mentionnée ci-dessus⁷⁷, demandant au Conseil fédéral de prendre «des mesures propres à juguler le commerce (clandestin) de transplants». La motion, cosignée par de nombreux parlementaires, constate qu'il «convient d'élaborer des dispositions légales permettant d'interdire le commerce d'organes humains en Suisse»⁷⁸.

Le 28 février 1994, le Conseiller aux Etats HUBER a déposé à son tour une motion ayant pour objectif de charger le Conseil fédéral «d'élaborer les dispositions constitutionnelles et législatives nécessaires pour maîtriser les multiples problèmes juridiques et organisationnels liés à la transplantation d'organes»⁷⁹.

La Conseillère fédérale, chargée de répondre à ces deux interpellations, a à deux reprises affirmé la volonté du gouvernement de légiférer sur ce sujet délicat⁸⁰.

B. LE PROJET D'ARTICLE ELABORE PAR LE CONSEIL FEDERAL

En août 1996, le Département fédéral de l'intérieur a rédigé un avant-projet d'article constitutionnel sur la médecine de la transplantation, l'ancien article 24^{decies} aCst. Dans le rapport explicatif élaboré pour la procédure de consultation, le problème du commerce d'organes n'est pas directement abordé⁸¹. Il est prévu que des critères d'attribution contraignants seront énumérés dans la future législation fédérale. Quelques précisions sont introduites dans le texte même de l'article constitutionnel, à savoir, notamment, la gratuité du don (art. 24^{decies}, al. 2, aCst.). Il n'est fait mention, par ailleurs, d'aucune restriction expresse à l'aliénabilité.

Le texte du Message, clôturant la procédure de consultation, diverge du rapport sur un point non négligeable⁸². Le Conseil fédéral ne se contente plus d'évoquer la gratuité du don, il précise: «Le don d'organes de tissus ou de cellules ne saurait faire l'objet de transactions commerciales. Un

⁷⁷ Voir p. 98 ci-dessus.

⁷⁸ BOCE 1994, p. 868.

⁷⁹ BOCE 1994, p. 869.

⁸⁰ BOCE 1994, pp. 869 et 871.

⁸¹ Rapport explicatif 24^{decies}, pp. 26-7.

⁸² FF 1997 III 613.

contrat portant sur un tel objet serait nul car "contraire aux moeurs" (art. 20, 1^{er} al., CO)⁸³».

C. L'INTERPRETATION DE L'ARTICLE 119a CST.

I. Le concept d'extra-commercialité

Que signifie exactement l'expression «transactions commerciales»?

S'agit-il d'une interdiction effective de tout "commerce" de substances humaines? Le but du Conseil fédéral est-il d'aboutir pratiquement à exclure, totalement ou partiellement, les organes, tissus et cellules d'origine humaine du commerce juridique?

Les circonstances de l'élaboration de l'article constitutionnel viennent appuyer cette thèse. Rappelons que le projet a été conçu afin de répondre aux motions parlementaires déposées, plus particulièrement à celle de M. ONKEN qui visait précisément l'interdiction du commerce d'organes⁸⁴. Il ne paraît donc pas totalement absurde de penser que l'article 119a a, entre autres, pour objectif de prohiber un tel commerce.

Une analyse juridique stricte va cependant nous permettre d'exclure cette hypothèse.

Nous avons établi ci-dessus qu'une chose hors commerce était inaliénable, totalement ou partiellement. Le don, ou la donation, est un contrat, réglé aux articles 239 et suivants du Code des obligations. C'est un «contrat d'aliénation⁸⁵», à savoir un contrat par lequel une partie s'oblige à transférer à l'autre une chose ou un droit⁸⁶. Si les éléments du corps humain étaient considérés comme parfaitement inaliénables, ils ne pourraient faire l'objet d'un don, puisque celui-ci suppose un transfert. Ainsi, les organes et tissus ne sont pas exclus du commerce par la disposition constitutionnelle. Le commerce reste donc possible. Il est même encouragé, au sens où l'on cherche à augmenter les dons d'organes⁸⁷.

Il reste la possibilité de l'exclusion partielle du commerce, mais cette option ne découle pas non plus de la disposition constitutionnelle.

II. Le concept de gratuité

Le seul sens que l'on peut accorder à ce paragraphe du Message semble dès lors être que la "transaction" doit conserver son caractère gratuit.

⁸³ FF 1997 III 613, 640.

⁸⁴ BOCE 1994, p. 868.

⁸⁵ TERCIER, *Partie spéciale*, No 856.

⁸⁶ ENGEL, p. 110.

⁸⁷ Rapport explicatif, 24^{decies}, p. 27.

A l'appui de cette thèse s'inscrit le fait que le paragraphe dans lequel le Conseil fédéral exprime la restriction susmentionnée est le premier d'un chiffre 242.1, consacré à la gratuité du don. Un raisonnement systématique nous amène ainsi à une conclusion identique à la précédente: le Conseil fédéral a pour seule exigence la gratuité de l'échange.

Or, prévoir que le transfert est gratuit ne signifie encore pas qu'il est interdit. Comme le dit LABBÉE, «que le contrat ne puisse être que gratuit ou puisse être également onéreux ne modifie en rien le caractère de "chose dans le commerce"⁸⁸».

En outre, il ressort clairement des débats parlementaires que la deuxième partie de l'alinéa a le caractère d'une «précision⁸⁹». Il a semblé important aux parlementaires de renforcer l'exigence de gratuité par l'interdiction du commerce⁹⁰, les deux notions étant directement liées l'une à l'autre.

Or, la gratuité, érigée en principe incontournable dans la projet constitutionnel, n'est pas un obstacle à l'intégration au commerce des éléments corporels.

D. LES RAPPORTS ENTRE L'ARTICLE 119a CST ET L'ARRETE SUR LE CONTROLE DU SANG

Les deux réglementations sont compatibles en ce qui concerne la qualité hors commerce des produits visés. Dans un cas comme dans l'autre, les éléments corporels ne sont pas soustraits totalement au commerce juridique.

E. CONCLUSION

D'autres éléments que ceux mentionnés ci-dessus jouent par ailleurs en défaveur de la classification hors commerce des parties séparées.

En premier lieu, le Conseil fédéral fait appel au critère de l'immoralité pour exclure toute transaction à titre onéreux. Un contrat est immoral «lorsqu'une de ses clauses, sans violer formellement une disposition légale impérative, paraît contraire à un principe moral généralement reconnu»⁹¹. Si la nullité du contrat devait découler du caractère hors commerce de l'objet de l'obligation, le Conseil fédéral aurait invoqué l'illicéité et non l'immoralité. En effet, est illicite un contrat qui viole par son contenu une disposition du droit suisse⁹². Si les parties séparées du corps humain étaient déclarées hors commerce par le droit positif, elles ne pourraient faire

⁸⁸ LABBÉE, pp. 342-3.

⁸⁹ BOCN 1997, p. 2418, Mme DREIFUSS.

⁹⁰ BOCN 1997, p. 2415, M. HOCHREUTENER.

⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 456.

⁹² GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 448.

l'objet d'un contrat d'aliénation sans que la disposition qui les exclut du commerce ne soit violée. Le contrat ainsi formé serait simplement illicite, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à la notion d'immoralité, concept plus délicat d'application.

Ensuite, si ce n'est pas le caractère onéreux du contrat qui est contraire aux mœurs, cela signifie que le qualificatif d'immoral vise la transaction elle-même. Or, l'ordre juridique ne peut à la fois organiser le don de tissus ou d'organes humains, et considérer parallèlement que cet acte est contraire à l'ordre moral.

En conclusion, la portée du Message ne peut être d'exclure complètement les organes, tissus et cellules du commerce juridique. Il paraîtrait peu justifiable d'interdire les dons d'organes et autres substances corporelles susceptibles d'être transplantées. Tant que le Conseil fédéral autorise le don, il maintient les parties séparées dans le commerce juridique. Cette conclusion est corroborée par la conception française. En France, en effet, la disposition topique est l'article 1128 CCfr, qui dispose: «Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions.» Cette disposition a, de l'avis de la doctrine, pour effet d'interdire «non seulement le rapport marchand rémunéré, mais tout échange, même gratuit, toute circulation⁹³».

3. *L'avant-projet de Loi fédérale sur la transplantation*

Le dernier texte topique élaboré par la Confédération est un avant-projet de Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules. Ces dispositions constituent la législation d'exécution de l'article 119a Cst. La procédure de consultation est terminée⁹⁴, et le projet de loi fédérale est en cours d'élaboration. L'entrée en vigueur de cette loi est prévue pour 2004. La loi fédérale est conçue pour s'appliquer à «toute utilisation d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine [...] destinés à être greffés sur l'être humain.» (art. 2, al. 1, AP LTransp). Elle ne s'applique cependant ni au sang et aux produits sanguins, ni aux gamètes (art. 2, al. 2 et 3, AP LTransp).

⁹³ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 325.

⁹⁴ Voir Rapport sur les résultats de la procédure de consultation concernant l'avant-projet de loi sur la transplantation, Département fédéral de l'intérieur, Berne, 2000.

A. L'ARTICLE 6 DE L'AVANT-PROJET

La question qui nous intéresse fait l'objet d'un chapitre distinct, intitulé «Gratuité et interdiction de faire le commerce» et constitué de trois articles.

La première disposition a pour fonction de rappeler les principes applicables (art. 6 AP LTransp⁹⁵). Le rapport explicatif affirme notamment que l'interdiction de faire le commerce découle de l'interdiction d'utiliser le corps humain ou ses parties pour obtenir un avantage, de quelque nature qu'il soit. Il justifie ensuite le principe posé par la notion de dignité humaine, ajoutant que le corps humain est une «*res extra commercium*» et qu'un «arrangement de nature juridique à ce sujet porterait atteinte aux bonnes moeurs»⁹⁶.

Malgré l'utilisation expresse du terme de «*res extra commercium*», on ne peut rien conclure de l'article 6 AP LTransp. On sait que pour être hors commerce, un objet doit avant tout être une chose. Or, précisément, le corps humain n'en est pas une. Cette remarque n'a donc aucun sens. Quant aux parties séparées, elles pourraient, en théorie, mériter le qualificatif de chose hors commerce. Pourtant, en droit positif suisse, nous savons qu'une base légale doit proclamer la mise hors commerce de la chose en question. Ce statut ne peut résulter de la nature de la chose, ni même des «bonnes moeurs», comme le suggère l'auteur du rapport⁹⁷. En outre, l'extra-commercialité est synonyme d'inaliénabilité et non de gratuité, contrairement à l'amalgame contenu dans les explications relatives à l'article 6 de l'avant-projet.

B. L'ARTICLE 8 DE L'AVANT-PROJET

L'article 8 AP LTransp reprend la formulation adoptée par la disposition constitutionnelle et interdit «de faire le commerce d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine».

Comme nous venons de le voir, le rapport explicatif rattache cette idée au principe selon lequel les parties du corps humain ne peuvent être utilisées pour obtenir un avantage pécuniaire ou d'autres avantages⁹⁸. Cette formulation semble limiter la portée de l'interdiction du commerce à l'exigence de la gratuité des échanges portant sur les parties séparées.

Cependant, les développements relatifs à l'article 8 AP LTransp donnent au concept d'extra-commercialité un sens plus large qu'une simple exigence

⁹⁵ «Le corps humain ou ses parties ne peuvent être utilisés en tant que tels en vue d'obtenir un avantage pécuniaire ou un autre avantage.»

⁹⁶ Rapport explicatif LTransp, p. 84.

⁹⁷ Rapport explicatif LTransp, p. 84.

⁹⁸ Rapport explicatif LTransp, p. 84.

de gratuité⁹⁹. Le rapport renvoie expressément à la solution adoptée pour les transplants dans l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang. Pourtant le texte de la loi fédérale est moins clair. Alors que l'Arrêté fédéral interdit de mettre sur le marché des transplants humains contre rémunération, l'avant-projet interdit de faire le commerce de transplants. Sont visés par cette disposition «tous les actes que l'usage courant de la langue permet de comprendre comme tels», à savoir se procurer des organes, les réceptionner, les transporter, les remettre à un tiers, etc... L'auteur du rapport ajoute pour conclure que le fait de «poursuivre des avantages matériels entre dans la notion de faire du commerce»¹⁰⁰. L'article 8 et son commentaire posent ainsi plus de questions qu'ils n'en résolvent.

Ces difficultés d'interprétation concernent avant tout la notion de gratuité. En matière d'extra-commercialité, l'avant-projet de loi fédérale ne tend pas à exclure totalement les parties séparées du commerce juridique. Si exclusion il y a, elle ne peut être que partielle, puisque la réglementation fédérale autorise, encourage même, le don d'organes, de tissus et de cellules.

C. LA PROCEDURE D'AUTORISATION

L'extra-commercialité partielle résulte effectivement des dispositions de l'avant-projet. L'un des grands principes de la réglementation est de soumettre à autorisation les centres de transplantation¹⁰¹. Ainsi, les transferts d'organes ou de tissus seront restreints, dans le sens où les parties à l'échange devront être titulaires d'une autorisation administrative. Différentes activités sont soumises par l'avant-projet à l'obtention d'une licence. Quiconque stocke des tissus ou des cellules, importe ou exporte des organes, des tissus ou des cellules, ou fait le commerce d'organes de tissus ou de cellules à l'étranger, à partir de la Suisse, doit posséder une autorisation délivrée par le service fédéral compétent (art. 36, al. 1, AP LTransp). En outre, les personnes qui exploitent un centre de transplantation pratiquant la greffe d'organes doivent être expressément habilitées à le faire par le Conseil fédéral (art. 39, al. 1, AP LTransp).

D. CONCLUSION

L'avant-projet restreint bel et bien l'aliénabilité des tissus, organes et cellules. Pourtant, cette limitation ne découle pas des dispositions expressément rédigées à cet effet, mais de la procédure d'autorisation que la réglementation introduit. Les articles 6 à 8 ne contiennent qu'une

⁹⁹ Rapport explicatif LTransp, p. 85.

¹⁰⁰ Rapport explicatif LTransp, p. 85.

¹⁰¹ Rapport explicatif LTransp, p. 65.

exigence de gratuité, alors que les dispositions relatives aux autorisations constituent une véritable restriction à l'échange.

III. Le caractère hors commerce des gamètes

A. La doctrine suisse

Les auteurs suisses ont peu recours au concept d'extra-commercialité dans le cadre de la discussion sur le statut des parties séparées du corps humain. Seul SCHWEIZER affirme expressément que le patrimoine germinal humain n'est pas un bien commercial, mais une «res extra commercium». Pour l'auteur, la notion de commerce englobe toutes les opérations «d'achat, de vente et d'échange». Il ajoute cependant que c'est le «don rétribué» qui est inadmissible, ainsi que «la commercialisation des banques de spermes»¹⁰².

L'auteur précise que personne n'est autorisé à «tirer une activité économique» de ces éléments corporels et que «personne, que ce soient des donneurs ou des tiers, ne peut acquérir des droits dessus»¹⁰³.

SCHAUMANN, quant à elle, conclut à l'application au sperme des droits réels et du droit des obligations, sans cependant évoquer la notion d'extra-commercialité¹⁰⁴.

B. La jurisprudence et la doctrine étrangères

En France, l'extra-commercialité est fréquemment invoquée pour justifier les cautions mises à l'application aux gamètes des règles classiques de l'échange de biens.

Dans l'affaire Parpalaix¹⁰⁵, les juges invoquent précisément l'article 1128 CCfr, concernant les choses hors commerce, pour exclure le régime juridique du contrat de dépôt à la remise du sperme à l'institution chargée de le conserver¹⁰⁶.

Pour certains auteurs, les gamètes seraient hors commerce «dans la vision civiliste traditionnelle»¹⁰⁷.

LABBÉE raisonne en deux temps. Il affirme en premier lieu que, «même si le droit n'avait jamais pris parti sur le caractère de "chose hors du commerce" de la semence humaine», on pouvait déduire d'un certain

¹⁰² SCHWEIZER, No 86 ad 24^{novies} aCst.

¹⁰³ SCHWEIZER, No 35 ad 24^{novies} aCst.

¹⁰⁴ SCHAUMANN, p. 66.

¹⁰⁵ Voir pp. 31-2 ci-dessus.

¹⁰⁶ Gaz. Pal. 1984 I 561.

¹⁰⁷ BAUDOIN/LABRUSSE-RIOU, p. 190.

nombre de prohibitions, liées notamment à l'insémination artificielle, que cette substance est «comme le corps humain, un élément porteur de la personnalité, partant hors du commerce»¹⁰⁸. L'auteur expose ensuite que le droit et les mentalités ont évolué, et après quelques développements, notamment économiques, parvient à la conclusion que le sperme, de même que l'ovocyte, sont dans le commerce juridique¹⁰⁹.

Si les tribunaux allemands se sont effectivement intéressés aux gamètes, ils n'en ont pas pour autant eu recours au concept d'extra-commercialité.

C. L'extra-commercialité des gamètes en droit suisse

1. L'article 119 Cst.

Chronologiquement, le premier texte législatif élaborant un semblant de statut pour les gamètes est l'article 119 Cst. (art. 24^{novies} aCst.), adopté par le peuple le 17 mai 1992¹¹⁰. La disposition constitutionnelle règle notamment l'utilisation du «patrimoine germinal» humain (119, al. 2, Cst.). L'expression englobe les gamètes (ovules et spermatozoïdes), les glandes génitales (testicules et ovaires), les ovules fécondés, les embryons et les foetus¹¹¹.

Cette disposition a été conçue en contre-projet à une initiative lancée par le *Schweizerischer Beobachter*, qui avait pour but d'inciter le législateur fédéral à «prendre des mesures législatives pour prévenir les risques que comporte le développement de certaines techniques¹¹²». Les initiants visaient en particulier à prévenir l'eugénisme. Pour diverses raisons, notamment la présence de lacunes importantes, le Conseil fédéral a recommandé au Parlement de rejeter l'initiative. Partageant cependant «pour l'essentiel les préoccupations des auteurs de l'initiative¹¹³», l'Exécutif a proposé à l'Assemblée fédérale un contre-projet qui reprenait la plupart des postulats de l'initiative, mais qui remédiait aux nombreux défauts de cette dernière.

A l'origine, le projet du Conseil fédéral contenait le mandat d'édicter des prescriptions «concernant l'utilisation du patrimoine génétique et germinal à des fins scientifiques, médicales et économiques» (al. 2). A ce titre, la

¹⁰⁸ LABBÉE, p. 343.

¹⁰⁹ LABBÉE, pp. 343-50.

¹¹⁰ FF 1992 V 443.

¹¹¹ SCHWEIZER, No 40 ad 24^{novies} aCst.

¹¹² FF 1989 III 945, 950.

¹¹³ FF 1989 III 945, 946.

Confédération devait régler notamment «[l]e don, la culture, la modification, la conservation et l'exploitation du patrimoine génétique et germinal humain» (al. 3, *litt. a*)¹¹⁴.

C'est la commission du Conseil des Etats, première chambre à traiter de la disposition constitutionnelle, qui a revu l'ensemble du projet gouvernemental et y a introduit la version que le peuple suisse a adoptée¹¹⁵. Les débats parlementaires ne contiennent aucune indication supplémentaire quant au sens de la disposition, laquelle n'a, à l'évidence, pas prêté à discussion¹¹⁶.

Le premier alinéa, qui prévoit la protection de l'homme et de son environnement «contre les abus en matière de techniques de procréation et de génie génétique», est l'énoncé du but généralement visé par la disposition¹¹⁷. Le second alinéa, selon lequel «[l]a Confédération édicte des prescriptions concernant l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain», est par contre un mandat législatif expresse. Suit une énumération des principes à respecter dans l'élaboration de la législation correspondante. La lettre e contient ainsi l'indication selon laquelle il «ne peut être fait commerce du patrimoine germinal humain et des produits résultant d'embryons». Nous retrouvons là l'expression consacrée de l'interdiction du commerce.

A défaut d'indication contraire, on peut, ici encore, présumer que la volonté n'est pas de prohiber toute forme d'échange juridique. Le don de sperme étant communément admis et pratiqué, il ne pouvait être dans l'idée du constituant de le prohiber. Or, le don est une forme d'aliénation, donc de commerce juridique. Ainsi, l'interdiction ne peut-elle viser que l'échange à titre onéreux. En conclusion, cette disposition n'est pas une restriction au droit de disposer du gamète. Si le sperme a un statut de chose même partiellement hors commerce en droit suisse, ce régime ne découle en tout cas pas de la disposition constitutionnelle.

2. *La Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*

L'adoption de l'article 119 Cst. a permis l'élaboration d'une loi fédérale, intitulée Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 18 décembre 1998¹¹⁸. Or, le Message accompagnant la loi fournit une indication précise relative à la base constitutionnelle. Le Conseil fédéral

¹¹⁴ FF 1989 III 945, 985.

¹¹⁵ BOCE 1990, p. 479.

¹¹⁶ BOCE 1990, p. 492; BOCN 1991, p. 617.

¹¹⁷ FF 1989 III 945, 974.

¹¹⁸ RS 814.90.

définit explicitement les termes figurant dans le texte fondamental: «L'interdiction du "commerce" signifie que le patrimoine germinal et les produits des embryons et des foetus ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction à titre onéreux¹¹⁹».

Il est ainsi assuré que l'expression employée dans la disposition constitutionnelle n'est d'aucune utilité dans la discussion relative à l'extra-commercialité. Reste à décortiquer la loi d'exécution afin de déterminer le régime réservé aux gamètes. Pour ce faire, il s'impose de raisonner de manière différenciée pour les spermatozoïdes d'une part, et les ovules d'autre part.

A. LE STATUT DES SPERMATOZOÏDES

La LPMA reprend, à son article 21, l'exigence de la gratuité que nous avons déduite de la disposition constitutionnelle. En outre, elle prévoit une procédure d'autorisation pour toute activité en contact avec les spermatozoïdes, à savoir pratique de la PMA, conservation de gamètes et cession de sperme (art. 8-14).

Nous avons vu plus haut¹²⁰ que la procédure d'autorisation représentait une restriction à la liberté d'aliéner. En élaborant pour le gamète un régime spécial dû à sa nature particulière, la loi fait de cette cellule une chose hors commerce. L'exclusion n'est cependant que partielle, dans la mesure où l'aliénation est toujours possible, mais à certaines conditions seulement.

B. LE STATUT DES OVULES

Chez un couple, le désir d'enfanter à un poids identique, que la cause de l'absence d'enfant réside dans la stérilité de l'homme ou de la femme¹²¹. Seul un intérêt public prépondérant justifierait dès lors que le don d'ovules soit traité plus restrictivement que le don de sperme. Or, le constituant a visiblement décelé la présence d'un tel intérêt.

À l'époque de la discussion sur l'ancien article 24^{novies} déjà, la question de l'interdiction du don de sperme et d'ovule était très disputée. La Commission fédérale d'experts pour la génétique humaine et la médecine de la reproduction (COGR) s'était prononcée en faveur du don de gamètes¹²². L'autorisation du don de sperme a été retenue par les parlementaires au stade des débats relatifs à la disposition constitutionnelle. Quant au don d'ovule, il a été décidé de laisser à la loi d'exécution le soin

¹¹⁹ FF 1996 III 197, 274.

¹²⁰ Voir p. 100 ci-dessus.

¹²¹ SCHWEIZER, No 69 ad 24^{novies} aCst.

¹²² FF 1989 III 986, 1050-2.

de trancher¹²³. L'avant-projet de loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) prévoyait, à son article 4, l'interdiction de ce type de don. Cette option a été fortement critiquée en procédure de consultation¹²⁴. Elle a malgré tout été maintenue dans le texte du projet soumis aux Chambres¹²⁵. Le Conseil des Etats, au cours des débats parlementaires, a cependant refusé de suivre le Conseil fédéral sur ce point¹²⁶. Le Conseil National, par contre, a soutenu le projet du gouvernement¹²⁷. Au stade de l'élimination des divergences, le Conseil des Etats s'est alors rallié sans discuter au projet retenu par la Chambre basse¹²⁸. Le résultat en est l'article 4 LPMA, interdisant le don d'ovule. Il s'agit là de la réglementation la plus restrictive que connaît l'ordre juridique suisse en matière de produits du corps.

Il n'y a ainsi chez nous pas de prélèvement d'ovocytes en vue de don. Il n'y a de ce fait pas non plus d'implantation. Les médecins suisses sont contraints d'envoyer leurs patientes à l'étranger. La Suisse constitue en effet sur ce point un cas isolé, le don d'ovule étant pratiqué couramment dans nombre d'Etats.

Juridiquement, la LPMA instaure ici une véritable exclusion du commerce. L'extra-commercialité des ovules est à l'heure actuelle totale en droit suisse. Cela signifie que ces cellules ne peuvent faire l'objet d'aucune aliénation, quelles qu'en soient les conditions ou les circonstances. Par contre, la détention à titre de propriété n'est pas prohibée¹²⁹.

¹²³ FF 1996 III 197, 207.

¹²⁴ FF 1996 III 197, 231.

¹²⁵ FF 1996 III 197, 247-8.

¹²⁶ BOCE 1997, p. 685.

¹²⁷ BOCN 1998, pp. 1326-32.

¹²⁸ BOCE 1998, pp. 937-9.

¹²⁹ La principale implication de cette subtilité juridique est que cela ne préjuge pas d'éventuelles prérogatives réelles dans le cadre d'une FIVETE. Cette technique de procréation médicalement assistée suppose le prélèvement d'un ovule, déposé dans une éprouvette et destiné à être fécondé hors du corps de la femme. Après quelques divisions cellulaires, l'embryon est transféré au sein de l'appareil génital de la future mère. Le processus implique que le gamète se trouve détaché du corps de provenance pour un laps de temps pouvant atteindre quarante-huit heures. Entre la ponction et la réimplantation, un rapport de personne à chose s'établit entre la femme et l'ovule, lequel pourrait être de nature réelle malgré la prohibition contenue dans la LPMA quant à l'aliénation du gamète.

3. L'article 119a Cst.

On pourrait également envisager d'appliquer aux gamètes l'article 119a Cst. La disposition englobe l'ensemble des éléments corporels, de l'organe à la cellule. Or, les gamètes se rangent dans cette dernière catégorie. Cependant, l'article 119 Cst., en ne traitant que des cellules sexuées, joue le rôle de *lex specialis*. Il s'applique ainsi, à notre avis, à l'exclusion de la nouvelle disposition sur la médecine de la transplantation, malgré le statut de loi postérieure de cette dernière.

IV. Le caractère hors commerce du matériel génétique

L'Académie Suisse des Sciences Médicales a édicté des directives, du 3 juin 1993, concernant les examens génétiques sur l'homme. Nous laisserons cependant de côté ces textes sans force normative directe, pour nous concentrer sur la législation en vigueur ainsi que l'avant-projet élaboré par le Conseil fédéral en matière d'analyse génétique humaine.

A. L'article 119 Cst.

Au rang constitutionnel, l'article 119 Cst. protège l'être humain contre les abus en matière de «génie génétique». Cette expression vise «l'ensemble des procédés scientifiques qui permettent une analyse, un isolement, une modification, une synthèse ou une multiplication de l'ADN¹³⁰». Comme nous venons de le voir, le gouvernement avait élaboré un projet d'article 24^{novies} aCst. que les Chambres ont largement modifié avant de l'accepter. Sur les questions qui nous intéressent, le projet confiait à la Confédération le mandat d'édicter «des prescriptions concernant l'utilisation du patrimoine génétique et germinal à des fins scientifiques, médicales et économiques¹³¹». Le patrimoine génétique comprend «l'ensemble des informations génétiques d'un individu¹³²». Il semble à cet égard que l'article 119 protège l'ADN codant aussi bien que l'ADN non codant^{133,134}.

¹³⁰ SCHWEIZER, No 12 ad 24^{novies} aCst.

¹³¹ FF 1989 III 945, 985.

¹³² SCHWEIZER, No 41 ad 24^{novies} aCst.

¹³³ SCHWEIZER, No 41 ad 24^{novies} aCst.

¹³⁴ L'ADN est composé de séquences codantes (exons) et de séquences non codantes (introns): les premières ont pour fonction de coder des protéines, alors que les secondes ont un rôle encore indéterminé. La présence d'ADN non codant est devenue évidente lorsque les généticiens ont réalisé que les quantités d'ADN dans les cellules haploïdes de différents organismes étaient sans de relations systématiques avec la

Le Message n'est pas autrement explicite. Il relève simplement que la formulation adoptée permet «de réglementer, par exemple, les analyses du génome, la recherche et la dissémination de matériel germinale et génétique, de même que la commercialisation dans ce domaine¹³⁵». Le texte du troisième alinéa précise qu'il incombe notamment au législateur fédéral de régler «[l]e don, la culture, la modification, la conservation et l'exploitation du patrimoine génétique et germinale humain». Si l'on en croit le Message, ne sont ici visés que «les banques de sperme et d'embryons, le clonage, la formation de chimères et l'hybridation, de même que [...] l'utilisation et le commerce d'embryons et de foetus¹³⁶».

La disposition constitutionnelle retravaillée par les Chambres comporte en premier lieu le mandat général d'édicter des prescriptions «concernant l'utilisation du patrimoine germinale et génétique humain» (art. 119, al. 2, Cst.). Dans l'exécution de sa tâche, le législateur respectera les principes énumérés dans la disposition constitutionnelle. La lettre f du second alinéa, notamment, prévoit que «[l]e patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et révélé qu'avec le consentement de celle-ci ou sur la base d'une prescription légale».

A première vue, la disposition constitutionnelle ne limite d'aucune manière le transfert de matériel biologique effectué en raison du patrimoine génétique qu'il contient. Si l'ordre juridique contient une disposition quelconque, celle-ci se trouvera dans la législation d'exécution.

B. L'avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine

C'est précisément en exécution de la lettre f de l'article constitutionnel qu'un avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) a vu le jour en septembre 1998. La procédure de consultation a pris fin en mars 1999. Le Message était prévu pour le printemps 2001.

«L'avant-projet fixe les conditions auxquelles on peut exécuter une analyse génétique humaine, conserver et réutiliser cet échantillon¹³⁷». Ce but, fixé de manière générale à l'article 1 LAGH, est précisé à l'article 17 de la même loi. Si l'on se concentre sur l'aspect du transfert, la seule restriction

complexité de l'organisme. Ainsi, certaines cellules de végétaux contiennent 30 fois plus d'ADN que les cellules humaines (ALBERTS, pp. 338-40).

¹³⁵ FF 1989 III 945, 975.

¹³⁶ FF 1989 III 945, 976.

¹³⁷ Rapport explicatif LAGH, p. 16.

que pose l'article 17 est la nécessité du consentement de la personne. Cet aspect du problème n'est pas une limitation.

La LAGH instaure de véritables restrictions par un autre biais. L'article 6 impose une procédure d'autorisation pour quiconque «veut effectuer des analyses cytogénétiques ou moléculaires». Le procédé d'analyse implique forcément le prélèvement préalable d'un échantillon. Cela signifie donc que doit être au bénéfice d'une autorisation toute personne qui prélève du matériel biologique à des fins d'analyse génétique.

La situation n'est pas différente lorsqu'un généticien effectue une analyse sur du matériel prélevé à d'autres fins. Peu importe la provenance de l'échantillon: si le praticien souhaite procéder à une analyse, il doit être au bénéfice d'une autorisation. L'unique différence est que dans le premier cas, le matériel biologique est prélevé directement sur l'individu. Dans le second, par contre, l'échantillon est déjà disponible et sera cédé au généticien par un hôpital ou un médecin d'une autre spécialité.

Ainsi, indépendamment des détails pratiques, il ressort de ce qui vient d'être dit que le droit positif ne contient à l'heure actuelle qu'un mandat constitutionnel de limiter l'échange de matériel génétique. Cependant, à l'avenir, si la réglementation prévue est adoptée, le matériel génétique pourra être considéré comme une chose partiellement hors commerce, dans la mesure où l'autorisation constitue une limite à l'échange.

C. L'article 119a Cst.

Etant donné la présence d'un échantillon corporel, la question se pose de savoir si l'article 119a peut également prétendre à s'appliquer. L'unité la plus petite mentionnée par le texte légal est la cellule. Or, le matériel génétique, s'il est effectivement contenu dans la cellule, n'en est qu'un élément. En réalité, il importe peu de trancher ce point. L'article 119 Cst. bénéficie du privilège de loi spéciale et s'appliquera, à notre avis, à l'exclusion de la *lex generalis* que constitue l'article 119a Cst.

V. Conclusion

«[L]a mise hors du commerce juridique du corps humain, de ses éléments et de ses produits n'est pas, et ne peut être absolue [...]: la circonstance que les matériels biologiques humains circulent hors du corps qui les a produits pour être traités, conditionnés puis réincorporés à d'autres individus en est la confirmation la plus évidente¹³⁸». C'est un auteur français que nous citons ici, mais le problème dépasse les frontières helvétiques.

¹³⁸ GALLOUX, *RD sanit. soc.* 1998 (34), p. 2.

De manière tout à fait générale, l'objectif du constituant et du législateur, tel qu'on peut le déduire des travaux préparatoires ainsi que des textes en vigueur, n'est pas, et ne peut pas être, d'introduire l'extra-commercialité totale des produits du corps humain, à l'exception de l'interdiction du don d'ovule.

Par contre, les autorités helvétiques souhaitent organiser un contrôle strict des activités liées à l'utilisation des parties séparées du corps humain. Elles ont pour ce faire instauré la procédure d'autorisation, laquelle implique une extra-commercialité partielle. La future Loi sur la médecine de la transplantation, élaborée sur la base de l'article 24^{decies} aCst, s'inscrit dans ce même mode de procéder¹³⁹. Les cessions seront admises, mais sous le couvert de diverses autorisations.

Pour conclure, citons à nouveau GALLOUX: «le but réel poursuivi par les textes précités, et par delà les principes proclamés de façon incantatoire, consiste en l'instauration d'une part de la gratuité dans les rapports entre donneurs et receveurs et, d'autre part, en l'organisation d'un minimum de contrôle sur l'utilisation ultérieure des éléments et produits recueillis afin d'éviter, dans une mesure raisonnable, qu'elle ne soit à la source d'un profit.» Et l'auteur de conclure très pertinemment: «Il eut été sans doute plus simple de dire les choses de cette manière¹⁴⁰».

§ 2 Partie intégrante, fruit, accessoire ou chose indépendante

Nous sommes parvenue à la conclusion qu'une partie séparée du corps était une chose. Toutes les parties détachées possèdent cependant une caractéristique commune: elles proviennent d'une source identique, le corps humain. Il s'agit de déterminer quels sont les rapports que les organes, les tissus et autres substances corporelles entretiennent avec le corps. Est-ce qu'ils suivent son régime juridique, est-ce qu'ils en sont indépendants?

Il y a différents cas de figure à envisager. Il y a d'abord celui de la partie intégrante, telle qu'elle est définie à l'article 642 CC. Sont à envisager ensuite les schémas des fruits, parties intégrantes de par la loi, et des accessoires. On terminera cette étude avec le cas de figure de la chose indépendante.

¹³⁹ Voir pp. 105-7 ci-dessus.

¹⁴⁰ GALLOUX, *RD sanit. soc.* 1998 (34), p. 3.

I. Partie intégrante, fruit, accessoire

A. Le statut de partie intégrante

1. Le système légal

A. LES CARACTERISTIQUES DE LA PARTIE INTEGRANTE

L'article 642, al. 2, CC qualifie de partie intégrante «ce qui, d'après l'usage local, constitue un élément essentiel de la chose et n'en peut être séparé sans la détruire, la détériorer ou l'altérer.» Cette définition joue un rôle général et subsidiaire, en ce sens qu'elle ne s'applique qu'en l'absence d'une disposition spéciale qui attribuerait cette qualité à un objet¹⁴¹.

La doctrine a précisé la définition de l'article 642, en déduisant différentes caractéristiques du texte légal.

La partie intégrante doit, avant tout, être elle-même une chose. Il ne peut donc, par exemple, pas s'agir d'un droit¹⁴².

Ensuite, la partie intégrante doit être unie à la chose principale par un lien physique, matériel¹⁴³. Ce lien possède deux caractéristiques. En premier lieu, il doit être intense. S'il existe un lien physique particulièrement intense entre deux parties, la probabilité est grande que la chose accessoire soit en réalité une partie intégrante¹⁴⁴. L'exigence du lien physique ne signifie cependant pas qu'il doit toujours y avoir un lien d'une intensité particulière pour l'existence d'une partie intégrante. Le concept de partie intégrante est en effet un concept fonctionnel et il faut également considérer les aspects de fonction économique¹⁴⁵. En second lieu, le lien doit être tel que la partie intégrante ne puisse être individualisée sans destruction, détérioration ou altération de la chose principale ou de la partie intégrante¹⁴⁶.

La troisième condition déduite par la doctrine est celle de l'existence d'un lien «intellectuel»¹⁴⁷. La partie intégrante et la chose principale doivent constituer une unité. Cette condition signifie deux choses. En premier lieu, il doit toujours exister un lien fonctionnellement économique¹⁴⁸. En second

141 STEINAUER, No 1048.

142 REY, No 429.

143 REY, No 430; STEINAUER, No 1050.

144 REY, No 432.

145 REY, No 434.

146 STEINAUER, No 1051; REY, No 431.

147 STEINAUER, Nos 1055 sq.

148 REY, Nos 439-40.

lieu, ce lien doit être durable¹⁴⁹. Si la chose accessoire n'est associée à la chose principale que de manière provisoire, elle ne peut pas être considérée comme partie intégrante¹⁵⁰.

La dernière condition de l'article 642 CC est celle de la reconnaissance par l'usage local¹⁵¹. La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour ne reconnaître qu'un rôle subsidiaire à cette exigence¹⁵². Le concept de partie intégrante étant une notion de droit privé fédéral, le renvoi à la conception locale ne peut intervenir qu'exceptionnellement, en cas de doute¹⁵³.

Les conditions relevées ci-dessus sont cumulatives.

B. LE REGIME JURIDIQUE DE LA PARTIE INTEGRANTE

L'article 642, al. 1, CC prévoit que «le propriétaire d'une chose l'est de tout ce qui en fait partie intégrante». Cette règle de base est qualifiée de «principe d'accession¹⁵⁴»: la partie intégrante partage le sort de la chose à laquelle elle est liée.

2. *L'application aux tissus, organes et cellules*

Nous avons déterminé plus haut qu'une partie séparée était effectivement une chose. Elle satisfait donc à la première condition de l'article 642 CC.

La deuxième condition est celle de l'existence d'un lien matériel. Dans un certain nombre de cas, peut-être même dans la majorité des cas, l'organe, le tissu, dans leur état initial sont des parties intégrantes du corps humain. Il y a notamment souvent détérioration ou altération du corps humain lors du prélèvement. Le stade qui nous intéresse est cependant le suivant. Qu'en est-il lorsqu'une partie a été prélevée? Dans certains cas, elle l'aura été au détriment du tout, c'est-à-dire de l'organisme corporel dont elle provient. Dans d'autres, pas. Peu importe ici, puisqu'il s'agit de qualifier l'élément après sa séparation. Dans certains cas, nous aurons donc affaire à une partie intégrante séparée. Quel est son statut juridique? Elle devient en principe une chose indépendante. Dans certaines circonstances, elle peut devenir un accessoire¹⁵⁵. Dans l'hypothèse où la partie a pu être séparée sans porter atteinte à l'intégrité de l'ensemble d'origine, son statut antérieur importe peu. Elle devient une chose indépendante dès la séparation.

¹⁴⁹ REY, No 438.

¹⁵⁰ REY, No 443.

¹⁵¹ STEINAUER, No 1050; REY, No 445.

¹⁵² STEINAUER, No 1057; REY, No 445.

¹⁵³ REY, No 445.

¹⁵⁴ STEINAUER, No 1060.

¹⁵⁵ REY, No 454.

Du moment que notre étude porte précisément sur les parties séparées du corps humain, la figure de la partie intégrante est à bannir. L'intérêt de notre travail réside dans la dissolution de ce lien matériel censé unir deux éléments.

Il existe un autre argument qui fait obstacle à cette qualification. La partie intégrante a pour caractère essentiel d'être liée à une autre chose. Or, le droit suisse refuse absolument d'attribuer cette qualité au corps de l'homme vivant. En conclusion, une partie séparée n'est en tout cas pas, ou plus, une partie intégrante.

B. Le statut de fruit

1. Le système légal

A. LES CARACTERISTIQUES DU FRUIT

Le fruit d'une chose est un élément qui, avant d'être séparé de la chose dont il provient, en est une partie intégrante (art. 643, al. 3, CC). Il acquiert la qualité de fruit au moment de la séparation.

L'article 643 ne définit que les fruits «naturels». Les fruits civils ne sont pas expressément englobés dans cette définition. La doctrine admet cependant qu'ils le sont tacitement¹⁵⁶.

Le texte légal distingue deux types de fruits.

L'alinéa 2 de l'article 643 mentionne en premier lieu les «produits périodiques» ou fruits au sens étroit¹⁵⁷; il s'agit des éléments qui sont produits par une chose, avec ou sans influence humaine, de manière répétée et périodique.

L'autre catégorie de fruits est celle des «produits que l'usage autorise à tirer de la chose suivant sa destination». Ces fruits au sens large¹⁵⁸ sont les éléments qui peuvent être tirés d'une chose sans que celle-ci n'en subisse une perte de substance essentielle¹⁵⁹.

B. LE REGIME JURIDIQUE DU FRUIT

Avant la séparation, les fruits sont parties intégrantes de la chose, de par la loi (art. 643, al. 3, CC). Ils suivent donc, à quelques exceptions près¹⁶⁰, le régime juridique de la chose dont ils sont issus. Au moment de la

¹⁵⁶ REY, No 460.

¹⁵⁷ REY, No 461.

¹⁵⁸ REY, No 462.

¹⁵⁹ REY, No 462.

¹⁶⁰ STEINAUER, No 1078; REY, No 467.

séparation, les fruits acquièrent la qualité de choses indépendantes, susceptibles d'être objets de droits distincts¹⁶¹. Ils deviennent alors propriété de la personne qui a la jouissance de la chose dont ils proviennent, qu'il s'agisse du propriétaire ou d'un tiers¹⁶².

2. *L'application aux tissus, organes et cellules*

Il nous faut envisager deux éléments distincts.

En premier lieu, il s'agit de considérer les fruits au sens étroit, à savoir les produits périodiques de la chose. Il est certain que l'on peut ranger sous cette qualification certaines parties séparées. Toutes les sécrétions, notamment, sont des «produits périodiques». Les excréments rentrent également dans cette catégorie.

En second lieu, considérons les fruits au sens large. Il s'agit donc des produits que l'usage autorise à tirer de la chose suivant la destination de celle-ci. Rentreraient dans cette catégorie, éventuellement, le sang, le sperme, le placenta peut-être.

Quelles seraient les conséquences d'une telle classification? En ce qui concerne les choses elles-mêmes, elles acquièrent le statut de chose indépendante dès leur séparation. En est propriétaire l'individu dont elles sont issues.

Rappelons cependant que le trait caractéristique d'un fruit est d'être "produit" par une autre chose. Nous l'avons vu, le droit suisse refuse d'octroyer un statut réel au corps humain¹⁶³. On ne peut dès lors envisager que le schéma légal des fruits soit applicable aux parties séparées: il est impossible d'affirmer qu'elles proviennent d'une chose.

C. Le statut d'accessoire

1. *Le système légal*

A. LES CARACTERISTIQUES DE L'ACCESSOIRE

L'art. 644, al. 2, CC donne une définition relativement détaillée de l'accessoire. Il en ressort cinq éléments.

En premier lieu, un accessoire doit être un objet mobilier, indépendant de la chose principale¹⁶⁴. Cette première condition exclut, outre les immeubles et les droits, les parties intégrantes.

¹⁶¹ REY, No 468.

¹⁶² STEINAUER, No 1079.

¹⁶³ Voir pp. 12-3 ci-dessus.

¹⁶⁴ STEINAUER, No 1084.

L'existence d'un accessoire présuppose la présence d'une chose principale dont celui-ci puisse dépendre. L'accessoire doit de surcroît être joint, adapté ou rattaché à la chose principale. STEINAUER qualifie ce lien de «rapport local reconnaissable par les tiers¹⁶⁵».

La quatrième condition est celle de l'existence d'un rapport d'affectation: «l'accessoire est mis d'une manière durable au service de la chose principale, eu égard à la destination économique de celle-ci¹⁶⁶». Cette condition comprend donc deux éléments. Il y a d'abord un critère de durée: le rapport doit être durable. Précisons cependant que l'affectation ne doit pas forcément être définitive¹⁶⁷. Le second critère est celui du lien fonctionnel: l'accessoire doit servir, directement ou indirectement, le but économique de la chose principale.

La dernière condition de l'article 644 CC est double: un accessoire doit être reconnu comme tel d'après l'usage local ou la volonté du propriétaire. En d'autres termes, l'usage local ou le propriétaire doivent conférer à l'accessoire sa qualité.

Relevons encore que l'article 645 CC précise la définition de l'article 644 CC, en énumérant diverses situations dans lesquelles un objet affecté au service d'une chose principale n'est malgré tout pas un accessoire.

B. LE REGIME JURIDIQUE DE L'ACCESSOIRE

L'accessoire suit, sous réserve d'une convention contraire, le régime juridique de la chose principale. C'est une présomption légale, instaurée par l'alinéa 1 de l'article 644, mais elle est réfragable.

2. *L'application aux tissus, organes et cellules*

Nous devons faire, ici, les mêmes remarques que celles effectuées ci-dessus à propos des fruits. L'existence d'un accessoire présuppose la présence d'une chose principale, au service de laquelle l'accessoire est affecté. Il y a donc à nouveau impossibilité technique d'appliquer ce schéma: même si une partie détachée peut, dans certains cas, être précisément au service de l'individu et continuer d'assumer, au-delà de la séparation physique, une des fonctions essentielles du corps humain, elle est au service d'une personne et non d'une chose. Elle ne répond donc pas à la qualification d'accessoire.

¹⁶⁵ STEINAUER, No 1088.

¹⁶⁶ STEINAUER, No 1091.

¹⁶⁷ STEINAUER, No 1096.

D. Conclusion

La partie intégrante doit être une partie essentielle d'une "chose" principale. Le trait caractéristique d'un fruit est d'être produit par une autre chose. L'existence d'un accessoire présuppose la présence d'une chose principale, au service de laquelle il est affecté.

Il y a impossibilité technique d'appliquer l'un ou l'autre de ces schémas: même si une partie détachée peut, dans certains cas, être au service de l'individu et continuer d'assumer, au-delà de la séparation physique, une des fonctions essentielles du corps humain, elle est au service d'une personne et non d'une chose. En effet, nous l'avons vu, le droit suisse refuse d'octroyer un statut réel au corps humain¹⁶⁸. Le droit de l'individu est bien plutôt de nature personnelle. Or, le principe même des concepts étudiés ci-dessus consiste à transposer le régime réel gouvernant le statut d'une première chose à un certain nombre d'objets qui lui sont liés d'une manière ou d'une autre. Si l'élément de référence n'est précisément pas une chose, la construction n'a aucun sens. Il est de ce fait impossible d'utiliser les figures légales décrites ci-dessus pour les parties séparées, puisqu'elles supposent précisément l'extension d'un droit réel qui, en l'occurrence, n'existe pas, proscrit qu'il est par l'ordre juridique.

II. Le statut de chose indépendante

A. Le système légal

1. *Les caractéristiques de la chose indépendante*

La chose indépendante est d'abord une chose, telle que nous l'avons définie ci-dessus¹⁶⁹. Elle possède en outre la particularité de n'entretenir aucun rapport privilégié avec un autre élément, par quelque lien que ce soit. Elle n'est pas associée à un autre objet au point d'en être une partie intégrante. Elle n'est pas issue d'une autre chose, comme le fruit. Elle n'est pas affectée au service d'une chose principale comme l'accessoire.

2. *Le régime juridique de la chose indépendante*

Le régime juridique de la chose indépendante n'est déterminé que par les droits qui s'exercent sur elle. Il ne dépend en aucune manière du régime juridique d'un autre objet.

¹⁶⁸ Voir pp. 12-3 ci-dessus.

¹⁶⁹ Voir pp. 38 sq. ci-dessus.

B. L'application aux tissus, organes et cellules

Après avoir exclu systématiquement toutes les autres possibilités, force est de constater que seul le schéma de la chose indépendante est applicable aux parties séparées. Provenant d'une entité corporelle qui ne peut être qualifiée de chose, la partie détachée ne peut entretenir de rapport qu'avec la personne humaine. Ainsi, son statut ne peut s'envisager que dans le cadre du rapport personne-chose et non chose-chose. C'est bien à cette conclusion que parvient BAUD: «le droit de propriété commence lorsqu'on cesse d'avoir avec la matérialité extérieure au corps un rapport de chose à chose et qu'on inaugure un rapport de personne à chose¹⁷⁰».

§ 3 Conclusion

La partie séparée ne peut être ni une partie intégrante, ni un fruit, ni un accessoire. Le statut de la chose elle-même est donc celui de l'indépendance, à l'égard d'une autre entité matérielle du moins. Il n'en reste pas moins qu'il faut envisager un droit sur cette chose, qui, de surcroît, sera distinct de celui qui régit le corps humain en tant qu'organisme.

La rigueur du raisonnement qui précède doit être relativisée dans la mesure où l'analogie aux figures décrites ci-dessus n'est pas exclue. D'une part, il est souvent fait appel au régime des fruits pour interpréter le processus de séparation. Ce phénomène n'est pas étudié ici, mais il sera mentionné pour expliquer la nature du droit de l'individu sur les différents produits issus de son corps¹⁷¹.

D'autre part, nous verrons plus bas que certains auteurs envisagent d'élargir la protection du corps aux organes ou tissus destinés à y être réimplantés, ou dont l'affectation au corps de provenance perdue après la séparation, comme c'est le cas pour le sperme¹⁷². Cette structure présente de fortes similitudes avec celle des accessoires. Pourtant, la solution retenue par ces auteurs est de nature personnelle. L'analogie ne peut donc qu'être lointaine.

¹⁷⁰ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 62.

¹⁷¹ Voir p. 296 ci-dessous.

¹⁷² KSP-WIEGAND, No 18 ad *Vorbemerkungen zu* 641 sq. CC.

2ème Partie Le droit sur la partie séparée

Nous avons vu, en introduction à ce travail, qu'il n'était pas dépourvu de sens d'imaginer un régime spécifique pour les parties séparées du corps humain. En particulier, alors que le droit sur le corps n'est envisagé que sous l'optique personnelle, c'est loin d'être le cas pour les éléments corporels.

L'enjeu devrait être de définir le régime permettant de garantir au mieux les intérêts de l'individu sur les parties détachées de son corps. Nous verrons que le problème n'est pas souvent abordé sous cet angle.

Logiquement, le juriste envisage en premier lieu les schémas existants¹. Ainsi, «[i]l y a deux manières de répondre à cette question: [...] une logique de réification et une logique de personnalisation du corps.²»

Il est cohérent d'aborder le problème de cette manière. Est-ce pour autant la seule? N'existe-t-il, en dehors des droits précédemment cités, aucun autre régime juridique applicable aux éléments corporels? C'est cette interrogation que nous allons tenter de résoudre dans cette partie. Nous ouvrirons la discussion sur l'alternative droit réel ou droit personnel. Nous verrons par la suite s'il est nécessaire ou utile d'élargir le champ de la réflexion à d'autres types de droit.

Droit de la personnalité et droit de propriété ont certaines caractéristiques communes. En premier lieu, ce sont des droits subjectifs³. Il s'agit d'une faculté «accordée à une personne par le droit privé [...] et qui permet à cette personne d'imposer quelque chose à un ou plusieurs tiers.⁴»

Ensuite, les deux droits en question sont des droits de jouissance: ils visent directement à procurer un avantage à leur titulaire. Les droits de cette catégorie s'opposent aux droits de compétence qui ne permettent à leur titulaire que d'organiser ses relations juridiques⁵.

1 PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 69.

2 MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 29.

3 E. BUCHER, pp. 70-2; HOTZ, pp. 16-23.

4 STEINAUER, No 7.

5 STEINAUER, No 10.

Enfin, le droit de propriété et le droit de la personnalité sont de nature absolue, ce qui les rend opposables à l'ensemble des justiciables.

Chapitre IV Le droit de propriété

Sous l'angle civil, le droit de propriété est en général compris comme la maîtrise complète sur une chose ou le «pouvoir juridiquement protégé sur une chose»⁶. Cette maîtrise est directe. Elle est illimitée, au sein de l'ordre juridique⁷.

Plus tôt dans notre étude, nous avons mis en évidence le caractère complexe des gamètes et de l'ADN. Nous avons en particulier individualisé une composante de ces éléments qui échappait aux règles de la propriété. Pourtant, dans un cas comme dans l'autre, nous sommes en présence d'une chose. Celle-ci possède certes une dimension particulière, mais cet aspect ne suffit pas à altérer sa qualité. C'est pourquoi nous étudierons l'application du droit de propriété sur ces éléments sans établir de distinctions autres que celles retenues par les auteurs dans l'exposé de leurs thèses.

§ 1 La doctrine

Avant d'analyser juridiquement les éléments en cause, nous allons nous prêter à un tour d'horizon de la doctrine helvétique en la matière. Nous nous intéresserons également aux solutions retenues en France, en Allemagne et aux Etats-Unis.

Peu d'auteurs utilisent, du moins explicitement, les catégories existantes, offertes par l'ordre juridique. Ceux qui rejettent les structures traditionnelles élaborent des régimes *sui generis*. Ces statuts, sans être directement rattachables à une catégorie, empruntent leurs caractéristiques à différentes institutions.

⁶ FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 584.

⁷ NIGGLI, No 51.

I. Le droit reconnu sur les tissus, les organes et les cellules

Jusqu'à ce jour, la question du droit reconnu sur les parties séparées a peu occupé la doctrine suisse. Les ouvrages de droits réels récents ont cependant une tendance croissante à aborder la problématique⁸.

A. En Suisse

La solution la plus élaborée se trouve dans la doctrine récente. Ainsi, WIEGAND, s'il affirme la présence d'un droit de propriété sur les parties séparées, limite cependant son analyse aux cas "traditionnels", tels que les cheveux coupés ou les dents arrachées. En matière d'organes ou de sang, l'auteur se demande si les prérogatives réelles ne doivent pas être complétées d'un droit de la personnalité, voire supplantées par un tel droit. En outre, le commentateur distingue le cas des éléments détachés destinés à être réincorporés à l'organisme, comme le sang dans l'auto-transfusion ou l'ovule dans la FIVETE. L'unité fonctionnelle n'étant pas définitivement rompue, la naissance d'une chose indépendante en serait entravée. C'est pourquoi il serait imaginable d'appliquer de manière complémentaire les régimes réel et personnel⁹.

Pour les auteurs du *Zürcher Kommentar*, la doctrine est divisée quant au droit sur les parties séparées. Certains auteurs pencheraient pour la solution réelle, alors que d'autres optent pour l'existence d'un droit de la personnalité¹⁰. Les auteurs du *Berner Kommentar*, par contre, ne mentionnent que la solution du droit de propriété, sans faire allusion à un quelconque avis contraire¹¹. NIGGLI constate simplement que dès la séparation, un droit de propriété naît sur les parties¹².

GRIOT est le seul à se livrer à une analyse détaillée de la classification juridique des parties séparées du corps¹³. Il aborde le problème sous un angle particulier. Laissant de côté le point de savoir si une partie séparée est une chose ou un bien personnel, il part de l'idée que la nature juridique de l'objet dépend du rapport qu'il entretient avec le sujet. Ainsi, si le rapport peut se déterminer selon les règles du droit réel, l'objet est une chose. En l'occurrence, GRIOT estime que l'on peut soumettre une partie séparée à toutes les actions juridiques qui sont possibles sur une chose.

⁸ KSP-WIEGAND, Nos 17-8 ad *Vorbemerkungen zu 641 sq. CC.*

⁹ KSP-WIEGAND, No 18 ad *Vorbemerkungen zu 641 sq. CC.*

¹⁰ ZK-HAAB, *Einleitung*, No 22.

¹¹ BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 132.

¹² NIGGLI, No 406.

¹³ GRIOT, pp. 16-8.

L'auteur insiste cependant sur le fait que les éléments corporels entretiennent un rapport particulier avec le corps, dans la mesure où ils ne s'imposent pas de l'extérieur à la personne, à l'instar des autres choses. GRIOT constate que le législateur n'a pas prévu de dispositions expresses pour tenir compte de cette particularité. C'est pourquoi il suggère de considérer la propriété régissant le statut des parties séparées comme fortement imprégnée du droit de la personnalité. Par conséquent, l'atteinte à l'objet doit être vue non seulement comme une atteinte à la propriété mais également à la personnalité, à la valeur personnelle de l'objet¹⁴.

PIOTET, nous l'avons vu, raisonne selon le critère de l'intégration. Ainsi, les éléments corporels qui ne sont pas intégrés au corps humain sont «susceptibles d'être l'objet de droits réels¹⁵». Il rappelle cependant que la constitution d'un droit réel «n'exclut aucunement la survivance d'un droit de la personnalité sur la destinée réservée à la substance prélevée, et dont l'étendue dépend de la nature de celle-ci¹⁶». PIOTET va jusqu'à établir un ordre de priorité, plaçant le droit de la personnalité du donneur au-dessus du droit de propriété d'un éventuel "receveur". En fin de compte, l'auteur se pose la question de la finalité de la distinction entre éléments rattachés au corps et éléments séparés de ce dernier. En effet, couverts tous deux par un droit de la personnalité, leur régime est semblable. Le seul intérêt réside dès lors en la possibilité de définir quand un élément corporel peut devenir un objet de propriété¹⁷.

MANAI constate qu'indiscutablement, «l'individu dispose de son corps.¹⁸» Refusant expressément la rémunération éventuellement liée à une telle opération, l'auteur affirme que «[l]es rapports juridiques de l'individu avec son corps s'analysent en termes de droit de la personnalité (et non de droit réel).¹⁹»

B. A l'étranger

1. En France

Les auteurs sont sensiblement gênés aux entournures lorsqu'il s'agit de mettre un nom sur le droit qui lie l'individu à une partie séparée d'un corps humain, qu'il s'agisse du sien ou de celui d'un tiers. Souvent, ils

¹⁴ GRIOT, pp. 17-8.

¹⁵ PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 69.

¹⁶ PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 72.

¹⁷ PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, pp. 72-3.

¹⁸ MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 35.

¹⁹ MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 41.

renoncent tout simplement à se prononcer sur le type de droit. Ils décrivent globalement les différentes restrictions qui leur semblent aller de pair avec l'élaboration d'un régime spécifique, mais ne les justifient ni par une figure juridique préexistante, ni par un statut élaboré *ad hoc*²⁰. C'est notamment la démarche du Conseil d'Etat français²¹.

Ainsi, HERMITTE n'ose qualifier ce droit. Dans l'énumération des différents produits du corps humain, elle aménage le régime du sang, des organes et du matériel génétique sans qu'il soit réellement possible d'en déduire une figure juridique quelconque. En ce qui concerne les déchets hospitaliers et les produits de type moléculaire, par contre, l'optique de l'auteur devient plus claire. HERMITTE nous parle de «choses abandonnées» qui deviennent «appropriables»²². Il semble qu'ici l'auteur opte pour la solution réelle.

BAUD affirme, nous l'avons vu²³, que les parties séparées sont des choses, et se réjouit que cela permette «enfin de réfléchir sagement, c'est-à-dire biologiquement, sur l'origine, la justification et les limites du droit de propriété.»²⁴ L'auteur rappelle que, historiquement, la propriété a toujours fait référence à la richesse ou du moins l'aisance, ce qui a fait d'elle une notion contestée. Mais, estime l'auteur, «si, au contraire, on introduit le corps et la physiologie dans la perspective juridique, le droit de propriété devient alors l'ultime défense du pauvre, du faible et de l'infirme: le droit de propriété se rapproche ainsi du droit de légitime défense.»²⁵ L'idée de BAUD est que le droit de propriété a pour tâche d'intervenir lorsque la physiologie est impuissante à établir le rapport d'un individu avec certaines choses. En effet, dans le cas d'une intégration corporelle, personne ne peut contester le rapport de l'individu avec la chose intégrée. Il y a désormais rapport de chose à chose entre le corps et la chose qui lui est incorporée. Lorsque cette intégration n'existe pas, ou plus comme dans le cas d'une partie séparée, la figure juridique de la propriété doit suppléer à l'absence de la preuve physique de l'appartenance. Elle fournit à l'individu un système juridique lui permettant «de se défendre lorsque d'autres individus peuvent contester son rapport avec certaines choses: on a besoin du droit de propriété et de sa plus parfaite expression, la fiction de l'intégration corporelle de la chose, lorsque la physiologie est impuissante.»²⁶

²⁰ NERSON, *RTDC* 1970, p. 676.

²¹ CONSEIL D'ETAT, pp. 38 sq.

²² HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), p. 338.

²³ Voir p. 27 ci-dessus.

²⁴ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 62.

²⁵ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 62.

²⁶ BAUD, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 63.

CABRILLAC conçoit l'existence d'un droit portant sur les parties du corps humain extérieures à la personne. Elle refuse de parler de propriété, qualifiant ce droit de *sui generis*. L'auteur situe malgré tout ce droit dans la catégorie des droits réels²⁷.

FABRE-MAGNAN avoue trouver ses limites devant la classification de ce qu'elle appelle les «choses extrapatrimoniales», parmi lesquelles elle range les éléments du corps humain: «En effet, si la propriété est le pouvoir juridiquement protégé d'une personne sur les biens composant l'actif de son patrimoine, le droit n'a pas donné de nom au lien qui unit la personne aux «choses» extrapatrimoniales.²⁸» L'auteur rappelle que «d'autres rapports que la propriété peuvent être juridiquement protégés». Il serait caractéristique de notre «société utilitariste» de ne «pas voir de salut (juridique) en dehors de la propriété». FABRE-MAGNAN conclut en exprimant la nécessité qu'il y a de «trouver un nom pour le lien qui unit la personne aux "choses" [...] qui ne sont pas susceptibles d'appropriation.²⁹»

SAVATIER, convaincu que le droit de l'homme sur son corps est «rigoureusement exclusif, mais nullement patrimonial³⁰», fait appel à la religion pour exclure la solution réelle: «Les Encycliques papales, d'accord avec l'humanisme naturel, refusent d'assimiler ce droit à une propriété.³¹» Pour expliquer le commerce du sang de transfusion, l'auteur introduit l'idée de propriété «générale», qui serait «de droit public»³². Quant à EDELMAN, il affirme que «la catégorie de propriété est fondamentalement inadéquate pour rendre compte de la nature d'un élément d'origine humaine.³³»

DIJON s'attache à distinguer le régime du corps dans son entier et celui des parties détachables, rappelant que «le refus d'un droit patrimonial de l'homme sur son propre corps n'empêche pas l'existence d'un droit réel sur les parties détachables de celui-ci.³⁴» Cependant, l'auteur «imagine difficilement un droit de propriété». En effet, «la spontanéité de la maîtrise naturelle par l'homme de son propre corps ne doit-elle pas être tenue pour si importante qu'elle empêchera toujours qu'entre le sujet et les

²⁷ CABRILLAC, citée par DIJON, p. 676, note 32.

²⁸ FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 611.

²⁹ FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 613.

³⁰ SAVATIER, *Recueil Dalloz* 1954, p. 142.

³¹ SAVATIER, *Recueil Dalloz* 1954, p. 142.

³² SAVATIER, *Recueil Dalloz* 1954, p. 142.

³³ EDELMAN, *D.* 1989 *Chr.* XXXIV, p. 227.

³⁴ DIJON, No 985.

membres de son corps, fussent-ils détachables, il y ait jamais un droit réel»³⁵.

JANIN décortique la législation de 1994. Tout en critiquant la formulation du nouveau texte en vertu duquel ni le corps, ni ses éléments ou ses produits, ne peuvent «faire l'objet d'un droit patrimonial», elle admet que cette qualification a le mérite «de dire qu'il n'existe pas de lien de propriété entre "chacun" et "son corps"»³⁶. L'auteur se limite à exclure la propriété, sans introduire une autre figure juridique permettant de cerner le régime choisi. JANIN se borne à constater que le nouvel article 16-1 «affirme trois principes relatifs au corps dont on peut penser qu'ils découlent de la primauté reconnue à la personne humaine: chacun a droit au respect de son corps; ce dernier est inviolable et il ne peut — fût-ce en certains de ses éléments ou de ses produits — "faire l'objet d'un droit patrimonial"»³⁷.

2. En Allemagne

Aussi curieux que cela puisse paraître, la doctrine allemande a connu une évolution très différente de celle de la France et même de la Suisse. Dans ces deux pays, la solution réelle est prônée par des auteurs récents et plutôt téméraires, alors que la doctrine "classique", et surtout ancienne, défend la thèse personnelle. Les auteurs allemands, par contre, ont commencé par admettre la propriété, pour la tempérer ensuite par des éléments personnels.

C'est motivée par le souci d'assurer une protection sans faille du corps que la doctrine allemande s'est s'abord largement ralliée à la conception selon laquelle, dès la séparation, le droit de la personnalité sur le corps se transforme en droit de propriété sur la partie séparée³⁸. Il a semblé logique aux auteurs allemands d'accompagner la transformation, largement admise, des parties corporelles en choses par la transformation corollaire du droit de la personnalité en droit de propriété³⁹.

³⁵ DUON, p. 676, note 32.

³⁶ JANIN, *RTDC* 1994, p. 936.

³⁷ JANIN, *RTDC* 1994, p. 936.

³⁸ SCHMELCHER, *DMW* 1960, p. 2036; FORKEL, *JZ* 1974, p. 595; RIEGER, *DMW* 1978, p. 290; KREGEL, No 4; SCHUENEMANN, p. 61; *NJW* 1994, p. 127; SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 832; WICHMANN, p. 9; LIPPERT, *MedR* 1997, p. 458.

³⁹ SCHUENEMANN, p. 66.

Très tôt, déjà, un tribunal allemand a admis un droit de propriété sur une partie séparée. Il s'agissait, nous l'avons vu⁴⁰, du cas d'un médecin qui souhaitait conserver les calculs rénaux prélevés chez son patient⁴¹.

FORKEL, seul, s'oppose nettement à la solution réelle, dont il remet en question l'efficacité et le caractère adéquat dans des schémas si étroitement liés à la personnalité⁴². Il souhaite voir perdurer le droit de la personnalité dont le corps, dans son ensemble, est l'objet. Les parties séparées seraient ainsi soumises au régime des objets "personnels", tels que photographies ou lettres, couverts par un droit de la personnalité. L'enjeu de cette qualification serait de prendre en compte les intérêts propres à la personne qui subsistent malgré et à travers leur réification⁴³. En principe, FORKEL refuse l'intervention de la propriété, que celle-ci s'applique à la place ou en sus du régime de la personnalité⁴⁴. Dans l'hypothèse très limitée de l'extinction totale des intérêts personnels sur la partie séparée, l'auteur considère qu'il est juste et même indiscutable d'adopter le schéma de la propriété. Ceci serait avant tout le cas lorsque l'organe ou la substance n'est pas destinée à une personne choisie individuellement, mais est conservée dans une banque d'organe ou toute autre institution intermédiaire⁴⁵.

Peu à peu, la thèse personnelle a pris de l'importance dans la doctrine: peu satisfaite par l'absence de solution réellement convaincante, la doctrine s'est orientée vers le droit de la personnalité⁴⁶. SCHUENEMANN motive ce revirement par le fait que le type d'utilisation des substances ou organes corporels a évolué, allant de la recherche scientifique à la transplantation. Dans cette optique, le solution réelle ne se justifiait plus. Le souci principal n'était plus, alors, de légitimer la possession de tiers sur les parties séparées, mais de protéger le pouvoir de détermination du donneur et de garantir le respect de ses options⁴⁷. Il semblerait à l'heure actuelle qu'un consensus se soit formé autour d'une protection combinée, constituée de fragments empruntés à la fois à la propriété et à la personnalité⁴⁸.

Pour SCHUENEMANN, la double protection est non seulement nécessaire, mais encore permanente, c'est-à-dire présente aussi bien avant qu'après la

40 Voir p. 28 ci-dessus.

41 SCHMELCHER, *DMW* 1960, p. 2036.

42 FORKEL, *JZ* 1974, pp. 595-6.

43 FORKEL, *JZ* 1974, p. 595.

44 FORKEL, *JZ* 1974, p. 596.

45 FORKEL, *JZ* 1974, p. 596.

46 TAUPITZ, *NJW* 1995, p. 746; LIPPERT, *MedR* 1997, p. 458.

47 SCHUENEMANN, p. 72; WICHMANN, p. 8.

48 LIPPERT, *MedR* 1997, p. 458.

séparation. L'auteur estime que, même rattachées au corps, les parties sont bel et bien des choses. Simplement, les dispositions réelles ne trouvent pas application et il est interdit de supprimer le droit de la personnalité qui les protège. Après la séparation, le régime particulier n'a plus de raison d'être: les organes et substances sont soumis aux droits réels. Le droit de la personnalité subsiste, mais il est possible d'envisager son extinction dans certaines circonstances⁴⁹.

MAIER envisage la question sous l'angle de la protection: il s'agirait de déterminer en premier lieu si les intérêts de la personne sur la partie séparée sont mieux protégés par les normes de la propriété ou par le maintien d'un droit de la personnalité⁵⁰. Pour l'auteur, il semble aller de soi que l'affirmation de la qualité de chose entraîne l'application des droits réels. MAIER ne paraît pas envisager qu'un droit de la personnalité perdure; le droit réel se substituerait à ce dernier, qui tomberait au moment de la séparation. L'auteur rappelle simplement que, malgré leur appartenance au monde réel, les parties séparées sont de nature humaine. La dignité humaine imposerait de ne pas s'en tenir à une solution purement réelle, mais d'appliquer le régime réel avec précaution, en tenant compte de certains intérêts⁵¹.

WICHMANN estime que seule une minorité d'auteurs optent pour la persistance du droit de la personnalité après la séparation. Il se range, lui-même, parmi les tenants d'une solution purement réelle: on ne pourrait faire dépendre le choix du régime juridique de l'utilisation ultérieure de l'organe; en outre, le régime de la propriété offrirait une protection suffisante de la volonté du donneur⁵².

D'après TAUPITZ, la solution réelle est admise de manière générale par la doctrine allemande⁵³. L'auteur envisage cependant de faire appel également au droit de la personnalité, et ceci de deux manières. D'une part, TAUPITZ propose de faire perdurer la protection de la personnalité de l'individu sur les parties de son corps, même après la séparation. Il lui semble naturel que le droit existant sur un organisme dans son entier englobe ses différentes composantes également après la séparation. Il s'appuie par analogie sur la solution réelle des parties intégrantes. D'autre part, il s'agirait d'examiner cas par cas si l'exploitation concrète de la substance a des effets sur la personne du titulaire et porte ainsi atteinte à son droit de la

49 SCHUENEMANN, pp. 101-2.

50 MAIER, p. 10.

51 MAIER, p. 11.

52 WICHMANN, p. 9.

53 TAUPITZ, *AcP* 191 (1991), p. 208; *JZ* 1992, p. 1092.

personnalité⁵⁴. Il n'y a en réalité pas lieu de trancher entre ces deux justifications: TAUPITZ rappelle que l'ordre juridique allemand connaît la figure de l'atteinte à un droit de la personnalité par l'exercice par un tiers d'attributions découlant de la propriété. Il cite en exemple le droit de l'auteur, opposable à certaines conditions au propriétaire de l'oeuvre. En réalité, TAUPITZ n'élabore pas de règle générale. Il admet, sur un premier plan et en priorité, le droit de propriété. Ensuite, il s'agirait de vérifier dans chaque cas si l'exploitation des substances corporelles porte atteinte ou non au droit de la personnalité de l'individu dont elles proviennent.

MÜLLER développe une nouvelle solution. Pour cet auteur, il ne fait aucun doute que le lien qui unit l'individu à la partie séparée est un rapport de propriétaire à chose. Il combat ainsi la conception qui veut faire de la partie séparée un élément de la personnalité. Cependant, il n'exclut pas la protection offerte par le régime personnel. Il distingue simplement nettement les deux régimes. Ainsi, il s'agirait d'envisager, dans chaque cas, et indépendamment du schéma réel, si la personnalité du donneur est touchée par le comportement de tiers en rapport avec les parties séparées⁵⁵. En cela, il rejoint pour une part la théorie de TAUPITZ⁵⁶.

3. Aux Etats-Unis

Il n'est pas à notre portée de décrire la doctrine et la jurisprudence américaines de la manière dont nous avons procédé pour les droits français et allemand. Les ordres juridiques voisins sont inspirés de la tradition romaniste. Ils permettent donc une comparaison relativement aisée. Le droit américain, régi par la *common law*, a ses propres règles, ses propres définitions, ses propres concepts. Cependant, étant donné l'abondance de la littérature sur le sujet qui nous intéresse, nous ne pouvons faire l'économie d'une incursion, même brève, dans la doctrine et la jurisprudence des Etats-Unis. Notre étude ne prétendra pas à l'exhaustivité, mais se limitera à décrire globalement et relativement superficiellement la situation en Amérique du Nord.

A. LA JURISPRUDENCE AMERICAINE

On ne peut aborder le statut des parties séparées du corps humain en droit américain, sans penser immédiatement à l'affaire de «l'homme aux cellules d'or⁵⁷», le cas Moore.

⁵⁴ TAUPITZ, *AcP* 191 (1991), pp. 209-10; *JZ* 1992, p. 1093.

⁵⁵ R. MÜLLER, p. 50.

⁵⁶ Voir p. 134 ci-dessus.

⁵⁷ EDELMAN, *D.* 1989 *Chr.* XXXIV, p. 225.

En 1974, John Moore, atteint d'une leucémie de type relativement rare, suivait un traitement au centre médical de l'Université de Californie. L'examen de ses cellules sanguines révéla qu'il possédait des substances précieuses pour le traitement des maladies immunosuppressives. A la suite de cette découverte, les médecins de l'hôpital effectuèrent un certain nombre de prélèvements sur le patient, à diverses reprises et sous différents prétextes. En 1976, ils procédèrent à l'ablation de sa rate. Sans toucher un mot de l'affaire au principal intéressé, les médecins oeuvrèrent sur les cellules, jusqu'en 1984, date à laquelle une lignée cellulaire fut brevetée. Lorsque John Moore découvrit l'usage qui avait été fait des échantillons prélevés, il intenta un procès aux médecins du centre universitaire. Cette affaire si particulière a contraint trois instances judiciaires, la *Los Angeles Superior Court*, la *California Court of Appeal* et la *California Supreme Court*, à débattre en détails du statut des cellules humaines, en particulier de la nature des droits qu'un individu pouvait se voir reconnaître à leur égard. En fin de compte, la dernière autorité appelée à statuer a refusé de voir dans les cellules en question une forme de «tangible personal property⁵⁸», considérant que la violation du devoir d'information, subi du fait de la dissimulation par le praticien de ses visées commerciales, suffisait amplement à couvrir l'éventuel dommage subi par M. Moore. En particulier, la majorité de la Cour a inféré du code de Santé californien que ce dernier éliminait un nombre si élevé des droits normalement attachés à la *property* qu'il aboutissait à empêcher la reconnaissance d'un *property interest*⁵⁹.

L'affaire Moore n'est pas le seul cas de litige sur la propriété de cellules exploitées commercialement. A San Diego, Californie, un chercheur en biologie, Hagiwara, dont la mère était atteinte d'un cancer, suggéra à un membre de la faculté d'utiliser les cellules cancéreuses de sa mère afin de développer un anticorps monoclonal. Au moment où la lignée cellulaire fut créée, Hagiwara déclara que sa famille avait un intérêt économique à l'affaire, puisqu'il avait suggéré l'idée et que sa mère avait fourni les échantillons nécessaires. Les membres de la faculté refusèrent, arguant qu'ils avaient eux-même inventé le procédé et créé la lignée cellulaire qui permettait la production de l'anticorps en question. Les parties finirent par transiger: l'Université de Californie conserva le brevet et accorda à la famille Hagiwara une licence d'exploitation exclusive pour le Japon et l'Asie⁶⁰.

⁵⁸ CURRAN, *New Engl J Med* 1991, Vol. 324 (14), p. 999; RITTER, *Southwestern University Law Review* 21/1992, p. 1489.

⁵⁹ RITTER, *Southwestern University Law Review* 21/1992, p. 1485.

⁶⁰ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 28.

B. L'EVOLUTION DU DEBAT

En Amérique comme ailleurs, la discussion sur le statut du corps ne suscitait à l'origine qu'un intérêt très modéré et strictement théorique. Il n'existait pas de marché pour les parties séparées du corps humain, dont la valeur pécuniaire était jugée nulle⁶¹. Les problèmes de propriété ont surgi avec la question du statut des cadavres⁶². Puis, l'avènement de la biotechnologie, qui se nourrit essentiellement de matériel brut provenant du corps humain⁶³, a forcé les tribunaux à empoigner le problème.

Grâce à la jurisprudence exposée ci-dessus, le débat, aux Etats-Unis, est beaucoup plus avancé qu'en Europe. Le stade des tergiversations sur la nature des éléments du corps est largement dépassé. Peu d'auteurs reviennent sur les caractéristiques physiques des *tissues*. HARDIMAN, seul, prend la peine d'expliquer que les éléments corporels humains possèdent des caractéristiques qui satisfont la majorité des critères permettant de concevoir un droit de propriété: «The human body is material in nature. An individual can control, exercise dominion over, and dispose of his or her body.⁶⁴»

L'enjeu n'est ainsi plus, à l'heure actuelle, de savoir si l'on peut ou non commercialiser les éléments du corps humain. L'affaire Moore a eu le mérite d'évacuer l'hypocrisie du concept d'extra-patrimonialité. La doctrine américaine a été placée devant un fait accompli: les cellules du corps humain peuvent acquérir une valeur patrimoniale. Valeur non négligeable, par ailleurs: dans le cas Moore, le marché pour la lignée cellulaire développée était estimé à 3 milliards de dollars au début des années 1990.

Rattrapé par la réalité économique, le débat s'est rapidement focalisé sur les critères de distribution, ou de redistribution, du profit engendré par l'exploitation des produits corporels: «As a free market society, we believe in the general principle of economic justice and attempt to render all individuals their economic due.⁶⁵» L'évolution est nette, c'est bien au niveau économique que se situe la controverse. La question n'est plus de savoir si l'on peut exploiter les organes et autres tissus du corps humain, mais à quelles conditions. Comme le décrit WAGNER, le gouvernement, l'industrie et les milieux économiques doivent s'atteler à la tâche

⁶¹ DILLON, *Notre Dame Law Review* 64 (1989), p. 630.

⁶² ANDREWS, *HCR* 1986, p. 29; RITTER, *Southwestern University Law Review* 21/1992, p. 1466.

⁶³ CURRAN, *New Engl J Med* 1991, Vol. 324 (14), p. 999.

⁶⁴ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 218.

⁶⁵ SWAIN/MARUSYK, *HCR* 1990, p. 12.

d'organiser l'accès légal au matériau humain, ainsi que l'attribution des droits aux résultats de la recherche⁶⁶.

Aujourd'hui, ainsi, la controverse fait rage en particulier quant à la participation au profit des individus lors de l'exploitation commerciale de cellules dans les inventions brevetées⁶⁷. Malgré l'évolution rapide de la pensée juridique américaine, la peur est la même des deux côtés de l'Atlantique: «we could become slaves (...) in a market for body parts.⁶⁸»

C. LES AUTEURS AMERICAINS

La doctrine américaine, imprégnée du système de la *common law*, a une approche très pragmatique. Le point de départ de son argumentation est la réalité quotidienne de l'utilisation de matériel biologique humain par l'industrie⁶⁹, d'une part, le caractère indispensable de ce matériel pour le développement de nouveaux produits⁷⁰, d'autre part. Il existe malgré tout un hiatus entre l'évidence de ces faits et la réticence du public à en prendre conscience: «For many of us, the human body is simply too unique and too personal to be treated as an object for sale. Yet the fact remains that in the context of biotechnology, the human body is extremely valuable and has an ascertainable price.⁷¹»

La réflexion évolue ainsi, d'après certains auteurs, vers un consensus grandissant en faveur d'une compensation pour l'exploitation commerciale de cellules dans les inventions brevetées⁷². La doctrine américaine a été placée devant un fait accompli: «In the biomedical marketplace, human tissue is commonly traded and sold and often is the subject of commercially valuable contracts.⁷³» A l'heure actuelle, la doctrine est interpellée par l'exploitation hautement bénéficiaire de tissus humains obtenus gratuitement de donneurs ignorant leur valeur potentielle⁷⁴.

⁶⁶ WAGNER, *JPTOS* 69 (1987), p. 329.

⁶⁷ CURRAN, *New Engl J Med* 1991, Vol. 324 (14), p. 999; DICKSON, *Nature* 1996, Vol. 380, p. 279; DICKSON, *Nature* 1996, Vol. 381, pp. 11-4; KNOPPERS/LABERGE, *JAMA* 1995, Vol. 274 (22), p. 1806; NOONAN, *JPTOS* 72 (1990), p. 109.

⁶⁸ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 29.

⁶⁹ DILLON, *Notre Dame Law Review* 64 (1989), p. 629.

⁷⁰ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 209; SWAIN/MARUSYK, *HCR* 1990, p. 12.

⁷¹ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 240.

⁷² NOONAN, *JPTOS* 72 (1990), p. 109.

⁷³ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 219.

⁷⁴ SWAIN/MARUSYK, *HCR* 1990, p. 12; HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 227.

Pour contourner les risques attachés à l'entrée sur le marché des parties séparées, certains auteurs acceptent la notion de «property», mais proposent de ne pas reconnaître tous les droits qui lui sont normalement associés. DILLON souhaite notamment exclure le droit à une compensation financière pour l'usage d'un élément corporel⁷⁵.

Au niveau législatif, il existe depuis quelques années une base légale, le *Uniform Anatomical Gift Act* (UAGA). Tous les Etats ont adopté ce texte, qui reprend l'idée de propriété limitée avancée par DILLON. Les organes sont traités comme de la «tangible property». Cependant, les prérogatives reconnues ne sont pas celles de la pleine propriété, en ce sens que la vente est interdite. Le donneur voit son pouvoir de disposition réduit au choix de donner ou non⁷⁶. De nombreux Etats ont élaboré leurs propres règles qui réservent un traitement particulier aux substances régénérables, telles que le sang ou le plasma. La vente de ces produits corporels n'est pas interdite tant que la quantité prélevée n'est pas vitale⁷⁷.

HARDIMAN recommande l'option inverse de celle retenue par l'UAGA: il propose de ne reconnaître qu'une des facettes du droit de propriété, à savoir le «right of commerciality». Il s'agit de l'équivalent, pour le corps, du *right of publicity*, que nous verrons plus bas⁷⁸. C'est un droit qui ne naîtrait que lorsque le corps est exploité en vue d'un profit⁷⁹. L'auteur est d'avis que le commerce avéré des tissus humains fait de ceux-ci clairement un objet de propriété. Il estime par ailleurs que le droit sur les organes et tissus humains possède de nombreuses facultés que le droit civil européen reconnaît au droit de propriété: le droit de posséder, le droit d'exclure, le droit de disposer, le droit d'utiliser, le droit de jouir et le droit de détruire. Alors que le droit européen exige la réunion de ces conditions pour admettre la propriété, la *common law* envisage ces éléments de manière isolée⁸⁰. HARDIMAN opte pour la propriété, parce qu'elle protège les «reasonable expectations» de l'individu⁸¹. Son application aurait le double avantage, selon l'auteur, d'éviter les problèmes inhérents au caractère absolu de la propriété et d'investir chaque individu du seul droit d'exploiter le potentiel commercial de son corps⁸².

⁷⁵ DILLON, *Notre Dame Law Review* 64 (1989), p. 630.

⁷⁶ RITTER, *Southwestern University Law Review* 21/1992, p. 1467.

⁷⁷ RITTER, *Southwestern University Law Review* 21/1992, p. 1467.

⁷⁸ Voir p. 244 ci-dessous.

⁷⁹ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), pp. 260-1.

⁸⁰ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), pp. 218-9.

⁸¹ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 227.

⁸² HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 213.

SWAIN/MARUSYK déplorent la restriction du débat à l'alternative «recognize or not recognize property rights in human tissue.⁸³» Les auteurs proposent de répartir les éléments corporels en trois catégories. La première est constituée du corps humain dans sa globalité, comprenant la personne et protégé par les «rights of publicity». Le second niveau rassemble les organes et autres "unités fonctionnelles" susceptibles d'être transplantés. Ces éléments, une fois prélevés, obtiendraient le statut de *res nullius*, qu'ils conserveraient jusqu'à leur transplantation dans le corps d'un individu. La troisième et dernière catégorie englobe tous les produits corporels définitivement séparés du corps humain, qualifiés de *res communes omnium*. Les deux catégories de parties séparées (*res nullius* et *res communes omnium*) seraient susceptibles d'«ownership»⁸⁴.

La doctrine américaine ne recule pas devant l'application du vocabulaire "réel" aux parties détachées. Même si certaines cours rechignent devant l'acceptation pleine et entière de la propriété, elles ont recours à la notion de «quasi-property»⁸⁵. Quant aux juges qui reculent devant le concept de propriété, leurs décisions traitent malgré tout le corps comme *property*⁸⁶. Cette hardiesse permet d'envisager une protection à un stade ultérieur. ANDREWS relève que sans la notion de propriété, la seule protection offerte aux individus par rapport à leurs parties détachées est celle des dommages-intérêts pour «emotional distress»⁸⁷. L'auteur, constatant que le traitement actuel des parties séparées ressemble étrangement à la propriété, se demande quelle est l'origine de la répugnance à le qualifier ainsi. La crainte principale, selon l'auteur, serait l'idée selon laquelle la propriété du corps humain puisse être transférée à d'autres, introduisant ainsi une nouvelle forme d'esclavage⁸⁸. L'auteur a le mérite de relever que coller l'étiquette de la propriété ne signifie pas pour autant que les parties seront complètement aliénables. En effet, de nombreuses formes de propriété sont assorties de restrictions à l'aliénabilité. A l'instar d'autres auteurs, ANDREWS attribue à la propriété le mérite de reconnaître l'intérêt de l'individu au contrôle des parties séparées de son corps et de fournir une base légale pour lutter contre les atteintes aux parties extracorporelles, atteintes que la théorie de la *privacy* notamment ne permet pas d'interdire.

⁸³ SWAIN/MARUSYK, *HCR* 1990, p. 12.

⁸⁴ SWAIN/MARUSYK, *HCR* 1990, pp. 12-3.

⁸⁵ HARDIMAN, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 217.

⁸⁶ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 29.

⁸⁷ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 29.

⁸⁸ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 29.

II. Le droit reconnu sur les gamètes

A. En Suisse

SCHAUMANN déduit de la qualité de chose du sperme qu'il est objet d'un droit réel, à savoir la propriété⁸⁹. L'auteur reconnaît, à l'instar de GRIOT, une subsistance du droit de la personnalité. Cette persistance est due, pour une part, à la provenance de la substance: d'origine humaine, elle est imprégnée du droit de la personnalité. Pour l'autre part, cette particularité juridique est liée à la fonction de reproduction du sperme, au fait qu'il permet la transmission du patrimoine génétique. C'est pourquoi l'auteur considère que la reproduction et la décision à ce sujet appartiennent au noyau de la personnalité de l'être humain⁹⁰. PIOTET rejoint cet auteur, en admettant un droit de propriété sur le sperme⁹¹.

BRÜCKNER semble rallier la thèse réaliste, pour des motifs d'ordre avant tout pratique. Il relève d'abord que les milliers de donneurs de sperme à travers le monde ne semblent pas ressentir l'aspect personnel de la démarche au point d'hésiter à transférer leur patrimoine génétique à un tiers. Il souligne ensuite que rejeter la conception réaliste au nom de la protection de la personnalité n'a pas forcément de sens pratique, puisque cette protection pourrait ne jamais être sollicitée. Il reproche ainsi à l'argumentation d'être construite de considérations abstraites et non de besoins concrets. Nous verrons en fin de travail qu'effectivement, il ne se justifie pas d'imposer le droit de la personnalité dans un contexte où il n'est précisément pas revendiqué par son titulaire lui-même⁹².

WIEGAND, adepte de la solution réelle, estime cependant qu'il faut envisager en particulier pour les gamètes la possibilité de compléter la propriété par un droit de la personnalité⁹³.

HEGNAUER exclut expressément la propriété sur les gamètes⁹⁴. Il les considère comme faisant partie de la sphère de la personnalité du donneur⁹⁵. Pour GUINAND, également, le statut des gamètes est clair: ils

⁸⁹ SCHAUMANN, p. 65.

⁹⁰ SCHAUMANN, p. 66.

⁹¹ PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 72.

⁹² Voir pp. 381-3 ci-dessous.

⁹³ KSP-WIEGAND, No 18 ad *Vorbemerkungen zu 641* sq. CC.

⁹⁴ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, pp. 69-70; HEGNAUER, *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, p. 55.

⁹⁵ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 85.

sont des éléments de la personnalité du donneur⁹⁶. GUILLOD se rallie à cette conception⁹⁷.

B. A l'étranger

1. En France

Pour LABBÉE, le droit de l'individu sur les produits de son corps est «nécessairement réel», raisonnement qu'il faut adopter pour ce que l'auteur range sous la dénomination de «produits de la conception». L'auteur espère simplement que ces éléments se verront reconnaître un régime spécifique, mais «cette spécificité [...] ne pourra se concevoir qu'à l'intérieur des droits réels»⁹⁸.

BAUDOIN/LABRUSSE-RIOU attirent l'attention de leur lecteur sur les conséquences de la consécration d'un droit de propriété. Les auteurs s'inquiètent avant tout du caractère transmissible du droit. Ils doutent que le sperme puisse faire l'objet d'un libre pouvoir de disposition, qu'il puisse être légué à cause de mort ou cédé entre vifs à une personne déterminée. Les auteurs estiment que c'est «s'enfermer dans un schéma dépassé» et «faire preuve d'un manque d'imagination juridique» que d'analyser le droit de disposer de ses gamètes sous l'aspect du rapport de droit classique sujet—objet. En conclusion, ils considèrent que ce droit relève davantage d'une liberté que d'un droit subjectif⁹⁹.

La jurisprudence française, exprimée dans l'affaire Parpalaix, ne se prononce pas explicitement. Il découle notamment du refus d'appliquer les règles du dépôt à la conservation, par un institut, du sperme d'un homme devenu stérile que les juges ont de fortes réticences à entrer dans l'optique réelle. Les juges relèvent que le sperme «est lié à une liberté fondamentale de l'être humain, celle de donner la vie ou de ne pas la donner», et que, le système juridique français accordant à cette liberté «une valeur essentielle», il exclut «que le sperme puisse être soumis aux régimes qui organisent les échanges de biens patrimoniaux»¹⁰⁰.

Dans une autre affaire de revendication du sperme d'un mari décédé, les juges ont poursuivi dans cette voie, affirmant que l'épouse ne pouvait invoquer un «droit patrimonial ou successoral sur le sperme qui n'est pas

⁹⁶ GUINAND, *SJ* 1986, p. 127.

⁹⁷ GUILLOD, *SJ* 1986, p. 119.

⁹⁸ LABBÉE, pp. 275-6.

⁹⁹ BAUDOIN/LABRUSSE-RIOU, pp. 190-1.

¹⁰⁰ *Gaz. Pal.* 1984 I 560, 561.

une chose dans le commerce et dont la nature extra-patrimoniale est avérée.¹⁰¹»

2. En Allemagne

Le 9 novembre 1993, le *Bundesgerichtshof* (BGH) a, nous l'avons vu¹⁰², rendu un arrêt topique, traitant de la destruction, par un institut, d'un dépôt de sperme. Le tribunal a adopté une solution nuancée, en relative contradiction avec l'ensemble de la doctrine. Sans se prononcer réellement sur le caractère acceptable du schéma de la propriété, les juges ont élaboré une solution fondée sur le droit de la personnalité. Le demandeur avait invoqué à la fois la violation de son droit de propriété sur le sperme, de son droit général de la personnalité ainsi que du droit à l'intégrité corporelle. L'instance inférieure l'avait débouté, refusant en particulier d'admettre la violation de l'intégrité corporelle, au motif qu'il n'y avait pas d'atteinte au corps lui-même¹⁰³. La dernière instance a au contraire retenu ce grief. Elle a d'abord redéfini la notion d'intégrité corporelle, puis l'a étendue, dans un premier temps, aux parties destinées à être réimplantées chez le donneur, ainsi que, dans un second temps, aux éléments qui continuent à assurer des fonctions corporelles importantes¹⁰⁴.

PALANDT a repris cette solution, en la simplifiant sur un point. Il englobe directement dans l'intégrité corporelle tous les éléments séparés qui contribuent à la conservation des fonctions corporelles ou qui seront réimplantés chez le donneur. Il admet par ailleurs clairement le droit de propriété sur les parties qui ne rentrent pas dans ces catégories¹⁰⁵.

SCHNORBUS est d'avis que la protection conférée par la propriété ne suffit pas, dans la mesure où le donneur doit être habilité, même après le transfert de la propriété, à se prononcer dans certaines circonstances quant à l'utilisation de l'élément corporel¹⁰⁶. L'auteur est convaincu par la solution du *Bundesgerichtshof*: dans la mesure où le progrès médical permet de détacher du corps des parties intégrantes sans les priver de leurs fonctions naturelles, alors l'ordre juridique doit tenir compte de cette évolution par une protection croissante de l'intégrité corporelle et la garantie du droit à l'auto-détermination¹⁰⁷.

¹⁰¹ JCP 1992, no 11, II, 21807, p. 66.

¹⁰² Voir p. 33 ci-dessus.

¹⁰³ NJW 1994, p. 127.

¹⁰⁴ NJW 1994, pp. 127-8.

¹⁰⁵ BGB-HEINRICH, No 3 ad §90 BGB.

¹⁰⁶ SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 832.

¹⁰⁷ SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 834.

TAUPITZ, par contre, s'oppose à la solution du BGH. Il en reconnaît l'originalité, mais refuse l'introduction de l'artifice consistant à élargir la notion d'intégrité corporelle. Il serait souhaitable, à son avis, de chercher à obtenir un résultat satisfaisant sur la base de la conception classique de l'intégrité¹⁰⁸. L'auteur parvient à la conclusion que l'artifice utilisé par le tribunal est en réalité un moyen de contourner les conditions limitatives posées par la jurisprudence à la violation du droit général de la personnalité¹⁰⁹.

3. Aux Etats-Unis

Les gamètes n'inspirent que très peu les auteurs américains.

ANDREWS expose qu'à l'heure de l'insémination artificielle, les individus sont fréquemment contraints de confier leurs gamètes à des tiers, qu'il s'agisse du médecin, du laboratoire ou du centre de procréation assistée. Si ces éléments ne sont pas considérés comme susceptibles de propriété, il est difficile de garantir une protection digne de ce nom aux déposants¹¹⁰.

Le *Uniform Anatomical Gift Act*, contrecarrant la tendance générale à l'étranger, réserve un traitement moins restrictif au sperme qu'aux autres tissus. Le sperme est en effet rangé dans la catégorie des substances régénérables, auxquelles des *full property rights* sont reconnus. Le donneur peut en particulier vendre ses gamètes¹¹¹.

Ce régime permissif et l'absence d'exposés de doctrine spécifiques s'expliquent probablement par la présence aux Etats-Unis d'un marché de gamètes lucratif. De véritables campagnes publicitaires sont lancées régulièrement pour recruter des donneurs des deux sexes, lesquels sont souvent généreusement rétribués¹¹². Face à la banalisation de ce commerce, la réflexion juridique perd forcément de son impact. La controverse existe sur certains points, mais elle n'a rien à voir avec les débats théoriques que l'Europe connaît.

Paradoxalement, alors que les conceptions de notre continent nous conduisent à marginaliser les gamètes pour en faire une catégorie de produits corporels nécessitant une protection spécifique, le continent américain est débarrassé de ces considérations d'ordre éthique. Les ovules et les spermatozoïdes faisant l'objet d'un commerce avéré, réunissant des donneurs rémunérés et des cliniques ou instituts craignant la pénurie et ne

¹⁰⁸ TAUPITZ, *NJW* 1995, p. 747.

¹⁰⁹ TAUPITZ, *NJW* 1995, p. 752.

¹¹⁰ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 30.

¹¹¹ RITTER, *Southwestern University Law Review* 21/1992, p. 1467.

¹¹² SAUER, *Fertil Steril* 1999, Vol. 71 (1), p. 7; BERGH, *Fertil Steril* 1999, Vol. 71 (1), p. 9.

reculant jamais devant l'incitation financière, bon nombre de questions sont résolues de fait. Ces méthodes ne s'étant pas généralisées à l'ensemble des éléments corporels, les enjeux théoriques se posent davantage pour les organes et les tissus, la pratique n'ayant dans ce domaine pas imposé de solution dictée par les lois du marché. Sur d'autres points, le débat s'identifie à celui qui perdure sur les autres parties séparées. Nous pouvons donc renvoyer ici à l'exposé de doctrine américaine ci-dessus¹¹³.

III. Le droit reconnu sur le matériel génétique

A. En Suisse

La grande majorité des auteurs ne conçoit, du moins explicitement, pas de droit spécifique sur le matériel génétique. Il est difficile de dire s'il s'agit d'une lacune proprement dite, à savoir que la doctrine laisse intentionnellement la problématique de côté, ou si elle fait partager à cet élément, implicitement, le régime des parties séparées.

GUILLOD souhaite voir l'information génétique soumise à une maîtrise permanente de la part de son titulaire. Si l'on ajoute à cette première exigence, le respect indispensable de la valeur hautement personnelle de l'information, le régime de la personnalité s'impose¹¹⁴. Pour DESCHENAU/STEINAUER, «[l]e patrimoine génétique d'une personne appartient tant à sa sphère intime qu'à son intégrité corporelle.¹¹⁵»

SCHWEIZER considère que les screenings et les tests génétiques sont susceptibles de porter atteinte à la fois à l'intégrité personnelle, au domaine privé et intime, ainsi qu'au «droit d'autodétermination de chaque personne sur les informations la concernant¹¹⁶».

B. A l'étranger

1. En France

FABRE-MAGNAN mentionne le problème du matériel génétique, constatant que «[l]a pression pour une patrimonialisation est croissante», qu'elle se

¹¹³ Voir pp. 138-40 ci-dessus.

¹¹⁴ GUILLOD, *SJ* 1986, p. 118.

¹¹⁵ DESCHENAU/STEINAUER, No 588i.

¹¹⁶ SCHWEIZER, No 94 ad 24^{novies} aCst.

manifeste également pour les «informations génétiques» et que cela lui semble «dénué de sens»¹¹⁷.

CADIET passe en revue la solution réelle, puis la solution personnelle, pour en fin de compte, les écarter toutes deux. Il reproche à la première d'avoir «cet effet pervers de permettre au titulaire du droit d'exercer cette prérogative essentielle qu'est l'abus, le droit de disposer de la chose afin d'en tirer toutes les utilités économiques.¹¹⁸» Par ailleurs, partisan de l'indisponibilité du corps humain, il considère que reconnaître un droit de disposer serait inutile, puisque précisément mis en échec par ce principe¹¹⁹. Si la thèse personnelle lui semble plus «conforme à l'esprit du droit français», elle ne le satisfait pas pour autant. En effet, il déplore le manque de précision de la notion de droit de la personnalité. Par ailleurs, ce schéma ne couvrirait pas toutes les situations qui pourraient impliquer l'information génétique: «Ainsi, comment concilier l'affirmation d'un droit de la personnalité et la possibilité, pour le médecin, de ne pas révéler au patient l'information révélée par un test génétique?»¹²⁰ Enfin, propriété et personnalité s'attirent le même reproche: dans le cas particulier du statut du corps, la personne est à la fois sujet et objet d'un rapport de droit. En définitive, le régime élu par CADIET est celui des libertés fondamentales¹²¹. Selon GALLOUX, le matériel génétique humain est utilisé à l'heure actuelle «comme un simple matériau de vie appropriable selon des droits corporels ou incorporels.¹²²» Il ne se prononce cependant pas sur le droit lui-même. Il se contente de relever que la qualification réelle n'implique pas forcément appropriation ou commerce. Il laisse le soin au législateur d'aménager le régime juridique de ces «choses génétiques», en promouvant «la défense du vivant et la protection de la dignité de l'homme»¹²³.

KNOPPERS, sans fournir elle-même de réponse, insiste sur l'importance qu'il y a d'établir le «fondement juridique» des droits des individus sur leur information génétique. Cette tâche exige «une vision de la nature humaine basée sur des connaissances scientifiques précises»¹²⁴.

MOLINARI relève enfin que les technologies de reproduction de l'information ont élargi le champ des investigations humaines: «Sont désormais accessibles des signes inhérents à la personne humaine qui ont

¹¹⁷ FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 612, note 155.

¹¹⁸ CADIET, *La génétique humaine*, p. 58.

¹¹⁹ CADIET, *La génétique humaine*, p. 60.

¹²⁰ CADIET, *La génétique humaine*, pp. 60-1.

¹²¹ CADIET, *La génétique humaine*, pp. 61-5.

¹²² GALLOUX, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 214.

¹²³ GALLOUX, *RRJ* 1989, p. 550.

¹²⁴ KNOPPERS, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 110.

ceci de particulier que celle qui les détient en ignore souvent même l'existence.¹²⁵»

2. En Allemagne

Les auteurs consultés se révèlent peu préoccupés par le statut du matériel génétique. La protection des informations que contient l'ADN est souvent abordée, mais le statut de cet ADN ne suscite pas de réflexions particulières.

TAUPITZ voit dans l'analyse génétique le potentiel d'une violation de la personnalité¹²⁶. Ce résultat ne découle cependant pas de l'élaboration d'un régime spécifique pour le matériel génétique. Il procède de l'application de la thèse générale selon laquelle les éléments corporels sont l'objet d'une double protection, conférée à la fois par le droit de propriété et le droit de la personnalité¹²⁷.

3. Aux Etats-Unis

Le *Human Genome Project* est une entreprise qui a pour but principal de déchiffrer l'ensemble de l'information génétique contenue dans l'ADN nucléaire. Les Américains se sont penchés sur les implications éthiques, légales et sociales de ce projet et ont établi des *Guidelines for Protecting Privacy of Information Stored in Genetic Data Banks*, qui ont abouti à la rédaction du *Genetic Privacy Act*¹²⁸. Ce document est une proposition de législation fédérale. Il repose principalement sur l'idée que l'information génétique est différente des autres types d'information personnelle et, à ce titre, nécessite une protection particulière¹²⁹.

Le postulat de base de l'acte est le suivant: aucun tiers ne doit détenir d'échantillons d'ADN ou d'information génétique identifiables, à moins que l'individu n'autorise expressément la collecte des échantillons pour le but de l'analyse génétique, autorise la création de cette information privée, ait accès à et contrôle sur la dissémination de cette information¹³⁰.

Sans exposer en détails les solutions retenues par le *Genetic Privacy Act*, il faut relever la présence d'une distinction importante. Le texte règle de manière distincte la propriété sur l'échantillon d'ADN et la maîtrise sur l'information génétique elle-même. Dans le premier cas, les dispositions

¹²⁵ MOLINARI, *La génétique humaine*, p. 3.

¹²⁶ TAUPITZ, *AcP* 191 (1991), p. 210.

¹²⁷ TAUPITZ, *AcP* 191 (1991), p. 209; *JZ* 1992, p. 1093.

¹²⁸ www.ornl.gov/TechResources/Human_Genome/resource/privacy/privacy1.html.

¹²⁹ *Genetic Privacy Act*, p. 1.

¹³⁰ *Genetic Privacy Act*, p. 3.

parlent d'*ownership* et de *property* (Section 104, lettre a) ce qui laisse supposer la prévalence de la solution réelle.

On trouve cette même distinction chez un auteur qui s'inquiète de la vente de données médicales à l'industrie pharmaceutique. Il souligne que le statut de la donnée ne peut être assimilé à celui de son support¹³¹.

Ici encore, la réalité a précédé le débat. Une étude de l'*Office of Technology Assessment* a établi que chacune des quelques quatre cents compagnies américaines actives dans le domaine de la biotechnologie utilisaient des échantillons de tissu humain dans leurs recherches, et ceci par dizaines de milliers¹³². Quelle place reste-t-il pour la discussion théorique face à une pratique aussi établie? Ainsi, la doctrine ne peut que prendre acte de cette réalité et réfléchir à ses enjeux, mais ceci à un stade ultérieur. Les auteurs cherchent à l'heure actuelle à déterminer notamment le champ d'application du consentement des individus dont proviennent les échantillons, ainsi que la nécessité de les informer du suivi des recherches ou de les faire profiter d'éventuelles retombées financières¹³³.

IV. Conclusion

«La propriété a décidément mauvaise presse», s'exclame MACKAAY¹³⁴. Nous ne pouvons que souscrire à ce constat. Cette structure juridique est systématiquement évacuée du débat sur la base de deux concepts qui semblent à la fois indissociables du régime des parties séparées et incompatibles avec la propriété. Une fois que les mots "indisponibilité" et "extra-patrimonialité" sont lâchés, le lecteur est censé se rendre à l'évidence que la propriété ne saurait en aucun cas régir les éléments associés à de telles notions.

L'embarras des auteurs est évident. Les esprits ne sont pas habitués, et visiblement pas prêts, à juxtaposer les termes "éléments corporels" et "propriété". La conséquence en est une réaction quasi allergique, exception faite des auteurs allemands, à la mention des droits réels dans la discussion sur le statut des parties séparées. Dans cette optique, le droit de la personnalité semble le dernier rempart contre l'esclavage¹³⁵, la réduction

¹³¹ BRAHAMS, *Lancet* 1990, Vol. 335, p. 40.

¹³² CURRAN, *New Engl J Med* 1991, Vol. 324 (14), p. 999.

¹³³ CLAYTON ET AL., *JAMA* 1995, Vol. 274 (22), p. 1786; DICKSON, *Nature* 1996, Vol. 381, pp. 11-4; KNOPPERS/LABERGE, *JAMA* 1995, Vol. 274 (22), pp. 1806-7.

¹³⁴ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 218.

¹³⁵ MANAÏ, *Personne, Société, Nature*, p. 30.

de la personne à «un ensemble de pièces détachables¹³⁶» et l'«humanité de synthèse¹³⁷».

Cette attitude dénote une certaine hypocrisie, et ceci à deux égards. D'une part, on refuse le concept de propriété pour les parties séparées, alors que dans les faits on en accepte les manifestations concrètes, en particulier les formes d'échange. Il suffit, pour s'en convaincre, de songer au système de collecte et de redistribution du sang¹³⁸.

D'autre part, le discours des auteurs est émaillé d'expressions empruntées sans aucune ambiguïté au vocabulaire des droits réels. On parle de don¹³⁹, de cession¹⁴⁰, de droit de disposer¹⁴¹, de chose¹⁴², d'aliénation¹⁴³, de propriété¹⁴⁴ même.

Nous ne prétendons pas qu'il faut éviter d'employer ces termes. Nous cherchons simplement à établir que l'auteur qui se pose en pourfendeur de la propriété devrait être attentif aux termes qu'il emploie et se demander si, dans la mesure où leur utilisation répétée lui semble indispensable, cela n'est pas dû au fait que le langage, dans ce cas, reflète une réalité dont il faut tenir compte.

On élabore ainsi, à l'aide d'institutions empruntées à la propriété, un statut très proche de celle-ci. Pour s'en distancer cependant, on l'entoure de garde-fous tels que le consentement et le caractère gratuit. Cela suffit-il à transformer le régime choisi en une figure juridique suffisamment distincte de la propriété pour qu'il ne soit plus possible de l'y rattacher? Rien n'est moins sûr et nous allons nous attacher à le démontrer.

§ 2 Les caractéristiques du droit de propriété

La position des auteurs et, le cas échéant, de la jurisprudence nous est maintenant connue. Ainsi que nous avons procédé pour déterminer la nature des parties séparées, nous allons maintenant étudier de plus près le droit de propriété afin de décider s'il est propre à régir le statut des

¹³⁶ CONSEIL D'ETAT, p. 34.

¹³⁷ BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, p. 281.

¹³⁸ Voir Chapitre VI ci-dessous.

¹³⁹ GUINAND, *SJ* 1986, p. 126.

¹⁴⁰ NERSON, *RTDC* 1970, p. 676.

¹⁴¹ BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, p. 189.

¹⁴² FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 611.

¹⁴³ MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 35.

¹⁴⁴ SAVATIER, *Recueil Dalloz* 1954, *Chronique XXV*, p. 142.

éléments corporels. Pour ce faire, il est indispensable dans un premier temps de décrire les différentes caractéristiques de ce droit réel.

I. Un droit absolu

Un droit absolu est un droit dont le débiteur est l'ensemble des justiciables. Il peut s'exercer envers tous¹⁴⁵. Il n'y a qu'une seule et unique obligation commune, celle de s'abstenir de venir troubler les prérogatives du titulaire du droit. Le droit absolu diffère en cela du droit relatif, qui n'est opposable qu'à un ou quelques individus.

Le droit réel se distingue des autres droits absolus par le fait qu'il porte sur une chose. En tant que titulaire d'un droit absolu, le propriétaire peut interdire aux tiers toute atteinte à l'objet du droit. Le droit réel consiste ainsi dans l'exclusion des tiers auxquels il est fait interdiction de troubler le titulaire dans son droit d'utiliser et de disposer juridiquement et matériellement d'une chose corporelle¹⁴⁶.

A. Les attributs du droit de propriété

Du caractère absolu de la propriété découlent deux attributs propres aux droits réels¹⁴⁷.

1. Le droit de suite

Cette prérogative permet au propriétaire de faire valoir son droit contre tout possesseur de la chose. Il existe cependant des cas dans lesquels le tiers qui détient la chose peut tenir la propriété en échec¹⁴⁸. C'est le cas de l'acquisition par un tiers de bonne foi (art. 933 sq. CC). Nous n'y reviendrons que dans la mesure où cette forme de transfert de la propriété présente un intérêt dans le cadre de notre étude.

2. Le droit de préférence

La titularité d'un droit réel permet au propriétaire de l'emporter sur les individus qui n'ont qu'un droit de créance sur la chose¹⁴⁹.

¹⁴⁵ DESSEMONTEY, *Mélanges Grossen*, p. 42.

¹⁴⁶ REY, No 212.

¹⁴⁷ STEINAUER, No 23.

¹⁴⁸ STEINAUER, No 24.

¹⁴⁹ STEINAUER, No 26.

B. Les parties séparées et le caractère absolu du droit

Un droit absolu permet d'exclure toute intervention de tiers sur l'objet du droit: «chacun est tenu à l'égard du titulaire de s'abstenir de troubler la maîtrise de celui-ci sur la chose.¹⁵⁰» Que demander de plus? La protection externe que confère un droit absolu est optimale. Il n'existe à cet égard pas de protection plus étendue, permettant de limiter davantage les immissions de tiers. Soulignons par ailleurs que le droit réel partage cette caractéristique avec le droit de la personnalité. Sur ce point, le titulaire du droit est aussi bien armé contre les agressions extérieures dans la configuration réelle que dans la configuration personnelle.

II. Le principe de publicité

A. La publicité des droits réels

Le droit suisse est imprégné d'un principe selon lequel les droits réels doivent être reconnaissables par chacun. Il est ainsi essentiel de les rendre, d'une manière ou d'une autre, publics.

Le principe de publicité découle du caractère absolu du droit. Si les prérogatives qui lui sont attachées s'imposent à tous, l'existence du droit qui les fonde doit être reconnaissable par toute personne qui est concernée, ou qui pourrait l'être, par ses effets¹⁵¹. Le droit réel doit «être revêtu d'une forme extérieure, reconnaissable pour les tiers», il doit être «rendu manifeste»¹⁵². Le principe assure ainsi que le caractère reconnaissable soit garanti pour chacun et que les changements de situation juridique soient visibles¹⁵³. La publicité des droits réels contribue largement à la sécurité du commerce juridique¹⁵⁴.

Pour atteindre le but fixé, le droit suisse a mis sur pied une série d'institutions. Sans entrer dans des détails qui ne sont d'aucune pertinence pour notre étude, rappelons que les outils assurant la publicité des droits réels diffèrent selon l'objet du droit. En matière de meubles, le mode de publicité est la possession. Pour les immeubles, ainsi que pour certaines catégories de meubles, le législateur a eu recours à un moyen de publicité «artificiel»¹⁵⁵: l'inscription dans un registre. Ce mode est artificiel en ce

¹⁵⁰ STEINAUER, No 13.

¹⁵¹ REY, No 273.

¹⁵² STEINAUER, No 125.

¹⁵³ KSP-WIEGAND, No 52 ad *Vorbemerkungen zu* 641 sq. CC.

¹⁵⁴ REY, No 273.

¹⁵⁵ STEINAUER, No 127.

sens qu'il est une création du législateur. La possession est un moyen de publicité naturel parce qu'elle préexiste au droit, qu'elle est présente indépendamment de toute action législative¹⁵⁶.

B. Les parties séparées et le principe de publicité

Conformément au principe exposé ci-dessus, la titularité des parties séparées devrait être établie à l'égard des tiers par la possession, à savoir la maîtrise de fait sur l'objet¹⁵⁷. A cet égard, les éléments corporels ne se distinguent en rien des meubles ordinaires.

Ils ont pourtant une particularité qui les en écarte fondamentalement. Chaque cellule d'un organe ou d'un tissu, à quelques très rares exceptions¹⁵⁸, est munie d'un noyau renfermant l'entier du code génétique de l'individu. Le noyau d'une cellule somatique contient en effet les 23 paires de chromosomes dont est pourvu l'être humain, chromosomes constitués d'ADN. Cet ADN joue le rôle d'un registre permanent, omniprésent et ineffaçable. Il est chaque jour moins secret et plus accessible aux chercheurs en génétique. Lorsque le *Human Genome Project*, entreprise ambitionnant de décrypter toutes les bases constituant le génome humain, aura abouti¹⁵⁹, le code génétique d'un individu sera lisible de bout en bout¹⁶⁰. L'individu portera comme une étiquette permanente, illisible, du moins partiellement, jusqu'alors, mais entièrement décodée au début du troisième millénaire. On pourrait juger ainsi que cette qualité unit la partie séparée à l'individu de manière telle que la possession est superflue. Cette considération pourrait nous inciter à interrompre ici notre étude de la propriété pour abandonner cette solution.

L'instauration du système de publicité des droits réels repose en effet sur le fondement même de la distinction entre propriété et personnalité, entre avoir et être. Nous verrons plus bas que le propre des attributs de la personnalité est d'être à ce point proches de la personne que toute apparence de rattachement est superflue¹⁶¹. L'appartenance est si forte qu'elle en devient évidente.

¹⁵⁶ KSP-WIEGAND, No 53 ad *Vorbemerkungen zu 641 sq.* CC.

¹⁵⁷ REY, No 277.

¹⁵⁸ L'érythrocyte, par exemple, cellule sanguine responsable de la coloration rouge du sang, ne contient pas de noyau.

¹⁵⁹ Ce projet a déjà partiellement abouti, mais il ne sera complètement achevé qu'en 2003; voir p. 420 ci-dessous.

¹⁶⁰ JORDAN/COLLINS, *Nature* 1996, Vol. 380, p. 112.

¹⁶¹ Voir p. 189 ci-dessous.

Les parties séparées comportent, dans le secret de l'ADN nucléaire, l'identité de l'individu dont elles proviennent. Si notre analyse du principe de publicité aboutit au constat que l'institution de la possession est superflue pour établir l'appartenance, le régime de la propriété devra être jugé peu adéquat et le régime de la personnalité parfaitement adapté.

Cependant, l'appartenance doit être rendue manifeste pour les tiers¹⁶². Or le code génétique d'un individu n'est pas inscrit à la surface de chacun des éléments de son corps. Au contraire, il est enfoui au sein d'un noyau, lui-même enfermé dans une cellule, qui n'est elle-même que la minuscule unité de base d'un échantillon de tissu ou d'un organe.

Avant de parvenir à l'ADN, un nombre important de manipulations sont indispensables. Lorsqu'on a mis à jour le matériel génétique nucléaire, l'identité est encore un secret bien gardé. Il faut dégager de ce support l'information qu'il constitue. Celle-ci réside en une suite de nucléotides qui, par séquences, codent l'information nécessaire à la synthèse d'une protéine. La clé du patrimoine génétique réside dans la lecture de ces séquences.

Ainsi, bien que présente, l'information génétique qui rattache une partie séparée à l'individu dont elle provient est loin de conférer à l'appartenance le caractère manifeste recherché. Le rattachement à l'individu existe, mais il passe au second plan. Il nécessite, pour être établi, que l'on procède à un décodage de l'ADN cellulaire. Le lien n'est pas visible à l'oeil nu et la publicité repose sur une opération scientifique préalable. C'est pourquoi il reste indispensable d'assurer la publicité par la possession. On aura recours, pour établir publiquement l'appartenance, à des moyens de publicité directe, établissant le lien sans doute possible, et ceux-ci relèveront précisément de l'appropriation privée. Pour établir la maîtrise sur un échantillon, le récipient portera une étiquette, comportant l'identité du donneur et rattachant clairement la partie séparée à l'individu dont elle provient.

Ainsi, sur ce point, les parties séparées se calquent parfaitement sur le régime des droits réels.

III. Un droit de maîtrise

Une partie de la doctrine voit dans la propriété un droit à double facette¹⁶³. La première est positive: elle confère au titulaire la maîtrise directe sur la

¹⁶² STEINAUER, No 125.

¹⁶³ NIGGLI, No 52.

chose objet du droit. La seconde est négative: elle a pour effet de tenir les tiers à l'écart¹⁶⁴.

A. La maîtrise directe

«La propriété est le droit réel conférant à son titulaire la maîtrise totale et exclusive d'une chose¹⁶⁵». Cette maîtrise est la somme de deux facultés¹⁶⁶.

1. Le pouvoir protique de disposition

Ce pouvoir de disposition permet à l'individu d'exercer la maîtrise de fait sur la chose, à savoir d'accomplir tous les actes matériels imaginables. Il peut l'utiliser, la modifier, voire la détruire. Ce pouvoir n'est cependant pas infini, mais doit s'exercer au sein des limites de l'ordre juridique.

2. Le pouvoir juridique de disposition

Grâce au pouvoir juridique dont il dispose, le titulaire du droit peut accomplir tous les actes juridiques possibles relatifs à la chose. Il peut transférer la propriété à un tiers ou grever l'objet de sa prérogative. Le propriétaire peut également abandonner la chose ou en disposer à cause de mort. Là aussi, le pouvoir de disposition du titulaire est soumis aux restrictions imposées par l'ordre juridique.

B. L'exclusion des tiers

Cet aspect du droit réel est essentiellement négatif, en ce sens qu'il ne sert qu'à défendre la propriété du titulaire. Il oblige les tiers à respecter le droit d'autrui, mais il ne les contraint à aucune obligation de nature positive. Cet élément négatif est bien résumé par FABRE-MAGNAN: «conférer un droit de propriété aux individus consiste [...] à reconnaître une sphère d'appropriation privée et, partant, à retirer une chose de l'usage commun¹⁶⁷».

En réalité, l'exclusivité est «la caractéristique commune de tous les droits subjectifs et elle ne permet pas de distinguer la propriété des autres droits.¹⁶⁸»

¹⁶⁴ REY. No 573; NIGGLI. No 52.

¹⁶⁵ STEINAUER, No 1003.

¹⁶⁶ REY. Nos 574-7.

¹⁶⁷ FABRE-MAGNAN. *RTDC* 1997, p. 588.

¹⁶⁸ FABRE-MAGNAN. *RTDC* 1997, p. 588.

C. Les parties séparées et la maîtrise

Cet aspect du droit de propriété ne pose pas problème. Au contraire, il s'inscrit dans la lignée d'une maîtrise totale de l'individu sur la chose, laquelle est généralement recherchée. Il reste ensuite au législateur à tracer le cadre dans lequel il souhaite voir s'inscrire les actes de l'individu sur les produits de son corps.

IV. Un droit patrimonial

Les ouvrages généraux de droits réels consultés ne mentionnent qu'exceptionnellement¹⁶⁹, dans la description des caractéristiques du droit de propriété, son caractère patrimonial. Pour notre étude, cet élément est essentiel. Il est en effet au coeur de la dispute relative au statut des parties séparées. Il représente la principale pierre d'achoppement des thèses développées: la plupart des auteurs écartent en effet le droit de propriété du spectre des droits envisageables, sur la seule base de son caractère patrimonial, n'envisageant le régime des éléments corporels que sous l'angle extra-patrimonial¹⁷⁰.

A. La confusion

Même s'ils y font appel de manière répétée, le concept de patrimonialité est peu précis pour les auteurs consultés¹⁷¹. Il est associé ou assimilé à toute une série d'autres concepts, tels que le caractère onéreux, la disponibilité ou la commercialité.

Ainsi NERSON déclare-t-il que «la cession d'éléments du corps humain ne saurait être assimilée à une vente car le droit de l'individu sur son corps n'est pas de nature patrimoniale¹⁷²». L'auteur en conclut qu'il y a don. SAVATIER, quant à lui, se félicite de l'utilisation, dans la discussion sur le statut du sang, du terme de don, «langage d'une exacte signification». L'auteur se réjouit en effet que l'utilisation de ce terme vienne contrebalancer celle de l'expression «banque du sang»¹⁷³. Or, deux lignes plus haut, l'auteur affirme de manière péremptoire que le droit sur le sang n'est «nullement patrimonial».

La donation, contrat d'aliénation, est de nature patrimoniale, puisqu'elle implique l'intervention de droits patrimoniaux. Le caractère gratuit de la

¹⁶⁹ STEINAUER, No 18.

¹⁷⁰ Voir pp. 128 sq., spéc. 130-1 ci-dessus.

¹⁷¹ HARICHAUX, p. 36.

¹⁷² NERSON, *RTDC* 1970, p. 676.

¹⁷³ SAVATIER, *Recueil Dalloz* 1954, *Chronique XXV*, p. 142.

transaction n'y change rien. HEGNAUER a le mérite de le relever, souscrivant à l'idée que si l'on refuse le droit patrimonial sur un gamète, on exclut par là même la figure du don¹⁷⁴.

SERIAUX affirme que le don «ne relève pas d'une philosophie de la patrimonialité¹⁷⁵». Si cette remarque est probablement juste, elle ne change rien aux catégories juridiques qui font de la donation et de la vente des actes à teneur patrimoniale équivalente.

B. La définition du caractère patrimonial

Un droit patrimonial est un droit «évaluable en argent¹⁷⁶», apte «à être transformé en argent¹⁷⁷», ou encore «dont la valeur peut être évaluée en argent¹⁷⁸».

La valeur pécuniaire n'est, pour quelques auteurs, pas le seul critère. Certains y ajouteraient le caractère réalisable de la valeur en question. Comme le remarque NIGGLI, cependant, le concept de "valeur pécuniaire" n'a de signification réelle que s'il est fixé *in abstracto*. En effet, non seulement c'est une donnée qui peut varier très rapidement, mais en plus elle diffère souvent de manière conséquente selon le lieu ou les circonstances¹⁷⁹.

GILLIÉRON considère qu'un droit sur un bien insaisissable «n'est pas exclu du patrimoine¹⁸⁰». CATALA, auteur français, formule cette même idée, mais de manière un peu plus nuancée. Il fait appel aux «degrés de la patrimonialité». L'idée de base est qu'un droit patrimonial est non seulement évaluable en argent, mais également placé dans le commerce juridique¹⁸¹: «La patrimonialité postule donc l'évaluation, mais, pour être totale, elle suppose aussi la cessibilité onéreuse et la transmissibilité à cause de mort.¹⁸²» L'auteur relève ensuite qu'il arrive que l'un des éléments s'efface. Ainsi, un droit peut devenir inaliénable ou s'éteindre au décès de son titulaire. Il n'en perd pas pour autant son caractère patrimonial. Il existe ainsi un spectre de droits, situés entre le droit de propriété,

¹⁷⁴ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 84.

¹⁷⁵ SERIAUX, *RTDC* 1994, p. 806.

¹⁷⁶ AUDIER, p. 4.

¹⁷⁷ GANI LUCIEN, *La saisissabilité des droits patrimoniaux en matière d'accréditif documentaire*, Thèse Lausanne, 1987, p. 67.

¹⁷⁸ STEINAUER, No 18.

¹⁷⁹ NIGGLI, No 141.

¹⁸⁰ GILLIÉRON, p. 17.

¹⁸¹ CATALA, *RTDC* 1966, p. 206.

¹⁸² CATALA, *RTDC* 1966, p. 207.

patrimonial par excellence, et le droit de la personnalité, en lui-même purement extra-patrimonial¹⁸³. CATALA constate une sorte de mouvement général de la catégorie la moins patrimoniale au rang parfaitement patrimonial. Cela commence par le caractère évaluable, puis viennent s'y ajouter l'exigibilité, la cessibilité, la saisissabilité, la transmissibilité, et enfin l'inclusion comptable dans la masse. Pour l'auteur, les droits qui ne possèdent pas l'ensemble de ces attributs tendent à les acquérir progressivement, et ceci tant qu'aucune considération «intuitu personae» ne bloque cette évolution¹⁸⁴.

SERIAUX situe le «véritable critère de la patrimonialité» dans «l'accessibilité à l'échange». Dans cette optique, le bien patrimonial par excellence est l'argent¹⁸⁵. A l'inverse, plus le bien est lié à son titulaire, moins il est patrimonial: «Le noyau dur de la patrimonialité est donc constitué par tous les biens qui, même s'ils sont pourvus d'un légitime possesseur, ne sont pas rattachés à ce dernier au point de faire partie de son être.¹⁸⁶»

CATALA relève le caractère essentiellement relatif du patrimoine: «Le patrimoine est, pour partie, ce que les individus veulent qu'il soit. Il est aussi ce que la société leur permet, en un moment donné, de produire, d'échanger et d'amasser. Or ces deux facteurs ne sont pas statiques.¹⁸⁷»

C. Distinctions

Le discours juridique a recours à de nombreux concepts qui sont constamment invoqués dans la discussion, imposés dans le débat au titre d'axiomes, très souvent pris les uns pour les autres et régulièrement considérés comme incompatibles avec un droit patrimonial.

A titre d'exemple, HARICHAUX qui tente précisément de faire de l'ordre dans ce fatras de termes techniques, se perd elle-même. Ainsi, sous le titre "Extra-patrimonialité du corps humain", elle aborde le thème de la gratuité¹⁸⁸. Autre exemple: dans un rapport officiel figurerait l'indication selon laquelle «le principe d'indisponibilité, c'est le principe de non-patrimonialité.¹⁸⁹»

¹⁸³ CATALA, *RTDC* 1966, p. 210.

¹⁸⁴ CATALA, *RTDC* 1966, pp. 212-3.

¹⁸⁵ SERIAUX, *RTDC* 1994, p. 805.

¹⁸⁶ SERIAUX, *RTDC* 1994, p. 806.

¹⁸⁷ CATALA, *RTDC* 1966, p. 213.

¹⁸⁸ HARICHAUX, pp. 35 sq.

¹⁸⁹ Rapport Sapin, cité par HARICHAUX, p. 40.

Ces assertions trahissent une confusion certaine entre des notions bien distinctes, faisant référence à des concepts juridiques indépendants les uns des autres.

1. La gratuité

La Suisse est en passe de réglementer globalement les activités liées à l'utilisation des parties séparées du corps humain. De ce mouvement législatif, un principe ressort clairement, celui de la gratuité. Il figure à l'article 17 de l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants, mais ne concerne que les transplants. L'article constitutionnel sur la médecine de la transplantation reprend cette même idée, valable cette fois pour les organes, tissus et cellules (art. 119a, al. 3, Cst.). Le principe est en outre concrétisé dans l'avant-projet de Loi sur la médecine de la transplantation (art. 6 et 7 AP LTransp).

En France, également, l'idée de gratuité s'est imposée¹⁹⁰. Les auteurs sont d'ailleurs assez critiques face à la banalisation de cette notion: «l'exigence de gratuité a tenu lieu de métaphysique au législateur» ce qui l'a conduit à affirmer «tout et son contraire»¹⁹¹. HARICHAUX considère que le principe est «étroitement dépendant des besoins médicaux, du marché, de la science.» L'auteur craint que l'exigence ne soit abandonnée dès que les besoins à satisfaire seront assez importants et pressants pour l'emporter sur l'altruisme. Elle doute par ailleurs que la gratuité soit en mesure de garantir une «éthique juridique irréprochable»¹⁹².

Ces critiques sont plutôt exceptionnelles. Il est souvent admis que la gratuité porte en elle sa propre justification et qu'elle s'impose absolument dans tout système de collecte et de distribution des produits du corps. Or, au niveau mondial, la moitié des donneurs de sang sont rétribués¹⁹³. De plus, il semble que la tendance à la rémunération dans ce domaine aille croissant¹⁹⁴. Quant aux donneurs de sperme et d'ovules, ils fonctionnent, en Amérique du moins, comme de véritables fournisseurs de substances thérapeutiques et touchent des sommes conséquentes¹⁹⁵.

A. LA DEFINITION DE LA GRATUITE

Précisons d'abord que le terme de gratuité ne s'applique pas à la chose elle-même, mais à une transaction. Dire qu'une chose est gratuite n'a,

¹⁹⁰ CONSEIL D'ETAT, 40.

¹⁹¹ MATTÉI et BEIGNIER, cités par HARICHAUX, p. 36.

¹⁹² HARICHAUX, p. 38.

¹⁹³ CONSEIL D'ETAT, p. 35.

¹⁹⁴ HERMITTE, p. 191.

¹⁹⁵ Voir pp. 368-9 ci-dessous.

juridiquement, aucun sens. La réalité que trahit maladroitement cette expression est le transfert de cette chose à titre gratuit, c'est-à-dire sans contre-prestation.

La formule classique, dans le domaine qui nous occupe, est la suivante: «Le don d'organes, de tissus et de cellules humaines est gratuit.» (art. 24*decies*, al. 3, Cst.).

Sans insister sur le pléonasme qui réside dans l'imposition du caractère gratuit à une opération, le don, qui l'est par définition¹⁹⁶, l'intention est clairement, et d'ailleurs explicitement, d'empêcher que l'acte du donneur consistant à céder un élément de son corps ne se fasse contre paiement¹⁹⁷. Cette dernière expression ne doit pas être entendue au pied de la lettre. L'opération ne doit pas aboutir à l'enrichissement du donneur, à savoir à l'augmentation de son actif, ni d'ailleurs à la diminution de son passif. En clair, et en théorie du moins: l'opération doit être économiquement neutre au regard du patrimoine du donneur. En cela, la simple indemnisation diffère de la véritable rémunération. Un donneur indemnisé ne voit pas sa situation financière s'améliorer après le don. Au contraire, la balance de ses actifs et de ses passifs doit être rigoureusement la même après indemnisation qu'avant l'engagement de frais en vue du don.

B. LES DELIMITATIONS

Nous l'avons précisé, la gratuité est le caractère d'une transaction et non d'une chose. Cependant, imposer la gratuité d'une transaction sur une chose revient à priver celle-ci d'une valeur économique. Ce procédé soulève un certain nombre de questions.

I. Gratuité et propriété

En premier lieu, qu'advient-il du droit sur la chose, au moment où la valeur de celle-ci a disparu? Le droit de propriété subsiste. En effet, et cela a son importance, le concept de propriété ne présuppose en aucun cas une valeur économique de l'objet "maîtrisé"¹⁹⁸.

Par ailleurs, la gratuité ne peut être vue comme une limitation du droit de propriété. Les différents attributs du droit réel ne sont pas touchés. La restriction atteint uniquement la liberté contractuelle du titulaire du droit, lequel ne pourra disposer de l'objet qu'en respectant la condition du caractère gratuit de la transaction.

¹⁹⁶ TERCIER, *Partie spéciale*, No 867.

¹⁹⁷ Pour la mise en oeuvre du principe, voir p. 296 sq., 364 sq. et 434 sq. ci-dessous.

¹⁹⁸ NIGGLI, No 52.

II. Gratuité et patrimonialité

La patrimonialité est la qualité d'un droit qui a une valeur pécuniaire. Il est légitime de s'interroger sur la nature d'un droit sur une chose dont le transfert ne peut avoir lieu qu'à titre gratuit.

1. Gratuité et évaluation pécuniaire

Pour répondre à cette question, il nous faut résoudre un problème préalable. Nous venons de voir qu'une chose qui ne pouvait être transférée qu'à titre gratuit perdait sa valeur. En réalité, d'un point de vue abstrait, une chose complètement sans valeur n'existe pas. Comme le dit NIGGLI, il n'y a que des choses qui, à une époque déterminée, dans une situation donnée ou dans certaines circonstances sociales, se dévaluent¹⁹⁹. Cette assertion est facilement démontrable.

La Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) prescrit la gratuité du don de sperme (art. 21). Aux Etats-Unis, les donneurs cèdent leur semence pour un montant de 50 à 75 dollars le flacon²⁰⁰. En effet, en Amérique, le don est ouvertement rétribué²⁰¹. Ce premier exemple empêche quiconque d'affirmer péremptoirement et généralement que le sperme n'a aucune valeur pécuniaire et ne peut en avoir. De plus, qui sait si les mentalités ne vont pas évoluer et si dans cinquante ans nous n'aurons pas adopté l'idée d'un marché des gamètes? Cela reste évidemment du domaine de la spéculation.

Ce qui est parfaitement réel, par contre, c'est le deuxième élément de l'exemple. Grâce à Internet, nous découvrons avec étonnement les banques de sperme américaines qui offrent leurs services sur le réseau²⁰². Non seulement, nous avons facilement accès aux sites de ces banques, mais il nous est de surcroît possible de faire appel à leurs services. Ainsi, une journaliste a-t-elle pu commander, depuis la Suisse, un échantillon de sperme congelé et préparé aux Etats-Unis, après avoir choisi l'heureux élu sur l'écran de son ordinateur. La facture contenait le détail des frais et un poste particulier représentait la vente du sperme: le flacon coûtait 145 dollars²⁰³. Force est de constater que cette expérience enlève tout caractère absolu à l'affirmation du caractère non patrimonial du sperme, et ce même à l'intérieur des frontières helvétiques.

¹⁹⁹ NIGGLI, No 142.

²⁰⁰ BERGH, *Fertil Steril* 1999, Vol. 71 (1), p. 9.

²⁰¹ CHEVROLET, p. 54.

²⁰² A titre d'exemple, voir les sites suivants: www.fertilityoregon.com/lab/spermbank.htm; www.midwestspermbank.com; www.necryogenic.com; www.hellobaby.com.

²⁰³ STALDER, *Bon à Savoir* No 5, Mai 1998, pp. 22-3.

La première conclusion est donc qu'il n'y a pas, de manière absolue et tout à fait générale, de chose totalement dénuée de valeur pécuniaire.

2. Gratuité et extra-patrimonialité

La question posée en tête de paragraphe trouve maintenant réponse facilement. Contrairement à ce qui est souvent affirmé, imposer la gratuité ne suffit en aucun cas à établir l'extra-patrimonialité. Le droit *reste* patrimonial, pour la raison qui précède, à savoir qu'il n'existe pas de chose absolument sans valeur²⁰⁴. Le droit sur la chose est donc toujours susceptible d'évaluation pécuniaire.

CATALA ajoute, il est vrai, au critère de l'évaluation pécuniaire celui, notamment, de la «cessibilité onéreuse». Il aborde cependant expressément le cas où le droit perdrait l'un de ses attributs et précise que la patrimonialité, même dans cette hypothèse, n'est «pas contestable». Seule la patrimonialité «totale» suppose la réunion de tous les éléments du droit²⁰⁵.

En conclusion, et nous insistons sur ce résultat, la gratuité du transfert d'un élément corporel n'entraîne aucunement l'exclusion de la propriété, ni la disparition du caractère patrimonial de ce droit. Les notions sont indépendantes. La gratuité de la transaction est relative: elle réduit à néant, dans un lieu et à un moment donnés, la valeur d'échange d'une chose, mais n'affecte en rien la nature du droit de son titulaire.

2. L'indisponibilité

Nous l'avons vu²⁰⁶, il existe un principe d'indisponibilité de la personne qui semble, jusqu'à un certain point et pour une partie de la doctrine, entraîner l'indisponibilité du corps humain²⁰⁷. Le terme est régulièrement utilisé par la doctrine française²⁰⁸, pour laquelle il a valeur de principe fondamental. Nous allons tenter d'expliquer ce qu'il signifie en droit suisse.

A. LA DEFINITION DE L'INDISPONIBILITE

La notion d'indisponibilité découle directement de la définition du droit de propriété. La maîtrise que confère la propriété a une composante qui est le pouvoir juridique de disposition. Lorsqu'une chose est indisponible, cela signifie que ce pouvoir est supprimé, ou en tant cas restreint.

²⁰⁴ NIGGLI, No 142.

²⁰⁵ CATALA, *RTDC* 1966, p. 207.

²⁰⁶ Voir pp. 10 sq. ci-dessus.

²⁰⁷ HERMITTE, *APD* XXXIII (1988), pp. 323-4.

²⁰⁸ CONSEIL D'ETAT, p. 38; HARICHAUX, p. 40.

B. LES DELIMITATIONS

I. Indisponibilité et propriété

Nous venons de voir le rapport étroit entre la notion de propriété et celle d'indisponibilité. On peut se poser la question de la persistance du droit réel en cas de disparition de l'élément qui lui confère son importance sociale. En effet, à l'heure actuelle, un propriétaire privé de la possibilité de disposer de son bien d'une manière ou d'une autre est sérieusement handicapé. Sous l'angle économique, la question de l'intérêt d'admettre un droit vidé de sa substance économique peut se poser. Cependant, dans le cadre de notre discussion en particulier, il subsiste une composante essentielle: la facette négative du droit, celle qui permet d'écarter les tiers de la chose en question. Nul n'est besoin de démontrer alors l'importance résiduelle de la prérogative.

II. Indisponibilité et patrimonialité

Même frappé d'indisponibilité, le droit de propriété reste patrimonial. Ce dernier aspect n'est pas atteint par la restriction.

AUDIER le rappelle, les droits patrimoniaux conservent leur caractéristique, même s'ils «ne sont pas soumis aux règles qui marquent la pleine patrimonialité.²⁰⁹» Ainsi, il englobe dans la notion les biens qui sont dans le commerce ainsi que ceux qui en sont exclus, dans la mesure où ils sont appréciables en argent: «la disponibilité, la saisissabilité du droit, caractéristiques de la patrimonialité, doivent s'effacer devant l'appréciation pécuniaire»²¹⁰. CATALA, qui range la cessibilité et la transmissibilité parmi les caractéristiques du droit patrimonial, n'en est pas moins du même avis²¹¹. L'auteur partage avec AUDIER une conception très large de la patrimonialité.

III. Indisponibilité et gratuité

La gratuité n'est pas une forme de restriction du droit de disposer. Cette dernière faculté permet à son titulaire de conclure des actes juridiques relatifs aux choses dont il est propriétaire. Même si la transaction doit, de par la loi, se faire à titre gratuit, il y a transaction quand même. La gratuité n'est qu'une des modalités du transfert. Le pouvoir de disposer reste entier, même lorsqu'il est subordonné à l'absence de contre-prestation.

²⁰⁹ AUDIER, p. 4.

²¹⁰ AUDIER, p. 4.

²¹¹ CATALA, *RTDC* 1966, p. 210.

3. L'extra-commercialité

A. LA DEFINITION DE L'EXTRA-COMMERCIALITE

Nous avons étudié plus haut la notion de chose hors commerce²¹². C'est à cette notion que le terme d'extra-commercialité fait référence. Rappelons simplement qu'une chose hors commerce acquiert son statut par une disposition expresse de droit public, fédéral ou cantonal. La conséquence en est que la chose est inaliénable ou aliénable de façon restreinte seulement. Il peut être important de rappeler également qu'il n'y a pas de choses hors du commerce "par nature". A l'origine, les choses sont toutes incorporées au commerce juridique.

B. LES DELIMITATIONS

I. Extra-commercialité et propriété

Nous avons défini plus haut la notion d'extra-commercialité. Lorsqu'elle est totale, la chose ne peut faire l'objet d'un acte juridique, quel qu'il soit. Le propriétaire peut détenir la chose, mais ne peut en disposer. La propriété subsiste, mais son objet est sous le coup de restrictions légales motivées par des considérations d'ordre public.

II. Extra-commercialité et patrimonialité

L'extra-commercialité entraîne l'impossibilité d'aliéner la chose qui en est frappée. La patrimonialité est une question d'évaluation pécuniaire d'un droit. Ces notions sont donc indépendantes l'une de l'autre. Elles interagissent dans la mesure où la valeur d'une chose est estimée sur le marché, dans l'échange. Si l'interdiction d'aliéner est totale, le droit reste patrimonial, il reste évaluable en argent, mais la valeur devient potentielle. Elle ne pourra être réalisée.

III. Extra-commercialité et gratuité

Si l'on en croit certains auteurs, la gratuité repose, en matière de tissus humains, «sur l'idée fondamentale [...] que le corps est *Res extra commercium*²¹³»²¹⁴. En réalité, il n'y a aucun rapport entre les deux notions. En premier lieu, la gratuité fait référence au caractère d'une transaction, d'un acte juridique. Elle n'a donc, en droit privé, de sens que pour les choses partiellement hors commerce, à l'aliénabilité restreinte et non supprimée. Dans ce cadre, cependant, l'aliénation peut avoir lieu aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux. Le caractère partiellement hors

²¹² Voir pp. 88 sq. ci-dessus.

²¹³ ALNOT/LANSAC. *L'insémination artificielle*, p. 218.

²¹⁴ Le Rapport explicatif LTransp fait ce même amalgame (Voir pp. 105-7 ci-dessus).

commerce de la chose, d'une part, n'y change rien et d'autre part, n'impose aucune des deux options. Notons que certains auteurs français, malgré de fréquentes divergences de vue autour de ces subtiles discussions, parviennent au même résultat²¹⁵.

Est-ce que, inversement, la conclusion d'une transaction à titre gratuit entraîne ou est synonyme de la qualification hors commerce de la chose objet de la convention? Nous l'avons rappelé en introduction à ce paragraphe: l'extra-commercialité ne peut résulter que d'une disposition expresse de l'ordre juridique suisse. Le caractère hors commerce se décidera donc indépendamment de la transaction et les modalités de cette dernière n'auront aucun effet sur la qualification de la chose.

IV. Extra-commercialité et indisponibilité

Les deux régimes peuvent paraître semblables. Ils présentent en effet certaines similitudes, mais leur nature diverge. Si l'extra-commercialité entraîne l'inaliénabilité, ce n'est pas par la restriction du droit de propriété, mais par la mise hors commerce de l'objet du droit. Le régime de la chose hors commerce, du moins de la chose complètement hors commerce, prohibe sa cession pour des motifs tenant à la nature de la chose. L'indisponibilité, par contre, restreint les facultés du titulaire du droit.

4. *L'interdiction du profit*

Le système français de collecte et d'utilisation du sang répond à des principes théoriques clairement définis. Ainsi, toutes les opérations liées au sang relèvent d'un monopole attribué à une centaine de centres. La première étape de la chaîne, le prélèvement sur le donneur, est donc effectué par l'un des centres de transfusion, à titre gratuit. Ensuite, ces centres cèdent le sang à d'autres organismes. Dès cette seconde étape, le transfert a lieu à titre onéreux. Cependant, le prix du sang «produit non marchand» est déterminé par les autorités publiques. Il est «unique» et «suffisamment élevé pour permettre de couvrir les frais de collecte et de conditionnement par les centres et de dégager une marge pour la recherche propre à chaque centre»²¹⁶. Ainsi, les manipulations du sang «échappent à la loi du profit», puisque les tarifs de cession ne sont pas fixés «au regard des impératifs du marché»²¹⁷. Plus explicitement encore, «le prix des

²¹⁵ HERMITTE, *APD XXXIII* (1988), p. 325; LABBÉE, p. 338.

²¹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, p. 34.

²¹⁷ HERMITTE, *APD XXXIII* (1988), p. 333.

opérations concernant le sang humain est fixé, [...] de façon à exclure tout bénéfice.²¹⁸»

Il en va de même en Suisse, sans que cela ne résulte cependant d'une disposition législative. Les Centres de transfusion n'ont pas de but lucratif et utilisent la totalité du produit des ventes pour leur fonctionnement²¹⁹. Nous verrons en détails le fonctionnement du service suisse dans la dernière partie de ce travail²²⁰.

Sans être mentionnée explicitement, c'est bien l'idée d'interdiction du profit qui apparaît en filigrane derrière ces statuts particuliers. En prévoyant que l'intégralité du bénéfice est consacrée au centre lui-même, l'auteur du statut cherche à faire disparaître la notion de profit, terme jouissant d'une faible cote de popularité, en particulier dans le domaine délicat de l'intégrité corporelle.

A. LA DEFINITION DE L'INTERDICTION DU PROFIT

La réalité supposée couverte par l'expression est économique, avant d'être juridique. Il est délicat de lui donner un sens précis.

Une interdiction du profit est, en termes plus rigoureux, l'interdiction de réaliser un bénéfice. C'est cependant une notion essentiellement subjective. En matière comptable, un bénéfice est, sous l'angle du bilan, un excédent d'actifs par rapport aux passifs, ou, sous l'angle du compte d'exploitation, un excédent de produits par rapport aux charges. L'absence de bénéfice est donc soit une perte, soit une égalité entre les deux éléments de la balance. Il est difficile d'imaginer que l'on demande aux entreprises concernées de réaliser une perte. C'est donc d'une égalité qu'il s'agit: les prix pratiqués doivent couvrir exactement les coûts de production.

Les produits sont déterminés par les activités de l'entreprise et sont, à quelques exceptions près, peu susceptibles de faire l'objet de réels ajustements. Les charges, par contre, peuvent varier de manière importante, suivant la manière dont on les définit. Prenons l'exemple tout simple des salaires: il s'agit d'une charge. Si les directeurs de l'entreprise en question prélèvent des honoraires élevés, ceux-ci viendront augmenter le montant des charges, et grignoter l'éventuel bénéfice dégagé par l'exploitation. Le bilan sera conforme à l'exigence d'absence de bénéfice au sens propre du terme, mais qu'en est-il de l'interdiction du profit? L'exemple montre que la barrière est impossible à tracer, du moins de manière abstraite.

²¹⁸ HERMITTE, p. 281.

²¹⁹ Prescriptions STS CRS, Chapitre 3, p. 1.

²²⁰ Voir pp. 277-88 ci-dessous.

A l'autre extrême, l'interdiction du profit prise au pied de la lettre empêcherait la simple réalisation d'un chiffre d'affaires. L'entreprise ne pourrait dégager aucun produit de son activité. Elle n'aurait que des charges et ne serait ainsi absolument pas viable, à moins d'être massivement subventionnée.

La Fédération française des donneurs de sang bénévoles suggère la définition suivante du profit interdit: «Tout excédent de recettes qui serait affecté à une rémunération de capitaux privés ou toute affectation de résultats à des activités autres que celles qui les ont générées, en d'autres termes, tout ce qui ne serait pas réinvesti dans la transfusion sanguine.²²¹»

B. L'EXEMPLE FRANÇAIS

La question mérite une petite excursion dans l'ordre juridique de ce pays voisin, qui a tenté d'imposer ce principe dans l'activité de transfusion sanguine.

Le droit français comprend une disposition légale selon laquelle «[l]es prix des opérations concernant le sang humain, son plasma et leurs dérivés, tant au stade de la préparation et du dépôt qu'à celui de leur délivrance, à titre onéreux, sont fixés par arrêté du ministre de la Santé publique et de la Population de façon à exclure tout profit.» La concrétisation de cette règle s'est heurtée à différents problèmes pratiques²²².

En particulier, le tarif déterminé a vu son champ d'application étendu à l'ensemble du territoire, de manière parfaitement uniforme. Les coûts de production varient cependant d'un centre à l'autre. Le résultat en est que certains centres dégagent des excédents, alors que d'autres satisfont scrupuleusement aux exigences posées.

Par ailleurs, comme nous l'avons relevé ci-dessus, la difficulté principale réside dans le caractère indéterminé des variables sur lesquelles repose la règle. La définition des coûts de production est un véritable casse-tête. HERMITTE en cite un exemple simple et parlant. Le plasma est cédé sous trois formes, dont le prix de cession varie du simple au double. La différence des prix entre les trois catégories tient au délai écoulé entre le prélèvement et la congélation. Le simple calcul des coûts de revient n'a ici aucun rapport avec la qualité du produit et son utilité. En outre, les autorités ne maîtrisent pas les politiques de rabais pratiquées par les institutions. Par ce biais, celles-ci ont retrouvé une certaine liberté dans la fixation des prix de cession²²³.

²²¹ HERMITTE, p. 144.

²²² HERMITTE, pp. 143 sq.

²²³ HERMITTE, pp. 143-9.

Pour ces raisons, et bien d'autres encore, le mécanisme est loin d'être au point.

C. LES DELIMITATIONS

L'interdiction du profit n'est pas un concept juridique. Il n'est pas très instructif de la confronter aux notions techniques de la propriété ou de la disponibilité. Par contre, il est intéressant de la situer par rapport à l'idée de gratuité et à la notion d'extra-commercialité.

Précisons encore que les délimitations qui vont suivre ne se justifient que dans l'optique d'une économie d'échange de biens et non de fourniture de services. En effet, elles font toutes référence à l'existence d'une chose.

I. Interdiction du profit et gratuité

Autant le concept de patrimoine est indissolublement lié à l'idée même de profit, autant le caractère gratuit en est éloigné. Cette conclusion est une simple constatation économique: schématiquement, une entreprise telle que nous l'envisageons dégage un produit de ce qu'elle acquiert à un certain prix et revend à un prix plus élevé. Dans une logique de gratuité, cette activité n'a plus de raison d'être.

Nous touchons ici au coeur même du paradoxe que recèlent certaines législations et de l'hypocrisie du concept de gratuité. Alors que le législateur proclame une exigence générale de gratuité pour les éléments corporels, il impose parallèlement une interdiction de profit aux intervenants de la vie économique. Si la gratuité était une réalité, il n'y aurait absolument pas matière à profit.

En réalité, la coexistence de ces notions est possible, mais leur concrétisation doit intervenir à des stades différents de la chaîne des produits, ce qui est rarement précisé. L'exigence de gratuité vise, en règle générale, le premier acte de la chaîne, à savoir l'intervention du donneur. L'interdiction du profit, quant à elle, touche l'activité de distribution des produits, après leur traitement par les intermédiaires entre donneurs et receveurs.

II. Interdiction du profit et extra-commercialité

L'échange qui justifie l'activité économique suppose l'existence d'un droit sur la chose, un droit privé tout particulièrement. Les choses totalement hors commerce sont inaliénables et donc parfaitement impropres à être insérées dans un système d'échange de biens gouverné par la propriété privée. Les deux concepts sont dans ce cas incompatibles. Ils ne peuvent gouverner la même réalité. Il en irait probablement différemment en présence de choses partiellement hors commerce. La solution dépend là du type de restrictions posées à l'aliénabilité.

De manière générale, là encore, une interdiction de réaliser un profit n'aurait aucun sens dans une logique de choses hors commerce.

Le caractère catégorique de cette théorie doit cependant être relativisé. En effet, le caractère hors commerce d'une chose n'empêche pas qu'elle soit l'objet d'un marché, souvent illicite d'ailleurs. Le cas des stupéfiants en est un exemple évident. Il est possible de constater une relation inversement proportionnelle entre la participation des stupéfiants au commerce juridique et le bénéfice qui se dégage de leur trafic. L'existence notamment de sanctions pénales réprimant le commerce des stupéfiants a pour double effet d'augmenter les risques pris par les trafiquants et de diminuer le nombre de ces derniers. Conséquence logique de la raréfaction de la demande, les prix grimpent et les profits engendrés atteignent des proportions astronomiques²²⁴. C'est précisément pour lutter contre les effets pervers de ce phénomène que des propositions ont été faites de légaliser la drogue²²⁵. L'abandon de l'interdiction devrait conduire, selon toute attente, à une chute des prix et donc à une quasi-disparition du bénéfice.

En conclusion, les notions d'extra-commercialité et de profit présentent une certaine interdépendance.

D. Les parties séparées et le caractère patrimonial

Les résultats exposés ci-dessus ont un aspect troublant, parce que paradoxal. A priori, et sans approfondir la question, on aurait tendance, dans la catégorie des mesures à prendre pour régenter les échanges, à assortir l'interdiction du profit d'une exigence de gratuité et/ou d'une extra-commercialité générale. Il s'agit pourtant, selon toute vraisemblance, d'un contresens manifeste.

En France, tous les textes légaux concernant les parties séparées adoptés récemment sont gouvernés par le même principe: celui d'extra-patrimonialité. L'article 16-1 nouveau du Code civil prescrit que «le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial». Quant à l'article 16-5, il déclare nulles les conventions qui ont pour effet de «conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits»²²⁶.

²²⁴ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 231.

²²⁵ Initiative «pour une politique raisonnable en matière de drogue» (FF 1995 III 1181), rejetée en votation populaire le 29 novembre 1998.

²²⁶ HARICHAUX, p. 35.

Au sens que nous avons délimité plus haut, un droit patrimonial est, dans son acception la plus large, un droit susceptible d'être évalué en argent. La législation française, en prohibant la reconnaissance d'un droit patrimonial, exclut toute forme de propriété, toute forme de régime réel, sur les éléments corporels. Or, le don est un contrat impliquant un transfert de propriété. Prise au pied de la lettre, la réglementation française aurait pour effet d'exclure les dons d'organes, de sang, de sperme... actes juridiques couramment pratiqués à l'heure actuelle dans l'Hexagone. Certains auteurs français parviennent à cette même conclusion. Ainsi HARICHAUX considère-t-elle le principe d'extra-patrimonialité comme «trop réducteur pour être réellement efficace.²²⁷»

Nous le savons, ce n'est pas là le but poursuivi par le législateur. Il souhaite empêcher la "vente" pure et simple. Or, ce qui distingue la vente du don, ce n'est pas la présence ou non d'un droit patrimonial. Celui-ci participe à l'opération dans les deux cas, puisque vente et donation sont des contrats ayant pour effet de transférer la propriété. L'élément qui caractérise la vente est l'existence d'une contre-prestation, en d'autres termes d'un paiement. Cette explication amène le critère que le législateur français aurait dû adopter, à savoir la gratuité.

Notre but n'est pas de faire le procès du droit français. Nous n'avons pas les connaissances indispensables à un tel exercice. Notre propos est simplement de relever, à titre d'exemple, les contradictions qu'il contient parce qu'elles sont présentes chez de nombreux auteurs, ainsi que dans d'autres ordres juridiques.

Même si, juridiquement, elle se révèle plus adéquate, la gratuité est toute relative dans le système d'échange des parties séparées.

Il suffit de considérer le système de collecte et de distribution du sang dans notre pays. L'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants ne prévoit pas expressément la gratuité du don de sang²²⁸. Cette exigence résulte pourtant du nouvel article constitutionnel sur la médecine de la transplantation, où la gratuité figure en bonne place.

La Croix-Rouge a reçu du Conseil fédéral le mandat de gérer la transfusion du sang en Suisse²²⁹. Si le premier acte de la chaîne, à savoir le don proprement dit, est strictement gratuit, il n'en va pas de même des démarches qui lui succèdent. Une fois la collecte effectuée, les centres de transfusion centrifugent le sang pour en séparer les différents constituants, le sang n'étant pratiquement plus utilisé sous forme complète. La Croix-Rouge obtient ainsi des concentrés de globules rouges et de plaquettes, ainsi

²²⁷ HARICHAUX, p. 35.

²²⁸ En cela, le projet de Loi sur les produits thérapeutiques est fidèle à l'Arrêté.

²²⁹ Arrêté fédéral du 13 juin 1951 concernant la Croix-Rouge suisse, RS 513.51.

que du plasma. C'est sous cette forme que le sang est vendu aux hôpitaux et cliniques qui en ont besoin. Les concentrés provenant d'un don sont vendus aux sommes approximatives de 110 à 125 francs pour les globules rouges, 70 francs pour les plaquettes et 100 francs pour le plasma. Il est ainsi possible d'affirmer qu'un don "vaut" à peu près 300 francs sur le marché suisse²³⁰. La Croix-Rouge effectue quelques six cents mille prélèvements de sang par année²³¹. Le chiffre d'affaires de l'industrie du sang est ainsi de cent quatre-vingt millions par an. Cet argent est exclusivement consacré au développement et fonctionnement du service de transfusion de la Croix-Rouge²³². Il n'en reste pas moins que, dans ce cadre, l'organisation humanitaire agit à l'instar des meilleures entreprises: elle vend un produit et dégage de cette activité un bénéfice suffisant à assumer ses coûts de fonctionnement. Le rapporteur de la commission du Conseil des Etats parle d'ailleurs d'une véritable «Blutindustrie²³³».

HARICHAUX se demande, à juste titre, «[c]omment concilier [...] le principe altruiste de gratuité des dons dans une finalité de solidarité, avec les profits générés par l'industrialisation, la conservation de ces produits²³⁴».

En conclusion, le droit de propriété sur les parties séparées ne peut en aucun cas être exclu, du moins à ce stade de notre étude. Il est en particulier parfaitement injustifié d'écarter ce droit sur la simple base de son caractère patrimonial. Il n'y a rien de choquant à faire cohabiter un droit patrimonial et un élément corporel.

Un droit patrimonial est un droit susceptible d'être évalué en argent. Or, si le législateur a ressenti la nécessité de proclamer le caractère gratuit de certaines transactions, c'est précisément parce que leur objet est susceptible d'une évaluation pécuniaire. Nul n'a songé utile de préciser que l'affection ou l'honneur avaient un caractère extra-patrimonial, cette qualité étant inhérente à la nature de ces biens.

§ 3 Les restrictions à la propriété

Le droit de propriété est certes absolu, mais pas illimité. Son exercice, en particulier, doit rester contenu au sein de l'ordre juridique. C'est pourquoi le titulaire du droit est tenu de souffrir certaines restrictions.

²³⁰ Emission «Micro Climat», diffusée sur RSR 1 le 16 février 1998.

²³¹ BOCE 1995, p. 546.

²³² Emission «Micro Climat», diffusée sur RSR 1 le 16 février 1998.

²³³ BOCE 1995, p. 546.

²³⁴ HARICHAUX, p. 38.

I. Les restrictions volontaires

Le propriétaire est libre de restreindre de sa propre initiative son droit sur la chose. Il peut, d'une part, conférer à un tiers un droit réel limité sur l'objet, comme une servitude. D'autre part, il a également la possibilité de constituer un droit personnel par rapport à la chose, en faveur d'un tiers²³⁵. C'est le cas, par exemple, du bail. Le droit du bailleur de l'immeuble est limité par le droit d'usage qu'il a accordé contractuellement à son locataire. Dans les deux cas, le propriétaire a le choix entre la restriction de l'usage ou de la jouissance de la chose, ou encore du droit d'en disposer.

Cette prérogative du titulaire du droit ne nous intéresse pas. Les restrictions de ce type ne peuvent en aucune manière être imposées à un propriétaire. Elles sont laissées au libre choix de l'individu.

II. Les restrictions légales

A. Les restrictions directes

Sous le coup d'une restriction directe, le propriétaire est tenu de tolérer quelque chose, de s'abstenir de quelque chose ou au contraire de faire quelque chose. La limitation de son droit de propriété a lieu sans l'intervention spéciale d'une autorité ou d'un particulier.

Nous allons nous intéresser aux restrictions générales découlant du Code des obligations. Si elles devaient trouver à s'appliquer, elles limiteraient indirectement la propriété, en restreignant la liberté contractuelle du titulaire du droit²³⁶.

L'article 19, al. 1, CO consacre la liberté des parties de déterminer l'objet du contrat. Cette autonomie doit cependant s'exercer dans les limites de la loi, lesquelles sont précisées à l'alinéa 2 du même article.

La limitation du contenu d'un contrat ne restreint pas le droit de propriété en tant que tel. Cependant, elle fixe des bornes au pouvoir juridique de disposer du titulaire. Il ne pourra conclure de conventions relatives à la propriété que dans le cadre imposé par l'article 19 CO. Le non-respect de cette disposition entraîne la nullité du contrat (art. 20 CO, al. 1, CO) ou des clauses viciées (art. 20, al. 2, CO).

En principe, ainsi, la nullité est absolue et inguérissable. Elle est prononcée *ex tunc* et entraîne la restitution des prestations échangées²³⁷.

²³⁵ STEINAUER, No 1008.

²³⁶ STEINAUER, No 1011.

²³⁷ GUHL/KOLLER, p. 45; KSP-HUGUENIN JACOBS, No 53 ad 19/20 CO.

La doctrine dominante est à l'heure actuelle moins catégorique²³⁸. En conformité avec une pratique constante du Tribunal fédéral²³⁹, elle n'admet la nullité que lorsque cette conséquence est expressément prévue par la loi, ou lorsqu'elle résulte du sens et du but de la norme violée. De surcroît, même lorsque la nullité résulte expressément du texte de loi, le caractère adéquat de cette sanction doit être évalué au regard du sens et du but de la norme violée. Ces deux critères, «Sinn und Zweck²⁴⁰», résultent de l'importance de l'effet combattu.

1. Le contenu illicite

Un contrat est illicite au sens des articles 19 et 20 CO lorsque son contenu est contraire à une norme impérative du droit suisse, qu'il s'agisse de droit public ou privé, de droit écrit ou non écrit²⁴¹.

Le contenu du contrat est une notion large: elle comprend aussi bien l'objet du contrat, mais également sa conclusion et son but. L'objet du contrat consiste en la prestation convenue ou les modalités de son exécution. Le comportement interdit est, dans le cadre de l'article 20 CO, prohibé en tant que tel, que l'on s'y soit engagé juridiquement ou non²⁴². La conclusion même du contrat peut être interdite dans certaines hypothèses. Le contrat est également illicite lorsqu'il repose sur un but commun interdit²⁴³.

Aujourd'hui, le législateur fédéral a organisé dans ses grandes lignes le contrôle des différentes activités ayant trait aux parties séparées du corps humain. A une exception près²⁴⁴, en réglementant l'ensemble de la procédure, il formule implicitement une approbation de principe. Les textes topiques imposent cependant le respect du principe de gratuité et l'obtention d'une autorisation administrative. Nous étudierons en détail le champ d'application et la portée de ces deux exigences dans la partie pratique de cet ouvrage²⁴⁵. Retenons simplement que le titulaire du droit

²³⁸ KSP-HUGUENIN JACOBS, No 54 ad 19/20 CO.

²³⁹ ATF 117 II 286. JT 1992 I 303, 304.

²⁴⁰ KSP-HUGUENIN JACOBS, No 54 ad 19/20 CO.

²⁴¹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Nos 452-5; GUHL/KOLLER, pp. 41-2; KSP-HUGUENIN JACOBS, No 15 ad 19/20 CO.

²⁴² Pour les rapports des articles 19 et 20 CO avec l'article 27 CC, voir pp. 255-56 et 263-4 ci-dessous.

²⁴³ KSP-HUGUENIN JACOBS, No 17.

²⁴⁴ An. 4 LPMA (interdiction du don d'ovule).

²⁴⁵ Voir pp. 296-300, 301-5, 323-31 et 331-6 (sang); 363-73, 373-77, 397-400 et 400-3 (sperme); 434-8 et 438-41 (ADN) ci-dessous.

de propriété devra se soumettre à cette double injonction mais sera, pour le reste, libre de disposer de l'objet de son droit.

A. L'INTERDICTION DU DON D'OVULE

Le droit suisse connaît, à l'heure actuelle, une seule véritable restriction à la propriété, découlant d'une règle de droit strict: il s'agit de l'interdiction du don d'ovule introduite par la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée²⁴⁶. L'article 4 LPMA restreint directement le droit de propriété de la femme, en lui faisant défense de disposer à son gré de ses gamètes.

Un contrat d'aliénation passé par une femme sur un ovule provenant de son organisme est nul (art. 20 CO). En outre, la nullité partielle est exclue, étant donné que c'est la prestation essentielle du contrat qui est frappée d'illicéité.

B. LA GRATUITÉ DE L'ACTE

A deux exceptions près²⁴⁷, l'aliénation par un donneur d'une partie séparée de son corps est subordonnée au principe de la gratuité²⁴⁸.

Dans la mesure où une norme prévoit expressément le caractère gratuit des conventions en la matière, tout accord contraire est illicite. Le contrat conclu à titre onéreux tomberait sous le coup de l'article 20 CO.

Une mention contenue dans le Message relatif à l'article 24^{decies} aCst. (actuel article 119a Cst.) indique qu'il s'agit bien là de l'intention du constituant. En effet, dans l'examen des compétences fédérales permettant de régler, sans nouvelle attribution, la médecine de la transplantation, il est fait mention de l'article 64 Cst. Entre autres choses, cette disposition permettrait à la Confédération de légiférer «sur la gratuité du don d'organes ou la déclaration en nullité des contrats de cession d'organes contre rémunération, en tant que limitations spécifiques relevant du droit des obligations»²⁴⁹.

La nullité d'une convention conclue à titre onéreux pourrait éventuellement n'être que partielle, la suppression de la clause incriminée suffisant à rétablir la conformité du contrat à l'ordre juridique suisse²⁵⁰.

La nullité partielle suppose la réunion de deux conditions. Il ne peut y avoir nullité partielle que si le vice retenu n'affecte qu'un nombre limité

²⁴⁶ Voir pp. 111-2 ci-dessus.

²⁴⁷ Voir pp. 296-300 (sang) et pp. 434-8 (ADN) ci-dessous.

²⁴⁸ Art. 17 de l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang; art. 119, al. 2, *lit.* e. Cst.; art. 119a, al. 3. Cst.; art. 21 LPMA; art. 6 et 7 AP LTransp.

²⁴⁹ FF 1997 III 613, 623.

²⁵⁰ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER. No 476.

des clauses du contrat. La partie viciée du contrat doit pouvoir en être détachée sans affecter l'ensemble. En outre, la nullité partielle est exclue s'il faut admettre que les parties n'auraient pas conclu le contrat sans les clauses viciées²⁵¹.

C. L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE

Afin d'assurer le contrôle des procédures d'utilisation ou de réutilisation des produits corporels, le législateur a choisi d'imposer aux personnes ou institutions concernées l'obligation d'obtenir une autorisation pour pratiquer certaines de ces activités²⁵². Cette exigence limite la liberté contractuelle du propriétaire dans la mesure où il ne pourra valablement disposer des choses en sa possession que sous le couvert d'une autorisation administrative.

Les textes législatifs ne prévoient des sanctions que d'ordre pénal en cas de non-respect des dispositions topiques²⁵³. La conséquence civile du défaut d'autorisation sur les actes juridiques n'est pas envisagée. En particulier, le sort du contrat conclu en violation des règles légales n'est pas abordé.

I. L'article 20 CO

Si la vente d'une chose hors commerce semble nulle au sens de l'article 20 CO²⁵⁴, lorsqu'un contrat est conclu sans l'autorisation ou la ratification de l'autorité prévue par la loi, cette disposition ne s'applique pas²⁵⁵. L'approbation manquante ne serait en effet pas un «*Inhaltsmangel*»²⁵⁶. La jurisprudence fédérale affirme de manière constante que l'interdiction portant sur la seule «*participation subjective*»²⁵⁷ d'une partie au contrat ne suffit pas à entraîner la nullité au sens de 20 CO. C'est le cas notamment du contrat de travail conclu avec un employé non autorisé à travailler en Suisse²⁵⁸. Dans un exemple de ce type, l'autorisation est clairement liée à la personne du travailleur et il est évident que l'interdiction vise sa participation au contrat. Le cas du sang ou d'un organe est un peu différent. Le cocontractant n'est pas visé directement, mais par le biais

²⁵¹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 479; GUHL/KOLLER, p. 45.

²⁵² Art. 5 sq. et 18 de l'Arrêté sur le contrôle du sang; art. 8 sq. LPMA; art. 34, al. 1, et 35, al. 1, LPT; art. 52 et 58 AP LATH; art. 6 AP LAGH; art. 36, al. 1, et 39, al. 1, AP LTransp.

²⁵³ An. 33, al. 1, *litt.* a, de l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang; art. 34, al. 2, LPMA; art. 86, al. 1, *litt.* b, LPT; art. 35, al. 1, AP LAGH; art. 88, al. 1, *litt.* j, AP LTransp.

²⁵⁴ ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 14.

²⁵⁵ KSP-HUGUENIN JACOBS, No 17 ad 19/20 CO.

²⁵⁶ BK-KRAMER, No 268 ad 19-20 CO.

²⁵⁷ ATF 117 II 47, 48; ATF 114 II 279, 280; ATF 102 II 401, JT 1978 I 492, 495.

²⁵⁸ ATF 114 II 279.

d'une chose jouissant d'un statut particulier. La solution semble pourtant identique.

Le Tribunal fédéral a été saisi d'un litige concernant un contrat de vente de paires de bas nylon²⁵⁹. La vente a été conclue alors même que les bas, destinés à être exportés, nécessitaient la délivrance d'un permis. Les juges fédéraux relèvent en premier lieu que les dispositions pénales sanctionnant le défaut d'autorisation «n'ont aucun effet sur la validité civile des actes qu'elles visent.²⁶⁰» Ensuite, l'arrêt précise que la disposition légale «ne prohibe ni ne restreint, à l'intérieur du pays, le commerce des marchandises auxquelles il a trait», mais qu'il «se borne à en réglementer l'importation et l'exportation.» Ainsi, «l'interdiction ne concerne pas le contenu du contrat; elle porte simplement sur la participation subjective d'une des parties, lorsque cette dernière n'est pas en possession du permis prescrit.²⁶¹» La solution est donc la même que dans le cas cité ci-dessus: la violation d'une interdiction de ce type n'entraîne pas la nullité en vertu de 20 CO.

La thèse de la validité du contrat a deux incidences pratiques notables. En premier lieu, l'octroi ultérieur de l'autorisation pourra guérir le vice. Ensuite, si le contrat est valable, le transfert de propriété dont la validité dépend l'est aussi²⁶².

II. Le sort du contrat

Le problème n'est pas tout à fait résolu. L'arrêt relatif aux bas nylon se borne à exclure l'illicéité, sans se prononcer plus avant sur le sort du contrat²⁶³.

Le défaut est contraire au droit en vigueur. La sanction doit donc en être, pour les auteurs du commentaire bernois, l'inefficacité juridique²⁶⁴.

HUGUENIN JACOBS exprime un avis plus nuancé. Elle relève que la nullité de la convention peut découler de l'application directe de normes spécifiques adoptées à cet effet ainsi que de l'application par analogie de l'article 20 CO, dans la mesure où le sens et le but de la norme d'interdiction commandent ce résultat²⁶⁵.

La jurisprudence du Tribunal fédéral va effectivement dans ce sens. Si la loi ne consacre pas expressément la nullité d'un acte violant une disposition légale, cette conséquence juridique ne doit être admise que si elle résulte de

²⁵⁹ ATF 80 II 45.

²⁶⁰ ATF 80 II 45, 47.

²⁶¹ ATF 80 II 45, 48.

²⁶² Voir pp. 291-4 ci-dessous.

²⁶³ KSP-HUGUENIN JACOBS, No 17 ad 19/20 CO.

²⁶⁴ BK-KRAMER, No 268 ad 19-20 CO.

²⁶⁵ GUHL/KOLLER, p. 42; KSP-HUGUENIN JACOBS, No 17 ad 19/20 CO.

l'esprit et du but de la norme violée²⁶⁶, «c'est-à-dire si elle est appropriée à l'importance de l'effet combattu²⁶⁷». En d'autres termes, «le but de la prescription doit justifier la nullité comme conséquence²⁶⁸». Ainsi, pour déterminer si un contrat présente un caractère illicite, il faut se référer à l'ensemble de l'ordre juridique suisse. Le contrat sera nul si la loi interdit à une personne la conclusion d'un contrat et si les intérêts de la collectivité sont en cause, comme par exemple la santé publique²⁶⁹.

D. LA PROTECTION DES DROITS DE TIERS

«Le droit de propriété [...] n'est pas absolu; il ne peut être exercé que dans la mesure où les droits protégés d'autres personnes n'en sont pas lésés²⁷⁰». Il s'agit là d'un cas particulier, à rattacher à l'illicéité: les droits de tiers dont il est question sont protégés par une norme légale, ce qui rend illicite une convention portant atteinte à ces prérogatives.

Cette structure acquiert une dimension particulière dans notre étude. Plusieurs auteurs optent pour une double protection des parties séparées²⁷¹. L'élément corporel serait le point de collision d'un droit de propriété et d'un droit de la personnalité. Le droit du propriétaire serait ainsi restreint par le droit de la personnalité d'un tiers. Dans un cas de ce genre, la limitation de la propriété découle de l'existence simultanée sur la chose d'un autre droit absolu. Il s'agit d'une restriction légale, dans la mesure où l'ordre juridique protège le droit de la personnalité concurrent.

PIOTET aborde la question délicate du rapport entre les droits. Il perçoit le régime de la personnalité comme une restriction au droit de disposer du propriétaire de la chose²⁷². Sans se risquer plus avant sur ce terrain délicat, il conclut à l'existence d'un nouveau thème de recherches pour le juriste, «celui des méthodes de résolution des problèmes et des solutions à apporter aux conflits naissant de la coexistence de plusieurs droits absolus sur le même "corpus"»²⁷³.

TAUPTZ relève que le droit allemand connaît la figure de la violation d'un droit de la personnalité par l'exercice de compétences découlant de la propriété. Il cite l'exemple de la correspondance: même si le destinataire

²⁶⁶ ATF 114 II 279, cons. 2a; ATF 111 II 384, cons. 2d; ATF 111 II 52, 53; ATF 110 II 360, JT 1985 I 130, 138; ATF 102 II 401, JT 1978 I 492, 496.

²⁶⁷ ATF 117 II 47, 48; ATF 107 II 193, JT 1981 I 281.

²⁶⁸ ATF 102 II 401, JT 1978 I 492, 498.

²⁶⁹ ATF 117 II 47, 48.

²⁷⁰ ATF 70 II 127, JT 1945 I 24, spéc. p. 30.

²⁷¹ Voir pp. 128-9 et 132-5 ci-dessus.

²⁷² PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 72.

²⁷³ PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 73.

des lettres les détient à titre de propriété, leur auteur peut néanmoins interdire certaines formes d'utilisation des écrits, notamment leur publication²⁷⁴. SCHNORBUS également souligne que le droit de la personnalité peut être si fort que les compétences réelles s'effacent²⁷⁵.

Il ne sert à rien d'envisager les différents litiges résultant de l'opposition entre prérogatives personnelles et réelles de manière abstraite. A ce stade de notre étude, retenons simplement l'idée que ces conflits sont potentiels. Dans la partie pratique de ce travail, nous envisagerons les cas concrets de collision entre des prétentions de nature différente.

2. *Le contenu contraire aux moeurs*

L'objet d'un contrat est immoral «lorsqu'une de ses clauses, sans violer formellement une disposition légale impérative, paraît contraire à un principe moral généralement reconnu.²⁷⁶» Les moeurs sont un «standard éthique minimal²⁷⁷». Elles font appel aux sentiments «naturels et innés» des individus²⁷⁸. Est ainsi immoral le contrat qui viole ou met en péril des valeurs qui sont généralement reconnues comme supérieures aux principes de la liberté contractuelle et de la confiance²⁷⁹.

Le caractère immoral d'un contrat se juge à son contenu. L'acceptation de ce dernier terme englobe, comme en matière d'illicéité, la prestation convenue, la conclusion ainsi que le but du contrat²⁸⁰.

Les catégories des contrats illicite et immoral peuvent se recouper. Souvent, les principes considérés comme moraux sont repris dans l'ordre juridique par le législateur²⁸¹.

A ce jour, l'utilisation, ou la ré-utilisation, des parties séparées sont largement admises. D'éventuelles objections de nature morale à l'encontre de ce procédé médical ne seraient que marginales. Nous nous satisferons, à ce stade, de considérer que l'ordre moral n'est pas un obstacle aux activités liées aux parties détachées du corps humain, du moins à certaines d'entre elles. Dans la partie pratique de ce travail, nous apprécierons cas par cas ce qu'il en est précisément dans les trois domaines d'activité étudiés.

274 TAUPITZ, *AcP* 191 (1991), pp. 209-10.

275 SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 833.

276 GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 456.

277 HOFSTETTER, cité par THÉVENAZ, No 113.

278 THÉVENAZ, No 116.

279 KSP-HUGUENIN JACOBS, No 34 ad 19/20 CO.

280 GUHL/KOLLER, p. 43; KSP-HUGUENIN JACOBS, No 36 ad 19/20 CO.

281 GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 456.

3. *Le contenu contraire aux droits attachés à la personnalité*

Nous avons étudié plus haut le caractère illicite des actes portant atteinte aux droits de la personnalité de tiers. Le cas qui nous occupe ici est différent, puisqu'il s'agit de vérifier la conformité de l'acte aux droits de la personnalité du disposant.

L'article 27, al. 2, CC «garantit la liberté de la personne et interdit tout acte (contrat) qui pourrait en restreindre l'usage dans une mesure "contraire aux mœurs"²⁸²». Cette exigence est un cas particulier d'immoralité. A l'instar des restrictions énumérées ci-dessus, elle fixe des limites à la liberté contractuelle de l'individu.

Cette protection offerte à la personne par le droit privé est étudiée en détails plus bas, dans le cadre de l'analyse du droit de la personnalité et de ses restrictions²⁸³. C'est pourquoi nous nous contentons de la mentionner ici.

B. Les restrictions indirectes

Ces restrictions, qu'elles soient de droit public ou privé, concernent avant tout la propriété foncière²⁸⁴. Elles sont donc négligeables pour notre étude.

§ 4 Conclusion

A l'issue des longs développements qui précèdent, nous pouvons affirmer qu'il n'existe aucun obstacle juridique à la reconnaissance d'un droit de propriété sur les parties séparées du corps humain.

Nous irons plus loin. Le caractère adéquat du régime dépendra, certes, des modifications qui seront apportées par le législateur au régime pur et dur de la propriété, tel qu'il est prévu par le Code civil. Cependant, dans son principe, nous pensons que la propriété s'impose, parce que sa nature est adaptée à l'échange des parties séparées, tel qu'il est pratiqué à l'heure actuelle.

MACKAAY explique que dans un système régi par le droit de propriété privée, les ressources évoluent «vers leurs usages les plus judicieux». Le mécanisme est le suivant: les tiers observent l'usage d'un bien qu'en fait son titulaire; s'ils estiment pouvoir en faire meilleur usage, ils peuvent proposer de lui acheter le bien. Il arrive aussi que le titulaire lui-même

²⁸² GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 459.

²⁸³ Voir pp. 215-8 et 252-66 ci-dessous.

²⁸⁴ REY, No 594.

recherche des acheteurs²⁸⁵. Dans un cas comme dans l'autre, l'opération aboutit à une meilleure répartition des biens; ceux-ci sont en fin de compte affectés à la personne qui en tire le meilleur parti. Cette logique de redistribution caractérise le droit de propriété. Elle est dans son essence même totalement étrangère à la théorie des droits de la personnalité.

Le don de sperme, comme le don d'un organe ou d'un tissu, n'est-il pas précisément une forme de "redistribution" des biens? L'insémination artificielle, en cas de stérilité masculine, est rendue possible par la présence de donneurs. Pour des raisons qui lui sont personnelles et qui n'interviennent pas dans l'analyse, un donneur choisit de céder une quantité déterminée de sa semence, substance dont il n'a pas l'usage. Le couple stérile, armé d'un projet d'enfant, compte précisément exploiter le potentiel des spermatozoïdes objet du don. Il projette de ce fait de l'utiliser de manière plus conforme à sa destination que ne le fait le donneur. Cette analyse est valable en outre que l'on se place dans un système de rémunération du don ou non. En Suisse, simplement, l'aspect altruiste du don altère la rentabilité de l'échange. Aux Etats-Unis, par contre, où le don est rémunéré²⁸⁶, chacun y trouve son compte. La transaction a lieu dans une pure logique de marché. Le couple stérile se voit offrir la chance de donner naissance à un enfant et le donneur améliore ses fins de mois.

Nous avons vu, par ailleurs, qu'à l'exception de l'article 4 LPMA qui interdit le don d'ovule, les dispositions légales adoptées ne portent pas atteinte au droit de propriété concevable sur les parties détachées, dès leur séparation. La seule exigence du droit positif qui vient tempérer la pleine liberté du propriétaire est l'exigence de la gratuité. Nous devons l'accepter en tant que telle, sans en contester le bien-fondé, mais sans perdre de vue pour autant ses limites, et surtout sa véritable signification technique.

Lorsque nous avons dit que la propriété s'imposait, nous n'avons pas tout dit. Le débat n'est pas clos.

Il reste, d'une part, deux éléments que nous n'avons pas réussi à ranger jusqu'ici dans une catégorie existante, les gamètes et l'ADN. Le résultat auquel nous parvenons trouve un écho chez BISCONTINI, qui réclame un traitement différencié des parties du corps qui contiennent une projection de la valeur de la personnalité du sujet²⁸⁷. Les entités que nous avons fini par exclure de la propriété possèdent toutes deux cette particularité. Cette remarque nous renforce par ailleurs dans l'idée que c'est dans le régime de

²⁸⁵ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 227.

²⁸⁶ CHEVROLET, p. 54; STALDER, *Bon à Savoir* No 5, Mai 1998, p. 22.

²⁸⁷ BISCONTINI, p. 10.

la personnalité qu'il faut aller chercher la protection refusée par la propriété.

D'autre part, il n'est pas exclu que l'application pratique des règles de la propriété que nous allons tenter par la suite révèle des lacunes qu'il pourrait être judicieux de combler par un droit de la personnalité, par exemple.

Nous avons commencé notre étude par le droit de propriété: il est en effet le premier qui vient à l'esprit au moment d'aborder le régime juridique d'une chose. Pour les raisons exposées ci-dessus, il est nécessaire de passer également à l'étude du droit de la personnalité, afin de voir dans quelle mesure il est envisageable, à la fois sur les parties qui sont susceptibles d'être soumises au régime réel en tant que telles, ainsi que sur celles dont la nature complexe oblige à chercher un complément de protection dans une autre institution juridique.

Chapitre V Le droit de la personnalité

«[A]ux confins d'un domaine juridique d'ordre et de technicité, le droit s'ouvre à l'aspiration humaine et prend le risque de l'instabilité, de l'indéterminé et de l'intangible.¹» En choisissant d'ouvrir la porte à la protection de l'être humain afin de garantir son épanouissement, l'ordre juridique n'assume pas une tâche aisée.

En raison de la nature particulière de certains biens ainsi que de leur rapport étroit avec un individu déterminé, le législateur cherche à les protéger directement et exclusivement, afin de conférer à la personne un champ de liberté². C'est de ce souci que sont nés les droits de la personnalité.

Le droit de la personnalité appartient à toute personne physique, du simple fait de son existence. Ce droit subjectif d'une nature très particulière repose sur le postulat de base que «l'individualité de tout être humain représente une "valeur" digne de protection juridique³». Il lui permet de mettre en place les éléments de sa vie privée et sociale de manière libre et indépendante⁴. Il englobe «les valeurs qui constituent l'essentiel du domaine personnel de l'individu.⁵» Il couvre tout ce qui est imprégné de la personnalité, ce qui est lié à un individu donné, en d'autres termes tout un «Lebensbereich⁶». De la nature même de ce droit d'une nature particulière découle la complexité de sa définition juridique.

Il est à souligner que la protection de la personnalité s'épuise dans ses aspects défensifs et réparateurs. L'ordre juridique ne reconnaît pas de «Recht auf Entfaltung», au sens où cette définition impliquerait un comportement positif de tiers. La protection reste limitée à la défense contre les atteintes⁷.

¹ MONNIER, p. 19.

² HOTZ, p. 15.

³ GROSSEN, p. 75.

⁴ A. BUCHER, No 419; ZK-EGGER, No 1 ad 28 CC.

⁵ A. BUCHER, No 413.

⁶ HOTZ, p. 23.

⁷ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 132.

Les piliers de la protection en droit suisse sont les articles 27 et 28 CC, que nous nous attacherons à décrire ainsi qu'à distinguer plus bas⁸.

§ 1 La doctrine

La doctrine et la jurisprudence relatives au droit sur les parties séparées sont décrites en détails en préambule au chapitre précédent. Nous y renvoyons⁹.

Nous nous bornerons à relever ici que les tenants de l'optique personaliste, à savoir les auteurs désireux de voir les parties séparées protégées par un droit de la personnalité, sont nombreux.

§ 2 L'objet du droit de la personnalité

Un droit de la personnalité est, par définition, un droit qui a pour objet un bien de la personnalité¹⁰. Si le concept de chose, objet du droit de propriété, est décrit précisément, il n'en va pas de même du bien de la personnalité, objet du droit du même nom. Il n'existe pas de définition rigoureuse rassemblant les auteurs qui se sont penchés sur la question. En outre, le droit n'assume ici qu'un rôle passif. Il ne crée ni n'octroie ces attributs qu'il cherche à appréhender. Il constate et reconnaît «cette réalité extra-juridique» qu'est la personnalité concrète¹¹.

I. Les biens de la personnalité

Il est essentiel de préciser d'emblée que les biens personnels sont seuls susceptibles d'être *directement* l'objet d'un droit de la personnalité. Nous verrons que d'autres éléments peuvent être rattachés indirectement à cette sphère de protection¹².

Le texte légal ne définit pas la notion. Le législateur a en outre renoncé à énumérer les différents biens jugés dignes de protection¹³.

La doctrine s'est essayée à décrire le concept, afin d'en donner une image plus nette que celle qui découle de l'article 28 CC. Les tentatives de définition s'articulent autour de la notion de bien de la personnalité, en tant

⁸ Voir pp. 215 sq. et 252 sq. ci-dessous.

⁹ Voir pp. 127-48 ci-dessus.

¹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, No 518.

¹¹ MONNIER, p. 23.

¹² Voir pp. 189-90 ci-dessous.

¹³ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 132.

qu'entité individualisée. Nous verrons que c'est loin d'être aussi simple, puisque les composantes de la personnalité n'existent en réalité que par et pour la somme de leurs compétences.

A. La notion de bien de la personnalité

Le Message du Conseil fédéral définit les biens de la personnalité comme étant «les biens qui appartiennent à une personne du fait de son existence¹⁴». Le Conseil fédéral revient en note sur cette notion, en précisant qu'il ne s'agit pas de biens «détachables», de biens individualisés, comme semble le suggérer la formule, mais plutôt d'un ensemble d'éléments permettant d'esquisser les contours du droit¹⁵.

I. Le caractère inhérent

En premier lieu, ce sont des biens qui sont inhérents à l'individu¹⁶. Comme le précise TERCIER, «ils ne supposent aucun acte d'acquisition, puisqu'ils sont d'emblée donnés¹⁷». Ils appartiennent en effet à la personnalité de par sa seule existence¹⁸, de par sa seule qualité de personne physique¹⁹. La doctrine les considère unis à la personne par un lien «nécessaire et indissoluble²⁰». En d'autres mots, encore, les biens de la personnalité sont «partie intégrante» de l'individu²¹. Ils «se confondent avec le sujet auquel ils se rapportent²²». Pour DESCHENAUX/STEINAUER, ces biens ne sont «qu'une émanation de leur titulaire, qu'une partie ou qu'un aspect de sa personne²³». Le concept qui se dessine à travers ces différentes descriptions est celui d'une qualité essentielle, ancrée dans la personnalité, qui ne peut en être distinguée ou individualisée.

14 FF 1982 I 682.

15 FF 1982 I 682, note 55.

16 ZK-EGGER, No 24 ad 28 CC; GROSSEN, RDS 1960 II 6a; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, p. 48; TUOR/SCHNYDER, p. 87.

17 TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, p. 48.

18 FF 1982 II 661, 682; TERCIER, *Contribution à l'étude du tort moral*, p. 20; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, p. 48.

19 MONNIER, p. 24.

20 MELLIGER, p. 19; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 133; TERCIER, *Contribution à l'étude du tort moral*, p. 20.

21 MELLIGER, p. 19.

22 TERCIER, *Contribution à l'étude du tort moral*, p. 21.

23 DESCHENAUX/STEINAUER, p. 162.

2. *La mise au service de l'individu*

EUGEN BUCHER exprime ensuite l'idée que le bien de la personnalité est objet d'un droit qui sert directement l'individu²⁴. Il considère que l'ordre juridique ne trouve de raison d'être que dans l'homme lui-même, qu'il a pour seul objectif d'assurer le bonheur de l'être humain. Les droits de la personnalité poursuivent directement ce but. Ils se distinguent en cela des autres normes, qui ne servent qu'indirectement l'individu en poursuivant des objectifs extérieurs à celui-ci.

On retrouve cette même idée chez LABBÉE, lorsqu'il développe la théorie de personne par destination²⁵. Dans l'optique de l'auteur français, le critère de distinction entre un objet mobilier simple et un objet mobilier «incorporé» à l'individu, est celui de la mise au service de la personne: «Un objet mobilier peut devenir un élément de la personnalité, dans la mesure où il est au service, comme le corps humain, du sujet de droits, et donc dans la mesure où il est destiné à la personne²⁶».

3. *Le caractère individuel*

«[L]a personnalité concrète est par définition spécifique à chaque personne et évolue avec elle.²⁷» En d'autres termes, les biens personnels sont "attribués" à un individu déterminé, et à lui seul. Ils ne sont en aucun cas interchangeables. Au contraire d'une chose, ils ne peuvent appartenir indifféremment à une personne ou une autre²⁸. Selon MELLIGER, «gemeint sind jene Güter, die [...] kraft innerer Notwendigkeit einer ganz bestimmten Person immanent sind und in concreto als im Genusse einer andern Person stehend gar nicht gedacht werden können.²⁹»

C'est la même idée que défend HOTZ en ayant recours au concept de «qualifizierten Beziehung» pour désigner le rapport entre le titulaire du droit et son objet. Les biens personnels se distinguent par le caractère nécessaire du lien. Sont à compter parmi les «persönliche Verhältnisse» tout ce qui appartient forcément, nécessairement, à un individu déterminé³⁰.

²⁴ E. BUCHER, pp. 57 sq.

²⁵ LABBÉE, pp. 251 sq.

²⁶ LABBÉE, p. 252.

²⁷ MONNIER, p. 25.

²⁸ JÄGGI, RDS 1960 II 167a; MELLIGER, p. 20.

²⁹ MELLIGER, p. 20.

³⁰ HOTZ, p. 24.

4. *Le caractère essentiel*

Le droit de la personnalité n'a pas pour vocation de protéger «l'assemblage de tous les biens inhérents à l'existence de chaque individualité.» L'intervention du législateur est bien plutôt «circonscrite à l'essentiel³¹». Ainsi, toute atteinte n'appellera pas une protection. Encore s'agira-t-il d'établir que le bien impliqué jouit d'un poids suffisant pour contrebalancer la liberté d'action dont est titulaire l'auteur de l'atteinte³². EUGEN BUCHER s'attache à déterminer l'étendue de la protection assurée à la personnalité. Il ne suffit pas, selon l'auteur, qu'un bien se situe dans un rapport privilégié avec son titulaire. Ce dernier doit en outre avoir un intérêt sur ce bien. Ensuite, un simple intérêt de fait ne suffirait pas. La victime doit justifier d'un intérêt digne de protection. Ce caractère résulterait du constat négatif que personne d'autre ne peut se prévaloir d'un intérêt également légitime et digne de protection³³.

5. *Conclusion*

Le bien de la personnalité est investi par différents auteurs³⁴ d'une nature personnelle, dont le sens est d'être non patrimoniale. Nous avons abandonné ce critère, et ceci pour les raisons suivantes.

En premier lieu, il est en soi vide de sens de décrire un bien de la personnalité par son caractère personnel. Cette qualité est présente à plus ou moins forte intensité suivant le rapport de l'individu à un objet déterminé³⁵. Elle est en outre extrêmement dépendante des circonstances particulières du cas d'espèce. Il est donc très délicat de l'affirmer de manière tout à fait générale pour une catégorie de biens donnée. Il est vrai que les droits de la personnalité ne sont pas supposés connaître d'évaluation pécuniaire. Cela reste probablement vrai pour les facettes de l'individu à caractère purement idéal. Par contre, pour la grande majorité des attributs de la personnalité, il est de plus en plus difficile de tracer une frontière nette entre intérêts matériels et intérêts idéaux^{36,37}.

31 MONNIER, p. 24.

32 ATF 108 II 241, JT 1984 I 66, cons. 6b.

33 E. BUCHER, p. 90.

34 ZK-EGGER, No 22 ad 28 CC; GROSSEN, RDS 1960 II 8a; JÄGGI, RDS 1960 II 167a; TERCIER, *Contribution à l'étude du tort moral*, p. 20.

35 HOTZ, p. 23.

36 HOTZ, p. 25.

37 Voir pp. 244-6 ci-dessous.

Ensuite, si les biens personnels ne sont en principe «pas estimables en argent», ils ne sont pas sans «réflexes patrimoniaux»³⁸. De nombreux auteurs relèvent, au contraire, que les atteintes à ces biens ont le plus souvent des incidences sur le patrimoine³⁹.

Un bien de la personnalité possède ainsi souvent à la fois un aspect personnel et un aspect patrimonial, qu'il est parfois délicat de dissocier. Nous renonçons donc à faire entrer cette distinction dans la définition des biens personnels, mais nous approfondirons plus bas le critère de l'extra-patrimonialité, qui reste essentiel⁴⁰.

B. La raison d'être du concept de bien de la personnalité

1. Le problème

La notion de bien de la personnalité est mal définie. Nous venons de le voir, un bien personnel est une entité essentiellement abstraite, censée correspondre à l'une des facettes de la personnalité.

Or les attributs de la personne, si effectivement ils sont d'essence immatérielle, existent principalement par leurs manifestations concrètes. Quel est l'intérêt d'un droit à l'image dans une société qui ne connaîtrait aucune forme de reproduction ou de représentation des apparitions visuelles? De même, quel sens a le droit aux relations avec les proches, en l'absence de communication? C'est dans le contact que se concrétise ce droit et en l'absence de cette manifestation physique, il est dénué de sens.

Ces exemples indiquent qu'un bien de la personnalité est en réalité constitué d'un nombre infini de fragments, matériels ou immatériels, impossibles à définir. Au contraire de la propriété qui ne porte que sur une chose, entité définie juridiquement, le bien de la personnalité englobe une multitude de phénomènes qui n'ont de commun qu'un lien étroit avec la personnalité⁴¹ et qui jouissent, de ce fait, d'une protection identique.

Cet état des choses complique à en friser l'impossibilité le rattachement d'un élément nouveau à la sphère de la personnalité.

Le législateur a choisi de ne pas restreindre la protection offerte par l'article 28 CC. Ainsi, la disposition reste ouverte pour «jedes Gut, das

³⁸ GROSSEN, *RDS* 1960 II 8a.

³⁹ DESCHENAUX/STEINAUER, p. 162; TERCIER, *Contribution à l'étude du tort moral*, p. 22; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, p. 48.

⁴⁰ Voir pp. 211-4 ci-dessous.

⁴¹ FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 611.

untrennbar mit der Person seines Trägers verbunden ist⁴²». Cette définition de PEDRAZZINI/OBERHOLZER ne nous est pas d'un grand secours.

Il existe, nous le verrons plus bas⁴³, deux procédés aboutissant à l'affirmation de nouveaux biens personnels: il s'agit de la réglementation légale et de la jurisprudence⁴⁴. C'est par cette voie qu'un certain nombre d'éléments ont été reconnus, adoptés et font à l'heure actuelle l'objet d'un consensus.

Ce mécanisme ne résoud pourtant pas le problème. Au stade initial de la discussion, en l'absence de disposition légale ou de jurisprudence établie, il est difficile d'affirmer de manière convaincante la justesse du rattachement à la personnalité d'un élément nouveau.

Il existe d'une part un droit général de la personnalité, qui, sous cette appellation anodine, semble susceptible d'englober tout ce qui paraît concerner de près ou de loin la sphère personnelle.

Cette apparence est trompeuse. En effet, il existe précisément l'institution des biens de la personnalité, individualisés en théorie si ce n'est dans leur application, qui empêche de rattacher tout et rien aux droits de la personnalité. Ces biens sont énumérés, mais pas de manière exhaustive... ce qui nous ramène au point de départ.

2. *L'origine du concept*

Comme toujours, le problème surgit lorsque le droit est confronté à de nouveaux phénomènes. Il trouve ses limites lorsqu'on attend de lui qu'il appréhende une réalité encore inconnue ou peu digne d'intérêt jusqu'alors. Ici, il s'agit de classifier les parties séparées du corps. Si l'on admet leur qualification de chose, le problème est réglé dans une large mesure. Si on la refuse, par contre, ou si l'on cherche à ajouter à la protection réelle une composante personnelle, il est pratiquement impossible d'imposer la figure de la personnalité par une démonstration juridique. Les arguments manquent cruellement. Pourtant, il faut tenter d'établir les liens spécifiques de ces éléments avec la personne.

L'institution de la propriété comporte un principe de publicité⁴⁵, qui permet aux tiers de savoir qu'une chose déterminée est l'objet du droit réel d'une personne définie. Il s'agit, pour les meubles, de la possession, pour les immeubles, du registre foncier. Cette particularité du régime est due au

42 PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 133.

43 Voir p. 219 ci-dessous.

44 MONNIER, p. 26.

45 Voir pp. 151-2 ci-dessus.

fait qu'une chose est par définition distincte de la personne. Les choses étant extérieures à l'être humain, leur appropriation par ce dernier résulte d'une démarche consciente. Ainsi, il a été nécessaire d'établir une manière de faire connaître cette attribution. Le lien de propriété est un lien artificiel, créé par l'être humain et susceptible d'être défait. Un individu qui possède un droit de maîtrise absolu sur une chose va, en raison précisément du caractère provisoire de ce lien, accorder beaucoup d'importance à ce qu'il soit reconnu. Le législateur l'a bien compris, c'est pour cela qu'il a instauré le principe de publicité des droits réels. Pour résumer, toute cette réflexion a donné naissance dans un premier temps à l'institution de la propriété privée, puis au principe de publicité des droits réels qui en garantit le bon fonctionnement.

Qu'en est-il des biens de la personnalité? Si l'on reprend la métaphore de SERIAUX selon laquelle l'homme est au centre d'un cercle qui comporte à son périmètre les éléments qui lui sont le plus étrangers⁴⁶, les biens de la personnalité sont, si ce n'est au centre même du cercle, du moins éloignés du rayon le plus court possible. Toute la confusion qui entoure les biens de la personnalité résulte de cet état de fait. Face à un élément distant de la personne, la nécessité d'établir un critère de rattachement est évidente. Par contre, en présence d'éléments inhérents à l'être humain, le législateur n'a pas ressenti le besoin d'établir ces fameux critères de rattachement. D'abord, la démarche d'appropriation était superflue pour les biens de la personnalité, puisqu'ils sont innés. Dans la mesure ensuite où il n'a pas été nécessaire d'attribuer ces éléments, il n'a pas été nécessaire non plus de chercher à en établir publiquement l'appartenance dans un souci de protection. Il ne pouvait être qu'évident pour les tiers que ces éléments étaient englobés dans la sphère de leur titulaire. PEDRAZZINI/OBERHOLZER considèrent d'ailleurs que ce mécanisme n'enlève rien à la sécurité du droit, dans la mesure où les biens personnels sont reconnaissables et qu'ainsi, une violation du droit qui les protège est en principe prévisible⁴⁷. L'économie de ce raisonnement est à la source des difficultés que l'on rencontre aujourd'hui, dans la classification des nouveaux biens.

Tous les essais de définition, d'élaboration de critères tendent au même but. Ils ont pour objectif d'établir le rattachement, au même titre que la possession permet de présumer la propriété. De la même manière que si un individu possède un bien, on peut partir de l'idée qu'il en est propriétaire, alors la doctrine tente de démontrer que si un bien est inhérent à l'individu, qu'il est à son service, qu'il est individualisé ou qu'il lui est essentiel, il fait partie de sa personnalité.

⁴⁶ SERIAUX, *RTDC* 1994, pp. 801 sq.

⁴⁷ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 133.

3. La solution

On pourrait déduire *a contrario* de ce qui précède que doivent être rattachés à la personnalité tous les éléments qui portent à ce point l'empreinte personnelle qu'elle leur tient lieu de publicité, qu'elle rend toute autre apparence extérieure d'appartenance superflue.

Il suffirait ainsi d'établir l'empreinte personnelle. Cette empreinte signifie simplement que l'élément peut être attribué à une personne déterminée. Comme un livre étiqueté au nom de son propriétaire, il faut que l'élément soit individualisé, qu'il soit, de manière évidente, attribuable à un individu. Ainsi, de la même manière que l'on peut induire de la possession le titulaire du droit de propriété, il faut qu'au simple contact de l'entité, on soit capable de faire le lien avec la personne dont elle émane.

En fin de compte, nous allons procéder de la façon suivante. Nous allons reprendre les critères élaborés ci-dessus, parce qu'ils nous guideront dans la réflexion. En conclusion, nous ferons intervenir la notion de publicité. Dans le cadre de cet examen, nous attacherons une attention toute particulière au critère de l'individualité, puisqu'il est supposé cristalliser l'éventuel sentiment diffus d'appartenance.

Pour ce faire, nous réintroduisons la distinction initiale entre les tissus, organes et cellules d'une part, les gamètes et l'ADN d'autre part. En effet, les premiers, s'ils jouissent d'une protection personnelle, en bénéficieront en sus de la protection assurée par les droits réels. Il en va différemment pour les gamètes et l'ADN pour qui le régime réel ne parvient pas à assurer une protection exhaustive, lacune qui rend nécessaire une protection complémentaire.

II. Les tissus, organes et cellules

Un organe, comme un échantillon de tissu ou une cellule, est une chose. A ce titre, ces entités sont-elles exclues de la sphère d'application du droit de la personnalité?

A. Les choses et les droits de la personnalité

TERCIER établit que l'aspect matériel ou non d'un bien de la personnalité n'est pas un critère. Il cite en exemple le corps humain, qu'il considère comme un bien personnel⁴⁸.

Cette affirmation mérite une légère précision. Un bien de la personnalité est, par définition, «incorporel». Cela ressort clairement des explications

⁴⁸ TERCIER, *Contribution à l'étude du tort moral*, p. 19.

du Conseil fédéral. En cela, le terme "bien" n'est pas adapté à la réalité qu'il recouvre. Si la personnalité est «l'ensemble des valeurs physiques, psychiques, morales et sociales liés à l'existence de l'individu⁴⁹», elle ne peut être qu'abstraite dans son essence et concrète uniquement dans ses manifestations⁵⁰. Les biens de la personnalité ne sont pas des entités distinctes susceptibles d'appréhension. Ces éléments se définissent plutôt par leur somme, par ce qu'ils constituent additionnés les uns aux autres, à savoir la personnalité.

Le corps est effectivement protégé par un droit de la personnalité. Personne ne le conteste. Cependant, l'objet proprement dit du droit est l'intégrité corporelle. Ce bien abstrait qu'est l'intégrité physique est matérialisé par le corps lui-même, mais il est trompeur de dire que le corps est directement objet du droit de la personnalité.

Le raisonnement est le même pour tous les éléments matériels que l'on cherche à rattacher à la personne. Ces objets sont imprégnés de la personnalité, ils la reflètent⁵¹. Ils permettent aux biens personnels de se manifester concrètement, mais ils ne sont pas eux-mêmes ces biens.

Au vu de ce qui précède, la démarche qui s'impose est la suivante: il faut d'abord établir s'il existe un bien personnel susceptible de couvrir l'objet matériel. Alors, et alors seulement, on pourra envisager l'application des droits de la personnalité.

B. La doctrine

La solution du rattachement personnel des parties séparées a trouvé des adeptes dans la doctrine, en particulier en Allemagne. Il nous faut souligner que le but, ici, n'est pas de rejoindre les auteurs qui rattachent les éléments corporels à l'individu en les qualifiant directement d'éléments de la personnalité, c'est-à-dire en leur refusant la qualité de chose. Nous avons opté, au chapitre précédent, précisément pour la solution inverse, à savoir l'acceptation de la dénomination de chose. La démarche à laquelle nous nous livrons ici n'est pas un retour en arrière, mais un complément éventuel. Le droit de la personnalité viendrait s'ajouter, quitte à le compléter, au droit de propriété sur ces choses que sont les parties séparées. Il pourrait même s'appliquer seul dans certaines hypothèses, si cela s'avérait à la fois possible et souhaitable.

⁴⁹ FF 1988 II 421, 426.

⁵⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, No 319a.

⁵¹ ZK-EGGER, No 52 ad 28 CC.

Il existe parmi les auteurs deux tendances qui valent la peine d'être décrites.

Une partie des auteurs, refusant absolument la propriété, rattachent directement les parties séparées à la personnalité. Sans explicitement qualifier ces éléments de biens personnels, ils se rapprochent de cette structure⁵². Quelques auteurs, qui ont préalablement admis la qualification de choses, élaborent un régime à deux composantes pour les parties séparées. Ils doublent la protection réelle d'une protection personnelle. C'est à ce dernier courant de doctrine que nous allons nous intéresser, puisqu'il se calque parfaitement sur la solution que nous avons choisi de retenir.

1. *Les auteurs suisses*

PIOTET et WIEGAND sont, à l'heure actuelle et à notre connaissance, les seuls auteurs helvétiques à proposer la solution de la persistance d'un droit de la personnalité sur une partie séparée devenue objet d'un droit réel. Tous deux envisagent une protection combinée, la reconnaissance de la propriété n'excluant pas le régime personnel. Quant à l'étendue de ce droit de la personnalité, elle dépend de la nature de la substance prélevée⁵³. WIEGAND envisage en particulier le cas de la «Reintégration»: lorsqu'une chose est détachée avec l'objectif défini d'être à nouveau implantée, elle n'acquiert pas le statut de chose indépendante puisque le lien fonctionnel n'est pas rompu. Sans trancher véritablement, l'auteur imagine une application complémentaire des droits réel et personnel dans cette hypothèse également.

2. *Les auteurs allemands*

La figure de la concurrence d'un droit de la propriété et d'un droit de la personnalité est évoquée plus fréquemment dans la doctrine allemande. Elle a servi en particulier à éclairer l'imbrication des intérêts sur l'échantillon de sperme confié à un institut et détruit par erreur⁵⁴.

En 1974 déjà, FORKEL relève qu'une relation de nature personnelle peut lier un sujet de droit à une chose et propose d'appliquer ce schéma aux parties séparées. Il motive cette construction par l'existence de structures analogues dans le droit positif. Ainsi, la photo d'une personne est-elle

⁵² GUINAND, *SJ* 1986, p. 127; GUILLOD, *SJ* 1986, p. 118; MANAI, *Personne, Société, Nature*, p. 41.

⁵³ PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 72; KSP-WIEGAND, No 18 ad *Vorbemerkungen zu* 641 sq. CC.

⁵⁴ NJW 1994, p. 127.

couverte par le droit à l'image⁵⁵ et les pages d'un journal intime par celui du «Recht am geschriebenen Wort⁵⁶». En somme, résume-t-il, cette solution est ouverte pour de nombreuses «Objektivierungen» de la personne, des biens indépendants de celle-ci et qui ne participent plus à son existence. Les droits de la personnalité couvrent ici les intérêts typiquement personnels qui subsistent malgré la réification⁵⁷.

TAUPITZ propose la persistance de la personnalité après la séparation, sans savoir à quel phénomène l'attribuer. Il renvoie pour une part à la solution "classique", à savoir la survivance du droit de la personnalité du donneur. Mais il entrevoit une autre origine: l'exploitation concrète de la substance pourrait avoir des «Femwirkungen» sur la personne du donneur et violer, par ce biais, son droit de la personnalité. L'auteur n'estime pas nécessaire de trancher, le résultat pratique étant le même⁵⁸.

SCHNORBUS envisage de doubler la propriété sur le sperme de prétentions personnelles. Il cite, pour justifier sa solution, les mêmes exemples que FORKEL⁵⁹.

C. L'application du droit de la personnalité aux tissus, organes et cellules

I. *Le rattachement à la sphère personnelle*

A. LE CARACTERE INHERENT

Leur séparation du corps humain n'enlève certes pas aux parties séparées leur origine corporelle. Etant de provenance humaine, elles le restent. Elles ne sont pourtant plus ancrées dans la personne au point de ne pouvoir en être distinguées ou individualisées. En particulier, elles ne se confondent plus avec l'individu dont elles sont issues. Ce caractère est évidemment propre à tout élément disjoint de l'organisme corporel. Pourtant, les gamètes ont la particularité d'assurer une fonction corporelle contribuant à l'épanouissement de la personne, au-delà de la séparation. Quant à l'information génétique, elle fournit à l'être humain des indications précieuses sur les aspects biologiques de son existence. On ne peut déceler aucune qualité de nature équivalente dans un prélèvement de sang ou un

⁵⁵ FORKEL, *JZ* 1974, p. 595 et note 42.

⁵⁶ FORKEL, *JZ* 1974, p. 595 et note 43.

⁵⁷ FORKEL, *JZ* 1974, p. 595.

⁵⁸ TAUPITZ, *AcP* 191 (1991), pp. 209-10.

⁵⁹ SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 833.

échantillon de peau. Les éléments corporels perdent véritablement tout caractère inhérent lorsqu'advient la séparation.

B. LA MISE AU SERVICE DE L'INDIVIDU

De manière générale, les parties corporelles sont perdues pour le donneur dès leur distraction de l'organisme de provenance. Elles ne contribuent plus à assurer le développement de la personnalité, qualité dont sont au contraire investis les gamètes et l'information génétique. Il existe, il est vrai, l'auto-greffe et l'auto-transfusion, mais ce sont des cas particuliers. Nous tiendrons cependant compte de l'existence de ces techniques dans l'élaboration d'une protection adéquate⁶⁰.

C. LE CARACTERE INDIVIDUEL

Lorsqu'elle n'est plus rattachée au corps humain, l'apparence d'appartenance de la partie séparée à l'individu disparaît. Elle ne peut être dès lors assurée que par les mécanismes relevant du régime réel, à savoir la possession.

En outre, dans sa fonction même, la partie est interchangeable. Elle peut appartenir presque indifféremment à une personne ou une autre. Pas tout à fait, il est vrai, puisque les questions de compatibilité tissulaire empêchent l'attribution de n'importe quel organe à un individu déterminé. Il n'en reste pas moins que le lien qui unit la partie à la personne dont elle provient ne suffit pas à exclure l'appartenance à un autre individu. En conclusion, le caractère individuel est certes présent, mais dans une mesure très faible. Surtout, comme nous l'avons établi plus haut, il n'est pas évident pour autrui⁶¹.

D. LE CARACTERE ESSENTIEL

L'absence de caractère essentiel découle de ce qui précède sans qu'il ne soit nécessaire d'en développer d'autres aspects. Si l'élément détaché ne remplit plus de fonction corporelle, s'il n'assure pas l'épanouissement de l'individu, s'il devient interchangeable, sa valeur personnelle résiduelle est faible, aux yeux de l'individu dont il provient. Ainsi, confronté au droit concurrent d'un tiers, l'intérêt du titulaire sur la partie séparée se devra d'être d'une nature toute particulière, due aux circonstances de l'espèce ou éventuellement à la nature de l'élément en cause, pour l'emporter.

⁶⁰ Voir pp. 225-7 ci-dessous.

⁶¹ Voir pp. 152-3 ci-dessus.

E. CONCLUSION

Les développements ci-dessus concourent à exclure les parties séparées de la protection dont jouit la personnalité. Pourtant, certains auteurs adoptent ce schéma. A ce stade, les motivations de leur choix sont peu évidentes. C'est pourquoi il paraît justifié de poursuivre l'étude, notamment par l'examen des droits retenus afin d'identifier l'origine de ce choix.

Qu'en est-il du principe de publicité? Une partie séparée est toujours susceptible d'être attribuée à un individu. Grâce à l'ADN que contient le noyau des cellules dont elle est composée, elle reste liée au corps dont elle provient. Cependant, cet aspect n'est que secondaire. Si l'on est confronté à une image, le rattachement est immédiat. L'apparence physique de la personne représentée est visible à l'oeil nu et directement rattachable à l'individu. Une partie séparée contient, dans ses cellules, le secret de son appartenance, mais il nécessite une démarche préalable pour être révélé. Or le procédé que cela suppose est précisément celui qui consiste à dégager l'information génétique. Dès le moment où celle-ci est individualisée, elle devient indépendante et bénéficie d'un régime distinct.

2. *Le droit envisageable*

Les auteurs qui optent pour l'intervention d'un droit personnel sur les parties séparées ne se prononcent pas sur le type de droit en cause. A première vue, seule l'intégrité corporelle semble à même de régir cet état de fait.

III. Les gamètes

En leur qualité de cellules, les gamètes pourraient être rangés dans la catégorie ci-dessus et traités à l'instar des tissus et organes. Pourtant, nous avons identifié un phénomène incontrôlable, sur lequel l'homme ne peut encore exercer sa maîtrise. Les gamètes sont aptes à engendrer la vie et cette qualité exceptionnelle doit, d'une manière ou d'une autre, trouver une expression juridique appropriée. C'est pourquoi nous allons tenter de rattacher la liberté de mettre en oeuvre ce potentiel de reproduction à la sphère personnelle de l'individu. Si cette démarche devait aboutir, le choix de donner la vie serait protégé par un droit de la personnalité.

A. Le rattachement à la sphère personnelle

Si l'on en croit SCHAUMANN, «[d]er Entscheid über die Fortpflanzung mit dem eigenen Erbgut» appartient au noyau de la personnalité de l'individu⁶².

En France, BELLIVIER/BOUDOUARD-BRUNET constatent que «les ressources génétiques, notamment les gamètes, ne sont pas des produits du corps humain comme les autres: les manipuler, c'est maîtriser la genèse et le développement de l'individu⁶³». LABBÉE, quant à lui, parle de «produits porteurs de la personnalité⁶⁴».

Aux Etats-Unis, ANDREWS remarque en outre que la décision de céder des éléments qui peuvent donner vie à une descendance est une décision qui a des «lifelong implications⁶⁵».

Tous ces auteurs, sans forcément conclure à l'existence d'un droit de la personnalité, s'accordent à dire que les gamètes méritent de jouir d'une protection toute particulière, en raison de la forte empreinte personnelle qui les caractérise.

1. Le caractère inhérent

Les individus naissent munis d'ovules ou de spermatozoïdes, qui leur donnent en principe à tous la possibilité de se reproduire. La faculté de donner la vie est présente chez l'être humain dès sa venue au monde, elle n'est pas acquise en cours de route.

Or, cette potentialité perdure avec la séparation. Elle s'élargit même, dans le sens où l'être humain peut alors avoir recours aux gamètes de n'importe quel individu de son sexe pour concrétiser son projet d'enfant. Pourtant, une qualité essentielle reste inhérente à la personne dont sont issus les gamètes: elle a seule la faculté de transmettre son propre patrimoine génétique.

L'homme ou la femme frappée de stérilité peut à l'heure actuelle se voir offrir artificiellement cette liberté de procréer par le recours aux gamètes de tiers. Cette faculté est alors acquise et non innée. Pourtant, l'individu stérile ne pourra créer qu'une filiation juridique; la filiation biologique lui reste, de fait, interdite. Ainsi, la procréation médicalement assistée que permet le don de gamètes ne remet pas en question le caractère inhérent de la liberté qui permet à l'individu de procréer ou non.

⁶² SCHAUMANN, p. 36.

⁶³ BELLIVIER/BOUDOUARD-BRUNET, *Le droit saisi par la biologie*, p. 180.

⁶⁴ LABBÉE, p. 359.

⁶⁵ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 33.

2. *La mise au service de l'individu*

La particularité des gamètes est précisément de continuer à assurer des fonctions corporelles propres à l'être humain, après leur séparation du corps. Le spermatozoïde doit même quitter le corps de l'homme pour remplir sa mission.

En ceci, les gamètes diffèrent fondamentalement des autres parties séparées, qui, sauf exception liée à d'éventuelles circonstances particulières, perdent tout intérêt pour le donneur dès qu'elles ont quitté son corps. Les facultés de transmettre la vie ne sont pas altérées par la séparation. Elles restent intactes et poursuivent, même à l'extérieur du corps, l'objectif d'assurer l'épanouissement de l'individu.

3. *Le caractère individuel*

Dans leur stricte capacité de donner la vie, c'est-à-dire dans l'aspect "énergétique" de l'opération, les gamètes sont interchangeables. C'est précisément ce qui permet la procréation médicalement assistée avec donneur. Un enfant peut naître d'un don conjoint d'ovule et de spermatozoïde. Pourtant, les gamètes ont la propriété de doter l'enfant à naître du matériel génétique de ses parents. En cela, chaque gamète est porteur d'un projet de vie individuel, puisque les informations qu'il contient diffèrent d'un individu à l'autre.

4. *Le caractère essentiel*

Il est délicat d'affirmer *in abstracto* le caractère essentiel d'une prérogative humaine. En pratique, en effet, le bien protégé sera opposé à un droit de nature équivalente ou à une liberté fondamentale, et les poids respectifs des intérêts en cause seront mis en balance. Pourtant, sans préjuger de l'issue de conflits concrets, il est possible d'affirmer que la faculté de donner la vie est essentielle pour l'être humain et qu'elle est, à ce titre, digne de protection.

5. *Conclusion*

La potentialité des gamètes de transmettre la vie possède un aspect "technique". En ce sens et sous cet angle, le rattachement à la personnalité est difficilement justifiable. A l'instar d'une machine placée dans différentes entreprises, une suite de réactions chimiques au sein d'une cellule ne diffère pas d'un individu à l'autre. L'aspect purement technique de la reproduction n'est en soi pas imprégné de la personnalité de l'individu.

Pourtant, la mise en oeuvre du processus de la reproduction présuppose l'existence d'ADN à transmettre. Le matériel génétique, à l'inverse du processus qui lui confère son caractère héréditaire, est indissociablement lié à la personne dont il provient.

En conclusion, il y a d'une part un gamète, chose au sens juridique du terme, susceptible d'une maîtrise juridique de nature réelle, d'autre part une liberté, celle de procréer, laquelle est une émanation essentielle de la personnalité. En d'autres termes, la faculté de transmettre la vie, au niveau technique du terme, n'est pas liée à un être déterminé et le lien ne survit pas à la séparation; par contre, la faculté de l'être humain de transmettre son propre patrimoine génétique lui est inhérente. Et lui est attachée au-delà de la séparation. C'est un attribut de la personnalité qui ne peut en être disjoint. La publicité est ainsi assurée et le rattachement établi.

B. Le droit envisageable

Avant l'ère de la reproduction *in vitro*, la liberté de se reproduire était indissolublement liée à la liberté sexuelle et à l'intégrité physique. Ce n'est plus le cas aujourd'hui: les choses ont changé avec l'avènement de la procréation médicalement assistée. A l'ère de l'insémination artificielle, il est possible de restreindre la liberté de se reproduire d'un individu sans porter atteinte à aucune de ces sphères de protection. Dans une hypothèse de ce genre, estime SCHAUMANN, cette liberté doit être protégée de manière indépendante, comme droit propre de la personnalité⁶⁶.

Les auteurs consultés se contentent d'affirmer que le sperme est un «élément des droits de la personnalité⁶⁷» du donneur, qu'il appartient à sa «*Persönlichkeitssphäre*⁶⁸» ou encore que les gamètes sont des «biens de la personnalité⁶⁹».

BRÜCKNER fait appel à la "responsabilité parentale" pour déterminer les droits sur la vie embryonnaire⁷⁰. Il est difficile de savoir exactement à quelle institution juridique il fait référence.

Ce bref exposé met en évidence la difficulté qui réside dans l'attribution d'un élément à un bien déterminé de la personnalité. Nous allons tenter la démarche malgré tout. Même s'il est, en pratique, possible de se contenter d'une affirmation générale que les gamètes sont partie intégrante de la sphère personnelle du donneur, cette conclusion est peu satisfaisante. Il est

⁶⁶ SCHAUMANN, pp. 37-8.

⁶⁷ GUINAND, *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, p. 244.

⁶⁸ HEGNAUER, *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, p. 206.

⁶⁹ GULLOD, *SJ* 1986, p. 118.

⁷⁰ BRÜCKNER, *RSJ* 1985, p. 384.

plus convaincant de pouvoir affiner le résultat en établissant un lien précis. Par ailleurs, s'il se révèle qu'un rattachement à un droit existant est exclu, cela peut simplement signifier qu'il est nécessaire de créer un droit *ad hoc*.

Il paraît judicieux d'exclure de prime abord la liberté sexuelle. Nous retiendrons malgré tout l'intégrité physique puisqu'il existe une jurisprudence allemande qui l'utilise pour protéger le sperme. En outre, les gamètes sont et restent des cellules, malgré leur nature spécifique. Eu égard à cette qualité, il se justifie d'envisager leur protection par le droit à l'intégrité corporelle⁷¹.

La décision de mettre en oeuvre ou non le potentiel de reproduction des gamètes est de nature intime, personnelle. C'est pourquoi il s'impose d'étudier le droit à la vie privée⁷².

IV. L'ADN

Nous avons abordé à plusieurs reprises le concept d'information⁷³. Sans reprendre l'entier de la définition, retenons qu'il s'agit d'un «message quelconque exprimé dans une forme qui le rend communicable à autrui⁷⁴» et qu'il est en tous les cas immatériel⁷⁵.

A. Le rattachement à la sphère personnelle

SCHWEIZER relève que la protection de la personnalité revêt une importance spéciale dans les domaines touchant aux informations génétiques, qu'il s'agisse d'accepter un diagnostic génétique ou de disposer des données auxquelles l'analyse de l'ADN donne accès⁷⁶.

En France, GALLOUX constate la perte de substance du concept de personne humaine, qui se manifeste également à l'égard des composantes génétiques: «La vie et le matériel génétique humain ne sont plus la personne, ils sont une structure ou une matière vivante comme une autre qui se brevète.⁷⁷» L'auteur défend malgré tout la possibilité d'une atteinte à la personnalité par le biais du matériel génétique. Ainsi, il mentionne la violation de la vie privée, «si l'on accède [...] aux secrets de sa généalogie»

71 Voir pp. 220-9 ci-dessous.

72 Voir pp. 229-39 ci-dessous.

73 Voir pp. 44-8 ci-dessus.

74 CATALA, *Mélanges Raynaud*, p. 99.

75 CATALA, *RTDC* 1966, p. 98.

76 SCHWEIZER, No 46 ad 24^{novies} aCst.

77 GALLOUX, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 213.

ou l'atteinte à la personnalité que peut occasionner la divulgation d'un diagnostic prédictif⁷⁸.

En Allemagne, TAUPITZ inclut expressément l'information génétique dans la sphère de la personnalité. L'analyse du génome du donneur permet de tracer un portrait des dispositions physiques, voire psychiques, de celui-ci. Le lien entre l'image dégagée et les informations qu'elle fournit sur le titulaire ne porte pas moins atteinte à sa sphère privée que les supputations qui peuvent être faites sur la base des écrits d'une personne quant à son état d'esprit ou ses convictions⁷⁹.

1. Le caractère inhérent

L'information génétique étant à l'origine de la personne, elle est présente dans les cellules de l'être humain du simple fait de sa conception. Elle est, dans un sens, le plus personnel des biens personnels, puisqu'elle leur est, chronologiquement, antérieure à tous. On peut débattre, par exemple, de la sphère privée d'un embryon, mais personne ne peut contester la présence de l'information génétique d'un ovule fécondé depuis quelques heures.

Ensuite, l'information est liée à l'individu de manière indissoluble: il est possible en tout temps de prélever un échantillon de sang ou de peau pour en dégager l'ADN, puis de déchiffrer les données qu'il recèle.

2. La mise au service de l'individu

Même distraite de l'organisme corporel, l'information génétique reste au service de l'individu dont elle provient. Distraite de la fonction d'ordonnatrice des choses que lui confère son rôle au sein de la cellule, son contenu éclaire la personne sur des aspects d'elle-même auxquels elle ne peut avoir accès autrement. Sous cet angle, l'information a un objectif directement interne à l'individu.

3. Le caractère individuel

A l'exception des jumeaux homozygotes, les séquences de nucléotides qui constituent l'information génétique sont différentes chez chaque être humain. L'individualité de ces données ne fait donc aucun doute⁸⁰.

⁷⁸ GALLOUX, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 215.

⁷⁹ TAUPITZ, *AcP* 191 (1991), p. 210.

⁸⁰ KNOPPERS, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 106.

4. *Le caractère essentiel*

Le résultat d'une analyse génétique instruit l'individu sur ses qualités intrinsèques, sur la nature intime de son être. Les données que le décryptage de l'ADN permet de révéler appartiennent aux informations les plus sensibles qu'il soit donné à l'individu de détenir quant aux différents aspects de sa personnalité. Ici encore, l'affirmation véritable de ce caractère essentiel ne sera définitive que dans un cas concret, en opposition à une liberté donnée. Pourtant, il est permis de présumer que nombreuses seront les hypothèses où l'intérêt à l'information de l'individu primera et que rares seront les libertés ayant un poids suffisant pour imposer leur présence.

5. *Conclusion*

La pertinence du rattachement est, à notre avis, établie. Il semble s'imposer, à tel point d'ailleurs que l'on peut se demander si le juge ne devrait pas consacrer un droit spécifique affecté tout entier à la protection des intérêts que toute information génétique comporte.

Qu'en est-il du principe de publicité? En premier lieu, à toute information génétique correspond un être humain. C'est la première étape; elle indique que le critère de l'individualité est satisfait. L'existence d'individus homozygotes ne trouble pas la qualification. En effet, des jumeaux ou des triplés possèdent la même apparence physique. On n'a jamais songé à leur dénier un droit à l'image pour autant.

Ensuite, on peut identifier la personne sans doute possible à travers l'information à protéger. Cela signifie donc que le rattachement existe sans intervention du législateur et sans artifice. L'information contient en elle l'empreinte de la personne, ce qui rend toute autre forme d'appartenance superflue. Le lien ne disparaît qu'avec la destruction totale de la personne physique; dans cette hypothèse, cependant, la protection n'a plus de raison d'être pour l'individu lui-même.

La condition que nous avons posée à la reconnaissance de nouveaux éléments de la personnalité est ainsi satisfaite. L'information porte à ce point l'empreinte personnelle qu'elle se passe de toute autre forme de publicité.

B. Le droit envisageable

Pour DESCHENAUX/STEINAUER, «[l]e patrimoine génétique d'une personne appartient tant à sa sphère intime qu'à son intégrité corporelle.⁸¹ Nous allons donc envisager ces deux droits⁸².

Ensuite, il nous faudra examiner le droit à l'image. On peut en effet concevoir que le profil élaboré sur la base de l'information déchiffrée et collectée s'assimile à l'image d'une personne. Précisons que ce droit est souvent considéré comme absorbé par la protection de la sphère privée⁸³. Nous les envisagerons pourtant tous les deux, afin de voir si réellement leurs champs d'application se recoupent.

V. Conclusion

Nous avons déjà fait appel à la métaphore de SERIAUX⁸⁴. Nous allons la réutiliser, car elle est une base de réflexion très visuelle.

Reprenons donc l'idée de l'homme au centre d'un cercle. Les éléments les plus éloignés de lui, sur le périmètre de la figure géométrique, représentent le «noyau dur de la patrimonialité». Ils sont parfaitement accessibles à l'échange, ayant la capacité de changer indéfiniment de titulaire⁸⁵. Plus on se rapproche du centre, plus on s'éloigne du «domaine de l'avoir» pour entrer «dans celui de l'être».

Dans ce schéma, il est clair que l'ADN, s'il n'est pas au centre même du cercle, s'en rapproche étrangement. L'homme «est» davantage son patrimoine génétique qu'il ne l'«a». Les gamètes se situent également près du centre. C'est en effet un des aspects fondamentaux de l'être humain que d'être capable de se reproduire, et surtout de transmettre son propre patrimoine génétique. Surtout, et cette considération est essentielle, les gamètes permettent à un individu de mettre en oeuvre une faculté que l'ordre juridique et la science ne permettent de transmettre à aucun autre individu. Lorsque naît l'enfant d'un individu normalement fertile, il cumule la filiation biologique et la filiation juridique. Or, pour chaque enfant, il n'existe au monde qu'une personne capable d'être le père ou la mère reconnus comme tels à la fois par la science et le droit.

Les parties séparées, par contre, se situent, si l'on fait abstraction de toute considération de nature éthique, plutôt à l'extérieur du cercle. Elles sont certes issues d'un être humain, mais lui sont devenues étrangères. Par

⁸¹ DESCHENAUX/STEINAUER, No 588i.

⁸² Voir pp. 220-9 et 229-39 ci-dessous.

⁸³ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 454; A. BUCHER, No 478.

⁸⁴ Voir p. 188 ci-dessus.

⁸⁵ SERIAUX, *RTDC* 1994, p. 806.

ailleurs, elles sont, la pratique le montre, accessibles à l'échange, ce qui les distingue fondamentalement des attributs de la personnalité.

Par conséquent, si «[l]a figure du droit de la personnalité a pour but de régler les relations du sujet à lui-même⁸⁶», elle semble peu adéquate pour régir les relations d'un individu à des biens qui, s'ils sont effectivement dans sa sphère d'appropriation, sont néanmoins assez éloignés de la personne pour être accessibles sans difficulté à l'échange.

§ 3 Les caractéristiques du droit de la personnalité

Le droit de la personnalité peut être cerné par la description de ses caractéristiques principales. De nombreux auteurs font appel aux éléments qui vont suivre pour définir ce droit. Ces critères ne font cependant pas l'unanimité. HOTZ, en particulier, les relativise grandement, pour renoncer finalement complètement à les utiliser. L'auteur leur reproche de manquer de clarté et de ne rien apporter à la discussion⁸⁷.

Nous retiendrons ces critères, car ils fournissent une méthode d'approche adéquate. Nous serons cependant attentifs à décrire les limites éventuelles auxquelles ils se heurtent.

I. Un droit absolu

A. La notion de droit absolu

Le droit de la personnalité est de nature absolue⁸⁸. Ainsi, à l'instar du droit de propriété, il s'oppose à tous. C'est un droit «de nature protectrice, non pas de la personne sur elle-même, mais de la personne pour elle-même.⁸⁹» En ce sens, il est de nature défensive, il ne sert qu'à protéger l'individu contre d'éventuelles atteintes de tiers⁹⁰, ou contre elle-même. Cette facette négative découle logiquement du caractère absolu. Un droit opposable à chaque individu, qui agit contre tous, ne peut imposer qu'une abstention. Il n'est en effet pas imaginable que le titulaire du droit puisse exiger de

⁸⁶ DUON, *Le sujet de droit en son corps*, p. 10.

⁸⁷ HOTZ, pp. 25-6.

⁸⁸ E. BUCHER, p. 74; DESCHENAUX/STEINAUER, No 530; GROSSEN, p. 77; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 324; ZGB-MEILI, No 8 ad 28 CC.

⁸⁹ MONNIER, p. 40.

⁹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, No 530.

l'ensemble des justiciables un comportement positif. La prérogative qu'il détient ne lui permet que d'interdire certaines actions⁹¹.

B. Les parties séparées et le caractère absolu

Le caractère absolu ne peut être que favorable au régime des éléments corporels, quels qu'ils soient, car la protection conférée est la plus large offerte par l'ordre juridique suisse.

Pour toutes les parties séparées, cependant, un conflit pourrait naître de la présence d'un autre droit de nature absolue sur le même élément.

1. *Les tissus, organes et cellules*

Le régime assuré par la propriété est gouverné par ce même caractère absolu. Or, nous l'avons jugé adéquat dans l'optique réelle. Par conséquent, il ne peut qu'en aller de même dans la configuration personnelle.

Le caractère défensif du droit a pourtant ici un autre objet. Alors que le droit réel interdit à un tiers de porter atteinte à l'objet matériel qu'est l'élément corporel, l'immission prohibée est ici d'une autre nature. Il est fait défense à un tiers de troubler, d'une manière ou d'une autre, la personne dans ses composantes abstraites, ses aspirations, son épanouissement.

Cette dissemblance dans la protection a pour conséquence, dans un premier temps, que les garanties offertes par la propriété et la personnalité sont susceptibles d'être complémentaires et pourraient viser le même objet sans que leur champ d'application respectif ne se recoupe. Ensuite, la dualité de la protection a également pour effet que chacune des prétentions peut être en mains d'un titulaire différent et entrer en conflit avec la sphère de protection de l'autre.

2. *Les gamètes*

Le raisonnement conduit ci-dessus pour les tissus, organes et cellules peut être transposé au statut des gamètes. La complémentarité des protections est probablement plus évidente encore à l'égard des cellules sexuelles.

Le droit de la personnalité permettra au donneur de gamètes de lutter efficacement contre toute incursion dans sa sphère privée en ce qu'elle touche à sa liberté de procréer, à son choix d'avoir ou non des enfants. Le droit réel, quant à lui, habilite son titulaire à repousser toute atteinte au gamète lui-même, ou à son pouvoir d'en disposer. Il protège ainsi le propriétaire dans son rapport matériel à la chose, alors que la prétention

⁹¹ E. BUCHER, p. 74.

de nature personnelle protège son titulaire dans son rapport idéal à l'élément corporel qui matérialise ses aspirations.

3. L'ADN

Le caractère complémentaire des garanties offertes par l'ordre juridique est flagrant dans le cas de l'ADN également.

Le droit de la personnalité assure à l'individu une protection efficace contre toute immission non autorisée dans sa sphère privée en ce qu'elle touche aux données intimes contenues dans l'ADN nucléaire. Le droit de propriété permet à son titulaire de défendre concrètement l'objet de son droit, à savoir d'empêcher ou de sanctionner une atteinte à la structure biochimique qu'est le matériel génétique.

La nature particulière de l'information appelle une considération supplémentaire. Il découle du caractère absolu du droit une exclusivité. Or, l'information peut, à l'heure actuelle, être captée, enregistrée, reproduite, avec une facilité déconcertante. Surtout, ces opérations peuvent avoir lieu à l'insu du titulaire du droit. Le résultat d'une analyse génétique en particulier peut être photocopié ou chargé sur Internet. D'autre part, tant que la source de l'information, à savoir l'ADN, est conservée, le travail d'établir le diagnostic peut être répété, de la même manière qu'une photo peut être développée à plusieurs reprises sur la base d'un seul négatif. Les progrès technologiques remettent sévèrement en question l'exclusivité, quand ils ne la rendent pas complètement ineffective⁹².

Ce seul constat ne va cependant pas nous conduire à repousser la figure de la personnalité pour l'information génétique. En effet, ce n'est pas le propre de l'information génétique seule que d'être "saisissable" aussi aisément. L'image de l'individu, elle-même, est parfaitement captable à son insu. Même si elle est fixée avec l'autorisation de son titulaire, elle est susceptible de reproductions multiples, sans qu'il ne soit nécessaire d'en avertir la personne. Cette particularité n'a, à en constater le silence des auteurs à ce sujet, jamais provoqué de remise en question relative à la pertinence de la protection assurée par les droits de la personnalité. Elle est peut-être, par contre, à la source des développements récents en matière de droit patrimonial sur l'image⁹³. Quoi qu'il en soit, à ce stade, nous retiendrons simplement l'idée que, dans l'élaboration d'un régime juridique pour l'information génétique, il faudra être vigilant, en assurant une protection adaptée à cet état de faits particulier.

⁹² МАСКААУ, *Nouvelles technologies et propriété*, pp. 234-5.

⁹³ Voir pp. 244-6 ci-dessous.

II. Un droit inaliénable

Les droits de la personnalité sont attachés de manière indissoluble à la personne de leur titulaire⁹⁴. La doctrine est claire: ils ne peuvent en être séparés. Précisons que l'aliénabilité n'est pas soit complète soit inexistante. Elle a des degrés⁹⁵.

L'inaliénabilité se décompose en quatre manifestations concrètes.

A. L'incessibilité

1. La notion d'incessibilité

Il découle de l'article 27, al. 2, CC qu'un droit de la personnalité ne peut être cédé entre vifs à des tiers⁹⁶. En effet, «le droit de la personnalité ne saurait être dissocié des valeurs qu'il protège⁹⁷». Plus précisément, il est illicite «d'en céder la titularité, que ce soit partiellement ou totalement.⁹⁸» On considère en effet que les droits de cette catégorie sont «indissolublement liés à la personne de leur titulaire.⁹⁹»

2. Les limites à l'incessibilité

Ce principe doit être assorti de réserves à deux égards.

A. LA CESSION DES CREANCES

En premier lieu, les créances qui résultent de la violation d'un droit de la personnalité sont, quant à elles, cessibles¹⁰⁰. L'individu devient titulaire d'un simple droit patrimonial¹⁰¹, distinct, qui obéit aux règles générales de la catégorie des droits à laquelle il appartient.

⁹⁴ DESCHENAUX/STEINAUER, No 534; GROSSEN, p. 77; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 174; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 326.

⁹⁵ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 230.

⁹⁶ DESCHENAUX/STEINAUER, No 535; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 331; ZGB-MEILI, No 7 ad 28 CC.

⁹⁷ MONNIER, p. 50.

⁹⁸ THÉVENAZ, No 86.

⁹⁹ A. BUCHER, No 508.

¹⁰⁰ A. BUCHER, No 508; DESCHENAUX/STEINAUER, No 535a; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 174.

¹⁰¹ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 332.

B. LA CESSION DE L'USAGE DU DROIT

Ensuite, rien ne s'oppose à ce que le titulaire d'un droit de la personnalité cède l'usage de certaines des attributions qui y sont liées¹⁰². Cette cession ne signifie pas la perte de la jouissance du droit, mais «uniquement de son exercice¹⁰³». L'individu en reste titulaire. Cela se fait couramment notamment en matière de droit au nom ou à l'image.

ANDREAS BUCHER est d'avis que si l'on peut aliéner la jouissance d'un bien de la personnalité, celui-ci est dénué de protection. L'auteur ne conçoit pas l'existence d'un droit «détaché de son usage et de sa protection». Dès lors, à ses yeux, le qualificatif d'inaliénable est «sans portée juridique véritable»¹⁰⁴.

Si l'on suit ROGUIN¹⁰⁵ et que l'on pousse la réflexion plus loin, il s'avère qu'il n'existe pas de droit naturellement incessible. Seule l'intervention du législateur aboutit à l'interdiction de la transmission entre vifs, mais celle-ci ne découle en rien de la nature de la prétention. L'auteur reconnaît l'impossibilité absolue de transmettre à cause de mort «les droits que la personne possède sur son corps et son activité». Ces droits ne survivent en effet pas à la destruction physique de l'individu. Cependant, entre vifs, cet obstacle technique n'existe pas: les droits de la personnalité sont par nature aliénables. Lorsqu'ils ne le sont pas, cela est dû à une intervention du législateur, qui déclare ces droits incessibles, même entre vifs, «quoiqu'ils soient naturellement aliénables.¹⁰⁶»

ROGUIN va jusqu'à admettre, «quelque scandaleux que cela soit», des «droits sur le corps d'autrui»¹⁰⁷. On peut, certes, nier l'intérêt du transfert d'un droit de la personnalité. Mais lorsque l'on a cédé à autrui l'ensemble des prérogatives découlant d'un droit et que celles-ci ne sont dès lors plus opposables aux tiers, que reste-t-il véritablement de ce droit? Il est pratiquement vidé de son contenu. Par cette démonstration, ROGUIN cherche à mettre en évidence le caractère relatif de «l'innéité¹⁰⁸» des droits de la personnalité. La théorie de cet auteur, bien que vieille de plus d'un siècle, apporte de l'eau au moulin des tenants de la nouvelle conception des droits de la personnalité¹⁰⁹.

¹⁰² DESCHENAUX/STEINAUER, No 535.

¹⁰³ THÉVENAZ, No 85.

¹⁰⁴ A. BUCHER, No 509.

¹⁰⁵ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 377.

¹⁰⁶ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 377.

¹⁰⁷ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 377.

¹⁰⁸ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 377.

¹⁰⁹ Voir pp. 244-6 ci-dessous.

3. *Les parties séparées et l'incessibilité*

Afin de poursuivre notre démarche logique, il importe à ce stade de déterminer si le caractère incessible du droit de la personnalité représente un obstacle à l'adoption de ce régime pour gérer les prérogatives revendiquées sur les parties séparées.

La réutilisation des parties séparées du corps humain suppose que ces dernières soient aliénées par leur titulaire, afin d'être confiées aux individus ou institutions intéressés et aptes à exploiter le potentiel que les éléments corporels recèlent. Il est essentiel que cette cession reste possible, afin de ne pas exclure d'emblée toute activité scientifique reposant sur l'exploitation de tissus humains.

La question est la suivante: le caractère incessible du droit de la personnalité prohibe-t-il l'aliénation de parties séparées du corps humain, objets éventuels de ce droit? Nous avons établi plus tôt la distinction entre le bien de la personnalité et l'élément corporel qui matérialisait son existence. Cette précision est essentielle ici. Lorsqu'un individu dispose d'une partie détachée de son organisme, il ne transfère que le support d'un bien de la personnalité; il n'aliène en aucun cas le bien lui-même.

Nous nous satisferons ici de cette conclusion toute générale. Nous réservons la discussion détaillée des cas particuliers pour la partie pratique de ce travail¹¹⁰.

B. *L'intransmissibilité*

1. *La nation d'intransmissibilité*

Un droit de la personnalité ne peut être transmis à cause de mort¹¹¹. Il s'éteint au décès de son titulaire et ne passe pas aux héritiers¹¹². Il arrive que la protection d'un intérêt personnel soit invoquée après le décès de l'individu, mais cela se fait en principe au nom du droit propre des proches¹¹³. L'atteinte aux droits du défunt représente dans ce cas simultanément une atteinte aux droits de ses proches¹¹⁴.

¹¹⁰ Voir pp. 307 (sang), 380-1 (sperme) et 447-8 (ADN) ci-dessous.

¹¹¹ DESCHENAUX/STEINAUER, No 536; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 175; SEEMANN, p. 206; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 333; ZGB-MELLI, No 7 ad 28 CC.

¹¹² A. BUCHER, No 510; MONNIER, p. 50.

¹¹³ ATF 70 II 127, cons. 2 (arrêt Hodler).

¹¹⁴ SEEMANN, p. 206.

2. Les limites à l'intransmissibilité

A. LA TRANSMISSIBILITE DES CREANCES

En premier lieu, il faut à nouveau distinguer les droits de créance qui découlent du régime de la personnalité. Ainsi, les droits patrimoniaux résultant d'une atteinte à la personnalité du défunt sont transmissibles. La nature de la créance en réparation du tort moral est plus discutée¹¹⁵.

B. LA PERSISTANCE DE L'INTERET PERSONNEL AU DECES DU TITULAIRE DU DROIT

Ensuite, il existe des éléments qui, de l'avis de certains auteurs, pourraient conduire un jour à la transmissibilité à cause de mort de certains droits. Ainsi, DESSEMONTET s'interroge sur le sens réel de l'intransmissibilité, alors que l'on autorise des proches du défunt à invoquer le droit: si l'intérêt personnel s'éteint au décès de son titulaire, comment expliquer en effet que l'on puisse l'invoquer après la mort de celui-ci¹¹⁶? Le cas des transplantations d'organes est flagrant. Afin d'assurer le respect des volontés du défunt, la jurisprudence a été amenée à considérer que le droit à la détermination du sort de la dépouille d'un individu déployait, à son décès, des effets contraignants¹¹⁷.

Les auteurs sont également troublés par l'exploitation que fait la publicité de l'image de personnalités décédées¹¹⁸. Certains militent d'ailleurs en faveur d'un droit transmissible à la protection de personnes célèbres, sous la forme d'un droit purement défensif¹¹⁹.

ROGUIN, en revenant aux sources du problème, fournit une explication satisfaisante. Il n'y a, selon lui, pas d'intransmissibilité naturelle des droits¹²⁰. La raison d'être de l'intransmissibilité des droits de la personnalité réside simplement dans le fait qu'ils ne survivent pas à la destruction de la personne physique¹²¹. Plus précisément, «une catégorie seulement des droits examinés peut [...] survivre au bénéficiaire.¹²²» Il s'agit pour l'auteur de la catégorie des «droits à l'intégrité morale¹²³», qui

¹¹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER, No 563b; MONNIER, p. 50, note 68; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 175.

¹¹⁶ DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, pp. 42-3.

¹¹⁷ DESCHENAUX/STEINAUER, No 548a; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 176.

¹¹⁸ Voir pp. 244-6 ci-dessous.

¹¹⁹ SEEMANN, pp. 206-7.

¹²⁰ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 377.

¹²¹ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 256.

¹²² ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 257.

¹²³ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 256.

comprennent «les droits de la personne à l'intégrité, à l'inviolabilité de son individualité morale, et à son honneur.¹²⁴» La délimitation proposée par l'auteur importe peu. Il suffit d'en retenir la conclusion: l'extinction, au décès de leur titulaire, des droits indissociables de la personne physique s'impose en toute logique. La protection des droits de la personnalité «morale», par contre, peut perdurer, mais uniquement pour empêcher ou sanctionner les atteintes provoquées chez les proches du défunt¹²⁵.

Si l'on tient compte ainsi du motif qui sous-tend l'interdiction de la transmissibilité, celle-ci s'efface lorsque précisément le décès du titulaire n'entraîne pas la disparition de l'intérêt personnel. La survivance du droit de la personne à disposer de son cadavre en est un exemple flagrant: ce droit trouve précisément son expression au moment du décès de la personne, il est donc logique qu'il lui survive. Reste à savoir qui sera en mesure de le faire respecter. Mais cette question est secondaire, et le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs déjà résolue¹²⁶.

DESSEMONTET, quant à lui, pousse le raisonnement une étape plus loin. Devant l'évolution économique inévitable des attributs de la personnalité, il souhaite que soit distinguée une composante patrimoniale du droit, afin de la rendre, notamment, transmissible à cause de mort. Il estime «injuste» et «quasi primitif» de refuser la protection après le décès¹²⁷. Nous reverrons cette problématique plus en détail dans le cadre du droit à l'image¹²⁸.

Retenons simplement qu'il n'est pas contraire à l'institution même des droits de la personnalité que d'envisager dans certains cas leur transmissibilité à cause de mort.

3. *Les parties séparées et l'intransmissibilité*

Le droit de la personnalité ne peut être transmis à cause de mort, alors que les parties séparées sont susceptibles de l'être, à l'instar de tout bien mobilier. Ces deux aspects sont-ils conciliables et si oui, comment?

Une fois encore, il importe de dissocier le bien de la personnalité de son support matériel. Si ce dernier, par nature, survit à la disparition de la personne, le bien personnel s'éteint par contre avec l'individu. Le conflit que l'on pouvait craindre se dissipe ainsi par la simple disparition de l'intérêt personnel, laissant le régime réel gouverner seul la chose désormais soustraite à la protection conférée jusque là par la personnalité.

¹²⁴ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 254.

¹²⁵ ROGUIN, *La Règle de droit*, p. 257.

¹²⁶ SJ 1985, p. 601, cons. 5.

¹²⁷ DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, p. 46.

¹²⁸ Voir pp. 244-6 ci-dessous.

Il est intéressant de décortiquer les intérêts en présence au décès du titulaire des prérogatives personnelles. Nous nous prêterons à cet exercice dans la dernière partie de ce travail¹²⁹.

C. L'imprescriptibilité

1. La notion d'imprescriptibilité

Les droits de la personnalité sont imprescriptibles¹³⁰. Ils ne sont soumis à aucun délai, que celui-ci soit de prescription ou de péremption¹³¹.

Cette qualité s'étend aux actions défensives qui en assurent la protection, dans la mesure où le titulaire «peut invoquer un intérêt digne de protection»¹³². Il est important de noter que les créances pécuniaires qui découlent de la violation du droit et les actions relatives se prescrivent de manière ordinaire¹³³.

2. Les parties séparées et l'imprescriptibilité

Le caractère imprescriptible ne suscite aucune remarque particulière. Une protection aussi étendue dans le temps ne peut être que favorable au régime des parties séparées.

D. L'inamissibilité

1. La notion d'inamissibilité

Enfin, les droits de la personnalité sont inamissibles¹³⁴: «ils ne peuvent se perdre et l'on ne peut y renoncer.¹³⁵» Il s'agit là d'une conséquence de la protection de la personnalité contre les engagements excessifs que régit l'article 27, al. 2, CC. En réalité, le titulaire d'un droit peut consentir à des atteintes, limitées il est vrai¹³⁶.

¹²⁹ Voir pp. 338-9 (sang), 408-9 (sperme) et 457 (ADN) ci-dessous.

¹³⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, No 537; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 338; ZGB-MEILI, No 8 ad 28 CC.

¹³¹ A. BUCHER, No 511.

¹³² DESCHENAUX/STEINAUER, No 537.

¹³³ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 339.

¹³⁴ DESCHENAUX/STEINAUER, No 538; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 336.

¹³⁵ MONNIER, p. 50.

¹³⁶ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 336.

EUGEN BUCHER relève que la renonciation à un droit est en réalité un mode d'exercice de ce droit. L'auteur prend l'exemple de la dérélliction: le propriétaire fait usage de sa prérogative sur la chose pour faire savoir aux tiers que sa volonté n'est plus de protéger sa propriété. Cependant, BUCHER admet qu'il en va un peu différemment pour les droits de la personnalité. En effet, ceux-ci ont pour mission de protéger les biens attribués à l'individu par la nature. L'individu ne peut ainsi s'en défaire. L'auteur ne voit comme pendant à la dérélliction que la destruction pure et simple du substrat par lequel se matérialise le droit de la personnalité¹³⁷.

2. *Les parties séparées et l'inamissibilité*

Le propriétaire est maître de l'objet de son droit. A ce titre, il est autorisé à s'en défaire, même définitivement. Qu'en est-il de la dérélliction d'une partie séparée investie d'un intérêt personnel? Il y a clairement opposition entre l'interdiction de renoncer irrémédiablement à un bien de la personnalité, alors que l'ordre juridique tolère l'abandon d'une chose.

Ici encore, le rappel du caractère abstrait du bien personnel permet d'éclairer le conflit qui semblait se profiler. Si le bien de la personnalité est uniquement d'essence immatérielle, l'objet abandonné ne peut être que le support matériel de ce bien, sans pouvoir cependant lui être assimilé totalement. C'est pourquoi la dérélliction d'une partie séparée reste possible, même lorsqu'elle est imprégnée d'un intérêt personnel. Elle nécessitera simplement certains aménagements et le respect de quelques conditions.

La partie pratique de cette étude nous donnera l'occasion de mettre en évidence ces mécanismes de manière plus approfondie¹³⁸.

III. Un droit extra-patrimonial

Il est souvent allégué que les droits de la personnalité se patrimonialisent¹³⁹. HOTZ va jusqu'à abandonner le concept de patrimonialité dans la définition du droit, le jugeant peu réaliste. Il concède que les droits de la personnalité ne possèdent que rarement une valeur estimable en argent. Cependant, d'une part, les intérêts d'ordre idéal et ceux d'ordre matériel sont souvent trop imbriqués pour être parfaitement dissociés. D'autre part, il lui paraît artificiel de différencier les biens

¹³⁷ E. BUCHER, p. 93.

¹³⁸ Voir pp. 305-7 (sang), 377-81 (sperme), 444-7 et 452-3 (ADN) ci-dessous.

¹³⁹ GALLOUX, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 214.

susceptibles en eux-mêmes d'une estimation pécuniaire et ceux qui ne possèdent que des «réflexes patrimoniaux»¹⁴⁰.

Avant de voir si cette assertion se vérifie, nous allons étudier le concept d'extra-patrimonialité.

A. La notion d'extra-patrimonialité

Les droits de la personnalité n'ont, en théorie, aucune valeur pécuniaire¹⁴¹. Ils ont été conçus comme dépourvus de valeur «susceptible d'estimation en argent»¹⁴². Un auteur français exprime bien cette idée: ces droits «ne sont pas monnayables et échappent au commerce juridique.¹⁴³» Ils ont avant tout une valeur «morale¹⁴⁴». Ce caractère extra-patrimonial témoigne du respect dévolu à la personne humaine: «Si les biens extrapatrimoniaux répugnent à toute transaction mercantile, c'est justement dans la mesure où ils appartiennent davantage à l'être même des personnes qui en sont les légitimes titulaires.¹⁴⁵»

B. Les limites à l'extra-patrimonialité

Il convient de tempérer l'affirmation de l'extra-patrimonialité des droits de la personnalité.

1. Les cessions à titre onéreux

Il est possible de céder à titre onéreux certaines des attributions qui découlent de ces droits. En effet, la doctrine et la jurisprudence admettent que le contrat par lequel le titulaire d'un droit de la personnalité cède à un tiers l'usage de sa préention se conclue à titre onéreux¹⁴⁶. Il en va de même pour le consentement à l'atteinte, qui peut être donné contre rémunération.

Un droit spécifique serait ainsi dérivé du droit général de la personnalité, lequel ne serait pas soustrait au domaine patrimonial. De cette particularité, ANDREAS BUCHER conclut que la qualification non patrimoniale du droit de la personnalité est «sans pertinence eu égard à la

¹⁴⁰ HOTZ, p. 25.

¹⁴¹ DESCHENAUX/STEINAUER, No 531; GROSSEN, p. 77; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 328.

¹⁴² TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 328.

¹⁴³ CATALA, *RTDC* 1966, p. 209.

¹⁴⁴ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 328.

¹⁴⁵ SERIAUX, *RTDC* 1994, p. 806.

¹⁴⁶ SEEMANN, p. 203.

valeur patrimoniale de ses éléments constitutifs». L'origine de ce principe serait «essentiellement idéologique¹⁴⁷».

Précisions enfin qu'il est incontesté que les prétentions patrimoniales qui résultent d'une violation de la personnalité, peuvent être cédées.

2. *Le tort moral*

Dans certains cas, l'atteinte à un bien ou un droit de la personnalité se traduit par une compensation pécuniaire, qui tend «à supprimer, autant que faire se peut, les conséquences d'une atteinte passée sur la situation de la victime et à replacer celle-ci dans la situation où elle aurait été sans l'atteinte»¹⁴⁸. L'atteinte étant réalisée, il s'agit simplement d'en corriger les effets¹⁴⁹. A la différence des droits de la personnalité, les droits patrimoniaux qui résultent des actions réparatrices se prescrivent¹⁵⁰.

Le droit suisse connaît ainsi l'institution de l'indemnité pour tort moral (art. 28a, al. 3, CC). Comme son nom l'indique, ce dédommagement répare un dommage moral, c'est à dire un dommage dénué en soi de toute valeur pécuniaire. La réparation consiste en le versement d'une somme d'argent, qui n'est qu'un pis-aller, puisqu'il est impossible d'effacer l'atteinte subie.

C. *Les parties séparées et l'extra-patrimonialité*

Qu'il s'agisse de l'ADN, des gamètes ou d'autres tissus, organes ou cellules, la pratique montre qu'aucun de ces éléments n'est à l'abri d'une évaluation pécuniaire. A l'heure actuelle, il existe un marché florissant pour nombre de ces produits corporels. Il paraît délicat de concilier cette réalité avec la théorie de l'extra-patrimonialité du droit qui cherche à régir le statut de ces éléments. La solution à cette apparente opposition vient, encore une fois, de l'existence distincte du bien personnel et de son support matériel. Le caractère extra-patrimonial du droit de la personnalité ne fait pas obstacle à l'évaluation pécuniaire de l'objet matériel qui supporte l'intérêt personnel.

Il est vrai que les parties séparées du corps humain n'ont pas toujours eu de valeur pécuniaire, du moins pas reconnue. Mais ce constat est antérieur à leur appréhension par le droit. Au fur et à mesure que l'intérêt, scientifique avant tout, pour les produits du corps a crû, leur caractère

¹⁴⁷ A. BUCHER, No 507.

¹⁴⁸ DESCHENAUX/STEINAUER, No 610.

¹⁴⁹ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 1764.

¹⁵⁰ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 1767.

personnel a diminué. Leur prise en compte par le droit aboutit dans une certaine mesure à consacrer leur valeur pécuniaire, et ceci de deux façons. La disposition légale peut autoriser implicitement la conclusion à titre onéreux des transactions qui ont ces éléments pour objet¹⁵¹. Inversement, le droit peut imposer le caractère gratuit des transactions. Le constituant a choisi cette option pour tous les autres éléments du corps¹⁵². Or, le résultat est le même: le législateur aurait pu faire l'économie d'une interdiction si le caractère gratuit allait de soi.

Cela ne signifie pas réellement que le droit de la personnalité perd son caractère personnel. Plus exactement, il est de plus en plus souvent tenu de cohabiter avec un droit patrimonial dans un domaine qu'il avait pour habitude de régir seul. Ainsi, on ne pourra, dans la discussion, inférer de la présence d'un droit de la personnalité, l'exclusion de tout intérêt de nature patrimoniale.

IV. Conclusion

A première vue, l'examen des caractéristiques du droit de la personnalité ne révèle pas d'incompatibilité flagrante avec les objets que nous souhaitons soumettre à son régime. Il faut pourtant nuancer sur certains points la conception classique de ce droit.

Même si, théoriquement, le droit de la personnalité est strictement inaliénable et extra-patrimonial, nous savons les limites de ces concepts. Ainsi, si l'on est fidèle au but de la réglementation, il ne semblerait pas contraire à son principe que d'admettre des entorses à ces deux qualités.

En premier lieu, ROGUIN a démontré de manière convaincante l'inexistence d'un droit naturellement inaliénable.

Il est rejoint par MACKAAY¹⁵³, qui se penche sur la raison d'être des droits qui présentent ce caractère. L'auteur identifie trois sources d'inaliénabilité. La première est le «contrôle des externalités»: «la disponibilité de certains biens stimulerait des perversités imposées à des tiers et dont les auteurs [...] ne sentiraient pas le poids.» Supprimer l'aliénabilité de ces biens a donc pour but indirect de limiter les tentations, et par là les abus.

¹⁵¹ L'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, de même que le projet de Loi sur les produits thérapeutiques adoptent le concept de «commercialisation» des produits sanguins, activité certes soumise à autorisation, mais néanmoins autorisée. Le matériel génétique est également susceptible d'être cédé à titre onéreux (FF 1996 III 197, 274).

¹⁵² FF 1997 III 613.

¹⁵³ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, pp. 228-30.

La deuxième raison invoquée est l'«auto-paternalisme». Le titulaire du droit lui-même chercherait par ce biais à «se prémunir contre ses propres moments de faiblesse.» En d'autres termes, l'inaliénabilité évite au titulaire d'effectuer des opérations qu'il sait regretter par la suite. L'auteur attribue notamment à cette motivation l'interdiction d'aliéner des éléments corporels irremplaçables.

La dernière source d'inaliénabilité relève de la quasi-tutelle: il s'agit du «*paternalisme pur*». L'autorité s'estime, dans une situation donnée, mieux à même de juger ce qui est dans l'intérêt du titulaire d'un droit que celui-ci¹⁵⁴.

Forte de l'appui de ROGUIN et MACKAAY, nous nous réservons donc la possibilité, par la suite, de remettre en question l'inaliénabilité et, si cela est nécessaire, de ne pas en assortir automatiquement les droits de la personnalité que nous viendrons à considérer.

Il en va de même pour l'extra-patrimonialité. Cette notion est toute relative, nous l'avons relevé¹⁵⁵, dans la mesure où des éléments initialement dénués de toute valeur patrimoniale deviennent progressivement susceptibles d'une évaluation pécuniaire.

§ 4 Le mécanisme de protection de la personnalité

La protection de la personnalité est assurée, de manière générale, par les articles 27 et 28 CC. Nous ne les avons pas distingués jusqu'ici. C'est donc la tâche à laquelle il nous faut nous attaquer maintenant.

I. Les articles 27 et 28 CC

Le Code civil contient deux dispositions distinctes, chargées de couvrir chacune un pan déterminé des activités de l'individu. Il est important de les distinguer, afin d'éviter de les utiliser de manière erronée et de les appliquer simultanément, procédé qui n'a, si l'on en croit EUGEN BUCHER, aucun sens¹⁵⁶.

A. Les différences entre les dispositions

De manière schématique, nous pouvons résumer les fonctions réciproques de ces deux dispositions de la manière suivante. L'article 27 protège la

¹⁵⁴ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, pp. 228-30.

¹⁵⁵ Voir pp. 212-3 ci-dessus.

¹⁵⁶ BK-BUCHER, No 10 ad *Vorbemerkungen*.

personne contre elle-même, en l'empêchant de faire un usage excessif de sa propre liberté. Quant à l'article 28, il a une portée externe: il protège l'individu contre les atteintes extérieures, à savoir les atteintes de tiers¹⁵⁷.

HOTZ nuance cette opposition. Il explique, à juste titre, que pour être concrétisées, les violations prohibées par la première de ces dispositions nécessitent également l'intervention, ou du moins la participation, de tiers. La différence réside, selon l'auteur, dans le fait que dans le cas de figure de 27 CC, l'individu a consenti à l'atteinte, alors qu'il n'a pas donné son accord à la violation couverte par 28 CC¹⁵⁸. EUGEN BUCHER partage ce constat, mais sa conclusion procède d'un autre raisonnement. Il admet que l'application de l'article 27 CC suppose que l'individu à protéger se soit engagé lui-même de manière excessive. Cependant, le commentateur relève que la simple conclusion d'un acte juridique ne constitue pas une violation à elle seule. Le besoin de protection n'est effectif qu'au moment où le cocontractant fait valoir les prétentions résultant de l'engagement. C'est donc du comportement d'un tiers que dépend la violation¹⁵⁹.

Les deux dispositions s'opposent sur bien d'autres points encore.

En premier lieu, certains auteurs distinguent les dispositions au regard du type d'atteintes qu'elles prohibent. L'article 27 aurait pour mission d'empêcher les violations provoquées par un acte juridique, lorsque la liberté de l'individu est restreinte par un engagement juridique. L'article 28 CC, quant à lui, engloberait les atteintes de fait, les violations provoquées par une action ou un comportement¹⁶⁰.

Ensuite, EUGEN BUCHER relève qu'il existe une différence fondamentale dans la sanction de la violation. Dans le cas d'une restriction à la liberté de décision, il suffit que l'ordre juridique prive de tout effet l'acte juridique incriminé, qu'il le déclare nul. La simplicité de cette solution est due au fait que la violation est «intrasystematisch»: elle peut être combattue par le système même qui a permis sa réalisation. Le résultat en est que la violation est empêchée, qu'elle n'est même jamais née. La protection promise par l'article 28 est plus difficile à assurer. Le droit ne peut qu'imposer une obligation de réparation à l'auteur de l'atteinte, afin d'obtenir une certaine compensation. Il est impossible de "défaire" la violation, de la rendre inexistante¹⁶¹.

¹⁵⁷ A. BUCHER, No 419; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 112; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Nos 141-6; TUOR/SCHNYDER, p. 88; KSP-MEILI, No 1 ad 28 CC.

¹⁵⁸ HOTZ, p. 9.

¹⁵⁹ BK-BUCHER, No 12 ad *Vorbemerkungen*.

¹⁶⁰ BK-BUCHER, No 13 ad *Vorbemerkungen*; E. BUCHER, pp. 63 et 77; HOTZ, p. 9; ZGB-HUGUENIN JACOBS, No 4 ad 27 CC.

¹⁶¹ BK-BUCHER, No 13 ad *Vorbemerkungen*; E. BUCHER, pp. 63-4.

EUGEN BUCHER retient encore que l'article 27 CC est partie intégrante du droit des contrats, alors que l'article 28 CC relève davantage de la responsabilité contractuelle¹⁶². L'auteur déplore d'ailleurs l'attribution de cette dernière disposition au droit de la personnalité et non à la partie générale du Code des obligations¹⁶³.

Enfin, HOTZ considère que l'article 27 CC empêche une violation future, alors que l'article 28 CC protège contre une atteinte présente¹⁶⁴.

Ces différents éléments indiquent clairement qu'il est indispensable de dissocier le régime des deux dispositions. Il faut pourtant préalablement nous poser la question des rapports qu'elles entretiennent.

B. Les rapports entre les dispositions

TERCIER fait de la liberté de décision, couverte selon lui par 27, alinéa 2, CC, un bien de la personnalité comme un autre¹⁶⁵. Il est rejoint dans une certaine mesure par THÉVENAZ. En effet, ce dernier auteur considère que l'article 27 protège les biens de la personnalité, et, parmi eux, la liberté de décision¹⁶⁶. La différence entre les deux thèses réside dans le fait que, pour TERCIER, la liberté de décision est le seul bien de la personnalité objet de la protection particulière de l'article 27. Pour THÉVENAZ, par contre, l'article a vocation de couvrir tous les biens de la personnalité, parmi lesquels il range la liberté de décision. EGGER juge que si le texte de l'article 27 ne mentionne expressément que la liberté d'action, les autres biens personnels n'en bénéficient pas moins de la même protection¹⁶⁷.

ANDREAS BUCHER affirme que «l'art. 27 al. 2 est surtout d'actualité à propos de certains droits de la personnalité¹⁶⁸». Il distingue donc les deux notions dans leur fondement, tout en admettant qu'elles interagissent. DESCHENAUX/STEINAUER se rangent à cette opinion, dans la mesure où ils considèrent que la protection assurée par l'article 27 CC est particulièrement sévère lorsque sont en cause des biens de la personnalité¹⁶⁹.

La distinction n'a d'importance qu'en théorie. Elle consiste à déterminer si l'article 27, al. 2, CC trouve directement application en matière de biens

¹⁶² BK-BUCHER, No 14 ad *Vorbemerkungen*.

¹⁶³ BK-BUCHER, No 8 ad 27 CC.

¹⁶⁴ HOTZ, pp. 10-1.

¹⁶⁵ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 488.

¹⁶⁶ THÉVENAZ, No 70.

¹⁶⁷ ZK-EGGER, No 27 ad 27 CC.

¹⁶⁸ A. BUCHER, No 440.

¹⁶⁹ DESCHENAUX/STEINAUER, No 318.

personnels ou s'il ne protège que la liberté de décision par rapport aux biens personnels. En pratique, le résultat est le même: tout acte juridique qui implique un bien de la personnalité devra respecter les principes posés par cette disposition du Code civil.

Il convient de se pencher, dans un premier temps, sur la protection dite externe, à savoir la protection de la personne contre les atteintes que pourraient lui porter des tiers. L'article 27 CC sera analysé dans le cadre des restrictions apportées à la personnalité¹⁷⁰, puisque c'est là le sens de cette réglementation.

II. La protection externe

L'article 28 CC sanctionne toute atteinte illicite au droit de la personnalité; il tend à protéger l'individu dans ce qu'il a de plus personnel, dans ses conditions d'existence, dans son affirmation et son auto-détermination¹⁷¹.

A. Le droit général de la personnalité

«Soucieux de construire une protection adaptée à l'évolution incessante des mœurs et des idées», le législateur suisse a renoncé à énumérer les biens personnels qu'il souhaitait protéger, «évitant ainsi une énumération qui serait vite devenue obsolète¹⁷²». L'homme est une entité si complexe, que les différents biens qui forment sa personnalité se recoupent sous de multiples aspects, rendant ainsi toute véritable individualisation impossible ou du moins compliquée à l'excès. La conséquence de ce système est qu'il n'existe pas, d'une part, de liste énumérative des différents biens reconnus, d'autre part, de *numerus clausus* des droits de la personnalité¹⁷³.

Ainsi, malgré la reconnaissance par la jurisprudence et la doctrine de droits distincts, l'ordre juridique suisse connaît le concept de droit général de la personnalité¹⁷⁴. Il n'est dès lors pas nécessaire de prouver, en cas d'atteinte, qu'un bien déterminé a été touché. Il existe des violations "innommées". HOTZ déplore cet état des choses. Il regrette en particulier que la jurisprudence se contente d'admettre une violation des intérêts personnels, sans spécifier le bien atteint. L'auteur est convaincu que c'est

¹⁷⁰ Voir pp. 252 sq. ci-dessous.

¹⁷¹ ZK-EGGER, No 22 ad 28 CC.

¹⁷² MONNIER, pp. 25-6; E. BUCHER, p. 87.

¹⁷³ A. BUCHER, No 462; GROSSEN, p. 75.

¹⁷⁴ HOTZ, p. 28.

pourtant là le seul moyen d'obtenir une image claire du droit général de la personnalité¹⁷⁵.

De par l'étendue de son champ d'application, le droit de la personnalité accompagne souvent les autres droits¹⁷⁶. WERRO va jusqu'à dire que «les tribunaux reconnaissent plus volontiers une violation de l'art. 28 quand la violation d'autres règles de droit est acquise»¹⁷⁷.

B. La définition des biens de la personnalité

L'explication qui précède ne signifie pas pour autant que l'ordre juridique suisse ne dispose d'aucun moyen permettant de conclure à l'existence d'un tel bien ou d'en déterminer les contours.

Il existe deux mécanismes de définition des biens personnels. En premier lieu, ceux-ci découlent de la loi elle-même, des dispositions qui en prévoient expressément la protection ainsi que des jugements de valeur qui les sous-tendent¹⁷⁸. Ensuite, c'est au juge de fixer les contours de ces biens¹⁷⁹. Il lui appartient également d'en définir de nouveaux. C'est une mission qui ne peut être accomplie une fois pour toutes, mais qui est susceptible d'être répétée chaque fois que les circonstances se modifient assez pour nécessiter une protection supplémentaire ou élargie. Cette manière de faire a été critiquée, en particulier au regard de la relative insécurité qu'elle engendre¹⁸⁰. Elle a pourtant également ses adeptes. On lui reconnaît notamment le mérite de la souplesse¹⁸¹.

En définitive, nous allons nous en remettre à l'avis du Conseil fédéral qui laisse à la jurisprudence le soin de délimiter les contours de la personnalité¹⁸². En l'absence de la reconnaissance expresse d'un droit de la personnalité sur les parties séparées du corps humain, nous allons partir de l'idée que ces droits spécifiques n'existent pas. Si l'on souhaite rattacher les éléments corporels à la personnalité, il sera impératif de les inclure dans un bien personnel déjà reconnu. Si cette démarche ne devait pas aboutir, il ne nous resterait qu'à souhaiter la reconnaissance de nouveaux droits, *de lege ferenda*.

¹⁷⁵ HOTZ, pp. 39-41.

¹⁷⁶ ZK-EGGER, No 24 ad 28 CC.

¹⁷⁷ WERRO, *La protection de la personnalité*, p. 31.

¹⁷⁸ ZK-EGGER, No 23 ad 28 CC.

¹⁷⁹ HOTZ, p. 34.

¹⁸⁰ A. BUCHER, No 463.

¹⁸¹ ZK-EGGER, No 9 ad 28 CC; A. BUCHER, No 463; HOTZ, p. 27.

¹⁸² FF 1982 II 661, 682.

III. Les différents droits de la personnalité

Jusqu'ici, notre démarche a consisté à mesurer l'intensité du lien qui unissait l'individu aux différentes parties détachées de son corps. Il reste à qualifier ce rapport. Il n'existe qu'un nombre limité de droits de la personnalité reconnus par la jurisprudence et la doctrine. Pour les trois catégories de produits corporels distinguées, nous avons retenu les droits qui semblaient le plus à même de régir les éléments en cause ainsi que ceux proposés par la doctrine. Il est temps de délimiter la portée de ces droits afin de vérifier s'ils se prêtent à assurer la protection des parties détachées du corps humain.

A. Le droit à l'intégrité corporelle

Il paraît logique, si l'on opte pour la protection que confère le droit de la personnalité, d'englober les parties séparées dans l'intégrité physique de l'individu dont elles proviennent. C'est le premier droit qui vient à l'esprit, puisque l'on ne peut faire abstraction de l'origine corporelle de ces produits.

1. *Jurisprudence et doctrine*

Il est parfois fait appel à l'intégrité corporelle pour expliquer le rapport de l'individu aux éléments détachés de son corps. Ce schéma a notamment été adopté par la jurisprudence allemande.

A. LA SOLUTION SUISSE

Sur le plan suisse, GRIOT rejette explicitement le recours à la figure de l'intégrité corporelle pour protéger directement les parties séparées¹⁸³. Il envisage cependant un autre type de violations, dans le cadre desquelles le corps intervient: il s'agit de la violation indirecte de la personne dans son substrat corporel. Par le biais du support corporel, d'autres biens sont touchés; le corps est alors simplement l'objet de l'atteinte, mais il ne fait plus partie de l'existence corporelle.

C'est en particulier le cas des éléments corporels détachés du corps. La personne peut bien sûr être concernée en tant que propriétaire, si l'on endommage la chose qu'est l'organe ou le tissu. Il est possible qu'elle soit en outre atteinte dans sa personnalité, mais c'est alors uniquement de l'intégrité spirituelle qu'elle peut invoquer la violation. Il est concevable que l'individu soit affecté par le traitement infligé à l'une de ses parties séparées. Il est également susceptible d'être touché lorsque l'on soustrait

¹⁸³ GRIOT, pp. 46-7.

contre sa volonté un élément corporel à sa maîtrise, la spécificité de l'atteinte découlant du caractère particulier de l'objet.

L'auteur obtient ce résultat en faisant appel, par analogie, aux productions intellectuelles d'un auteur, légitimé à déterminer si, quand et comment il entend se défaire de son oeuvre. GRIOT concède que dans le cas des parties détachées, la séparation a déjà eu lieu, mais il précise qu'elle n'est réalisée qu'à un certain degré. Elle n'est pas complète, intellectuellement, tant que subsiste une relation personnelle à la chose, lien qui rend encore possible une atteinte à la personnalité par la rupture de cette dernière attache¹⁸⁴.

B. L'ARRET DU BUNDESGERICHTSHOF

Sans oublier que les ordres juridiques allemands et helvétiques ne sont pas assimilables l'un à l'autre, il est instructif de se pencher sur la solution retenue à l'étranger, afin de décortiquer les étapes du raisonnement qui ont conduit à ce résultat.

I. Le raisonnement des juges

Dans le cadre de l'arrêt allemand concernant la destruction du sperme¹⁸⁵, les juges ont élaboré leur raisonnement sur la base de l'intégrité corporelle. La dernière instance a procédé en trois étapes. Elle a, en premier lieu, délimité le bien protégé par l'intégrité physique. Il ne s'agirait non de la "matière" elle-même, à savoir du corps en tant que réalité physique, mais du «Seins- und Bestimmungsfeld» de la personnalité, matérialisé par l'enveloppe corporelle. Il est rappelé à cette occasion que le corps n'est protégé que comme base de la personnalité.

Une fois cette définition posée, les juges l'ont appliquée au domaine des dons et transplantations d'organes. La conséquence logique, et la deuxième étape du raisonnement, est que toutes les parties séparées du corps avec le projet d'y être réimplantées par la suite, dans le but de conserver ou de concrétiser les fonctions corporelles, forment une unité fonctionnelle avec ce dernier. Le lien subsiste pendant la séparation, schéma justifié par le but de protection de la norme tel qu'il a été défini plus haut. Cette démarche suffit à regrouper sous le droit de la personnalité une part importante des éléments corporels.

Cependant, précisément, le sperme n'en fait pas partie, puisque, même s'il est destiné à assurer les fonctions corporelles du donneur, il est définitivement séparé du corps de ce dernier. Force est de constater qu'il remplit malgré tout une fonction typiquement corporelle. Il possède, à l'instar des autres parties séparées, une valeur précieuse pour le développement du donneur et son auto-détermination. La troisième étape

¹⁸⁴ GRIOT, pp. 46-7.

¹⁸⁵ Voir p. 33 ci-dessus.

du raisonnement des juges est donc d'englober le sperme sous l'égide de la personnalité, non au motif qu'il sera réimplanté chez le donneur, mais parce qu'il représente pour celui-ci l'unique possibilité de mettre en œuvre une fonction corporelle essentielle¹⁸⁶.

II. Les critiques de la doctrine

La solution du *Bundesgerichtshof* a été critiquée. TAUPITZ estime que la motivation du BGH est fautive, en ce sens que ni le progrès médical, ni l'importance croissante du droit à l'auto-détermination, n'exigeaient véritablement d'étendre la protection du corps au-delà de sa conception traditionnelle, ni de qualifier cette dernière de trop restrictive. Pour l'auteur, cette démarche signifie simplement que la compréhension classique de l'intégrité corporelle ne suffit pas, dans l'esprit des juges, à assurer une protection suffisante¹⁸⁷.

SCHNORBUS, par contre, salue le raisonnement des juges du BGH. Il admet que, du point de vue du langage, le concept de destruction du sperme est peu compatible avec celui de violation de l'intégrité corporelle. L'auteur estime toutefois qu'il faut accepter cet artifice, que la protection souhaitée rend indispensable¹⁸⁸.

Il faut prendre avec une certaine réserve les développements de la doctrine allemande. Le système des droits de la personnalité y est un peu différent et la question, centrale pour les auteurs, de distinguer entre le droit général de la personnalité et le droit à l'intégrité corporelle, n'a pour nous aucun sens. Il est simplement intéressant de noter que l'intégrité physique a été retenue pour des éléments séparés du corps.

2. Définition de l'intégrité corporelle

Le concept d'intégrité corporelle paraît si évident aux auteurs, qu'ils ne prennent pas souvent la peine de le définir¹⁸⁹. Pourtant, lorsque l'on s'interroge sur l'appartenance d'un élément à ce bien de la personnalité, il s'impose, dans un premier temps, d'en tracer les contours.

Comme sa dénomination l'indique, la reconnaissance d'un droit à l'intégrité corporelle est justifiée par la présence physique de l'individu dans l'ordre juridique. Ce droit appartient à la personne de par sa seule

¹⁸⁶ NJW 1994, pp. 127-8.

¹⁸⁷ TAUPITZ, NJW 1995, p. 747.

¹⁸⁸ SCHNORBUS, *JuS* 1994, p. 834.

¹⁸⁹ GROSSEN, pp. 82-3; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, pp. 133-4; ZGB-MEILI, No 17 ad 28 CC.

existence corporelle¹⁹⁰. Il est «le droit au respect et à la protection du corps humain, de chacun de ses éléments constitutifs» et comporte également le droit de disposer de son corps¹⁹¹.

Le «principe d'intangibilité du corps humain¹⁹²» vise à la fois l'intégrité physique et l'intégrité psychique¹⁹³. La protection s'étend «auf das gesamte körperliche Empfinden¹⁹⁴».

TERCIER définit le droit à l'intégrité physique comme le droit de conserver force et santé. Il y a notamment atteinte à ce droit dès que l'on frappe autrui, qu'on le blesse, qu'on le défigure ou qu'on le contamine. Quant à l'intégrité psychique, elle est violée lorsque l'équilibre psychique ou la santé mentale sont mis en danger¹⁹⁵.

GRIOT n'admet d'atteinte à l'intégrité corporelle que lorsque l'existence personnelle dans le corps est touchée. Il retient en particulier quatre catégories de cas dans lesquels cette hypothèse est réalisée.

Il s'agit en premier lieu de la «Verletzung des körperlichen Zusammenhanges»; cette dénomination générale englobe toutes les atteintes à la substance du corps, telles que les blessures ou les interventions opératoires, ou même la coupe des cheveux. De telles violations sont dirigées contre le corps en tant qu'objet matériel et sont réalisées par des moyens mécaniques ou chimiques.

GRIOT envisage ensuite la violation de l'apparence extérieure du corps, la défiguration ou la déformation. L'organisation externe est essentielle dans la mesure où elle signale l'être à autrui. C'est pourquoi l'auteur considère que la forme du corps et l'expression personnelle qu'il recèle est un bien qu'il importe d'inclure dans l'intégrité corporelle. Il y a violation de ce bien lorsque l'on porte atteinte aux traits du visage, à la stature ou à la tenue corporelle, au sens statique s'entend.

La troisième catégorie est celle de la violation de la "sensation corporelle" ou *körperliches Empfinden*. Font partie de l'existence physique les émotions qui sont localisées dans le corps. Ce sont des sensations que la personne ressent dans et par son corps. L'exemple typique en est le sentiment de douleur. L'auteur insiste sur la distinction nécessaire entre cet ensemble de sensations, étroitement liées à l'existence physique de la

¹⁹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, Nos 541 et 543.

¹⁹¹ THÉVENAZ, No 240.

¹⁹² GROSSEN, p. 83.

¹⁹³ DESCHENAUX/STEINAUER, No 543a; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Nos 371-3; THÉVENAZ, No 240.

¹⁹⁴ ZK-EGGER, No 26 ad 28 CC.

¹⁹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER, No 543a; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 372.

personne, et l'intégrité spirituelle. Il range dans la première catégorie l'éblouissement causé par une lumière aveuglante ou le tapage nocturne. Fait partie de la seconde, par contre, la violation du sentiment esthétique: c'est la personne spirituelle qui est touchée par l'écoute d'un musicien qui joue faux ou par la laideur d'un placard publicitaire.

La dernière catégorie est celle de la violation des fonctions organiques. La violation peut être de nature physique, comme la prise de stupéfiants, ou immatérielle à l'instar de paroles qui provoquent la terreur ou la nausée¹⁹⁶. GRIOT n'admet de violation directe de l'intégrité physique que dans ces quatre hypothèses.

Précisons que le droit à l'intégrité corporelle, malgré la protection très forte qui lui est reconnue, n'est pas absolu. Il connaît des limites, constituées d'une part par le consentement de la victime, d'autre part par un motif prépondérant de droit public ou privé¹⁹⁷.

3. *Les parties séparées et la protection de l'intégrité corporelle*

Nous tenterons en premier lieu d'englober les tissus, organes et cellules dans la sphère de protection de l'intégrité corporelle. Nous verrons ensuite si cette structure est adaptée à la protection de l'ADN et des gamètes.

A. LES TISSUS, ORGANES ET CELLULES

«Quand on touche le corps, on touche la personne.¹⁹⁸» Cette affirmation est exacte lorsqu'il est fait référence au corps dans sa globalité. Mais se vérifie-t-elle toujours pour les parties séparées? Ainsi que le constate MANAÏ, le schéma du lien indissoluble de la personne et son corps «ne résout pas la question des éléments détachés du corps ainsi que leur utilisation à des fins diverses.¹⁹⁹»

1. Les parties définitivement séparées du corps humain

Le corps n'est protégé par l'ordre juridique que parce que l'existence de la personne en dépend²⁰⁰. En effet, le principe est vrai que «par delà le corps humain, il y a la personne.²⁰¹» Cependant, le sens même de cette protection

¹⁹⁶ GRIOT, pp. 40-3.

¹⁹⁷ DESCHENAUX/STEINAUER, Nos 544-5; GROSSEN, pp. 83-4; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Nos 377-82; THÉVENAZ, Nos 243-4.

¹⁹⁸ MANAÏ, *Personne, Société, Nature*, p. 35.

¹⁹⁹ MANAÏ, *Personne, Société, Nature*, p. 34.

²⁰⁰ SCHUENEMANN, p. 115.

²⁰¹ MANAÏ, *Personne, Société, Nature*, p. 29.

disparaît, ou du moins s'atténue, si l'on peut disposer des éléments corporels sans atteindre l'individu dans ses attributs essentiels.

La partie séparée ne supporte plus la personne; elle ne l'incarne plus, du moins dans son entier, dans l'ensemble de ses aspirations. Il est inutile de revenir sur ce résultat obtenu plus tôt dans l'étude²⁰². Comment expliquer dès lors que certains auteurs fassent appel à la protection de l'intégrité corporelle pour les parties séparées?

De l'exposé consacré à la définition de l'intégrité physique, nous concluons que la protection est limitée au corps lui-même, ou du moins à la personne dans son corps. Les quatre catégories délimitées par GRIOT ne contiennent que des atteintes à l'intégrité physique *au* corps ou *par* le corps. Or, ce dernier n'est pas atteint dans sa substance, il n'est pas non plus défiguré ou déformé, lorsque l'on traite de manière dégradante ou non conforme aux vœux du donneur une partie déjà détachée du corps humain.

Même les deux derniers groupes définis par l'auteur, procédant pourtant d'une interprétation large du concept, ne permettent pas d'inclure les parties séparées dans la sphère de protection du bien personnel. Ainsi, la violation de la «sensation corporelle» ne saurait être réalisée par une atteinte à un élément détaché de l'organisme. Aucune lésion, de quelque nature qu'elle soit, à une partie disjointe du corps humain n'est susceptible de provoquer le sentiment de douleur qui permettrait de conclure à une violation de l'intégrité physique. Enfin, la violation des fonctions organiques ne saurait être concrétisée par le biais d'une atteinte à un élément corporel distrait de l'organisme.

II. Les parties séparées destinées à être réimplantées

Certains auteurs ne se rallient pas sans réserve au dernier constat formulé ci-dessus, en ce sens qu'ils admettent, ou du moins envisagent, une violation de l'intégrité physique lorsqu'est en jeu une partie séparée destinée à réintégrer le corps dont elle provient.

Ce raisonnement nous semble erroné, pour la raison suivante. Le processus comporte effectivement une violation de l'intégrité corporelle, mais elle se situe au stade de la séparation du corps. Lorsque l'élément corporel a acquis une existence indépendante, il n'est à notre avis plus possible de considérer une deuxième atteinte à l'intégrité physique par le biais de la partie détachée. La situation n'est que le prolongement de la première violation. Il serait peu logique d'envisager une nouvelle atteinte à chaque fois qu'un tiers agit sur la partie séparée. Le droit de conserver force et santé est violé au moment du prélèvement. Si la réintégration a lieu, elle améliore l'état du donneur. Si, par contre, la partie séparée est détruite,

²⁰² Voir pp. 58-9 ci-dessus.

l'état de la personne dans son corps n'est pas péjoré. Il ne subit pas d'altération par rapport à l'état consécutif à la séparation.

A titre d'exemple, analysons le cas de l'auto-transfusion, dite aussi transfusion autologue²⁰³. Il existe également l'auto-greffe, mais elle est plus rare et le raisonnement est le même. Nous nous baserons donc sur le cas du sang.

Il arrive que, en particulier pour se prémunir des risques résiduels de la transmission d'agents infectieux que comporte toute transfusion, certaines personnes se fassent prélever du sang, qui est conservé à leur intention seulement, en vue d'une intervention chirurgicale déterminée. Le BGH considère que le fait que la personne se "réserve" le produit du prélèvement suffit à faire entrer la substance dans la sphère de la personnalité²⁰⁴.

Une certaine quantité de sang est prélevée chez l'individu, puis mise de côté pour son usage exclusif. Sous l'angle de l'atteinte au corps, le schéma est strictement identique à celui applicable à tout prélèvement. Le corps, ou la personne dans son corps, subit une atteinte à l'intégrité au moment de la séparation. Quel que soit le traitement ensuite appliqué à la partie détachée, il n'aura aucun effet physique direct sur le corps lui-même, ni sur la personne dans son corps. Par contre, l'intérêt du propriétaire à l'utilisation, à son profit, de la substance issue de son organisme est important. Le recours au don de sang autologue ne peut avoir lieu que pour une raison impérieuse, d'ordre en général médical.

La pochette de sang étiquetée au nom du donneur autologue est certes nécessaire si ce n'est à la vie, du moins à la santé de l'individu. Pourtant, elle ne l'est ni plus, ni moins qu'une pochette destinée à la transfusion de tout patient. Dans les deux cas, il s'agit de préserver les fonctions corporelles du patient ayant subi une perte de sang. Dans l'hypothèse de l'auto-transfusion, la compatibilité du sang transfusé avec celle de l'individu qui reçoit la transfusion est garantie puisqu'il s'agit de son propre sang. Mais ce simple fait ne suffit pas à justifier le recours à l'intégrité corporelle pour protéger la partie séparée. La pochette de sang n'est, à notre avis, plus assez individualisée pour être directement rattachée à la personnalité du donneur.

Le futur transfusé jouit certainement d'une position privilégiée. Pourtant, celle-ci n'est pas absolue, car le sang prélevé n'est plus assez individualisé pour n'être utile qu'à l'individu dont il provient et à personne d'autre. Ainsi, admettons qu'une pochette de sang, conservée en vue d'une auto-transfusion, se trouve incarner la seule chance de survie d'un patient dont

²⁰³ Voir pp. 286-8 ci-dessous.

²⁰⁴ NJW 1994, p. 128.

l'opération se déroule mal. L'individu qui s'était soumis au prélèvement à son propre profit peut certainement faire valoir un intérêt au maintien de l'affectation initiale. Pourtant, si l'état du donneur n'est pas aussi critique que celui du patient en pleine opération, aucune prérogative, à part celle de la simple propriété, ne permet à l'intérêt du donneur de l'emporter.

Ainsi, indépendamment des prétentions réelles en cause, il ne suffira pas au donneur d'établir la provenance du tissu pour se voir garantir un droit protégé à son utilisation. Il lui faudra établir un intérêt personnel susceptible de justifier son rattachement à la sphère personnelle.

Nous reviendrons en conclusion sur cet aspect essentiel du statut des parties séparées²⁰⁵.

III. Conclusion

La définition de l'intégrité physique ne permet pas d'inclure les parties séparées dans le champ de protection que ce droit couvre. Ce constat est valable également pour les éléments corporels destinés à réintégrer le corps sur lequel ils ont été prélevés.

Il est une question, cependant, à laquelle ce résultat ne répond pas : comment protéger le traitement dégradant, ou non conforme aux vœux du donneur, d'une partie séparée, que celle-ci soit définitivement détachée du corps ou destinée à y être réimplantée? Le droit de propriété permet à l'individu de revendiquer la chose, voire d'être dédommagé pour sa destruction. Il ne couvre pourtant pas l'éventuel aspect psychologique de l'atteinte, la souffrance que provoquerait le traitement jugé dégradant d'une partie séparée, comme la cession à l'industrie pharmaceutique d'un rein destiné à la transplantation, ou l'anxiété que causerait la destruction du sang prélevé à des fins d'auto-transfusion.

Cette atteinte à la personnalité relève à notre avis de l'intégrité psychique. Elle est ainsi couverte par l'intégrité corporelle, mais pas au titre de l'atteinte au corps, et surtout pas en raison de l'origine humaine de la partie séparée. La violation de l'intégrité psychique doit être retenue de la même manière que l'atteinte à une chose dont l'individu est propriétaire peut le heurter dans le lien qualifié qui l'unissait à l'objet matériel, que cela soit en raison de la nature particulière de l'objet ou des souvenirs qui y sont attachés.

On ne fera pas totalement abstraction de l'origine humaine, dans la mesure où cette circonstance facilitera la preuve de l'atteinte à la personnalité. Pour donner un exemple extrême, il sera plus facile d'établir l'atteinte si un médecin s'empare de déchets opératoires pour nourrir des animaux de laboratoire que s'il donne à ces mêmes animaux un sandwich pris dans le sac d'un patient. C'est dans l'appréciation de l'intensité de la violation, ou

²⁰⁵ Voir pp. 249-51 ci-dessous.

même de sa simple existence. qu'interviendra le caractère particulier de la chose victime de l'atteinte.

B. LES GAMETES

Le raisonnement développé ci-dessus est parfaitement transposable aux gamètes. On peut porter atteinte aux facultés de reproduction de l'individu sans porter atteinte au corps lui-même. Ce n'est pas vrai lorsque la reproduction suppose la collaboration physique de deux corps, mais ça l'est dans la fécondation *in vitro* ou dans l'insémination artificielle, pour le gamète qui fait l'objet de la manipulation. Dans cette hypothèse, le corps est intact, son intégrité n'est pas violée.

Ainsi, sous l'angle de l'intégrité corporelle, il ne se justifie pas de protéger les cellules sexuelles en tant que telles. Par contre, un traitement dégradant ou contraire à la volonté clairement exprimée de l'individu peut constituer une violation de l'intégrité spirituelle. Dans cette mesure uniquement, il est légitime d'admettre la violation de l'intégrité corporelle.

Le *Bundesgerichtshof*, dans l'arrêt déjà mentionné²⁰⁶, a assuré par le droit à l'intégrité corporelle la protection des fonctions corporelles de l'individu. Pourtant, c'est à notre avis un autre droit qui doit trouver application en l'espèce. La destruction du sperme aboutit à priver l'individu de son droit à fonder une famille, de son libre choix d'avoir ou non des enfants. La violation de l'intégrité corporelle n'est que secondaire. Si, effectivement, le corps est diminué en ce sens qu'il est porté atteinte à l'une de ses fonctions, cet aspect ne rend pas compte de l'importance de l'atteinte. Il serait plus adéquat à cet égard de protéger en tant que telle la liberté de procréer, au titre en quelque sorte de *lex specialis*. Nous nous attacherons ainsi dans la suite de l'exposé à rattacher cette liberté à l'un des droits de la personnalité que nous avons retenus pour tenter de satisfaire au besoin spécifique de protection des gamètes.

C. L'ADN

DESCHENAUX/STEINAUER rattachent le patrimoine génétique à l'intégrité corporelle²⁰⁷. En l'absence d'indications plus précises, il est difficile de savoir si les auteurs entendent cette affirmation de manière tout à fait générale, ou s'ils la limitent aux cas où un prélèvement sur la personne est nécessaire pour procéder à un test génétique.

Le type d'atteinte qui peut être portée au corps est une action physique qui l'amoindrit dans une certaine mesure, que l'effet soit physique ou psychique. Ainsi, sous l'angle de l'intégrité corporelle, le matériel

²⁰⁶ Voir pp. 221-2 ci-dessus.

²⁰⁷ DESCHENAUX/STEINAUER, No 588i.

génétique doit être protégé de la même manière que toute partie séparée du corps. Ce droit permettra ainsi de couvrir une violation consistant à infliger un traitement à l'ADN de nature à heurter l'individu dans son intégrité mentale.

Une précision s'impose. L'ADN est le support de l'information génétique. La divulgation de données supposées rester secrètes peut être considérée comme une atteinte à l'intégrité psychique. Cependant, l'ordre juridique suisse offre une protection qui colle mieux à la réalité de la violation. Nous verrons plus bas qu'il existe un droit qui permet précisément de s'opposer à la diffusion d'informations ou d'exiger réparation lorsque la divulgation a eu lieu sans le consentement de l'intéressé²⁰⁸.

4. Conclusion

En conclusion, nous rejetons le schéma de l'intégrité physique pour assurer la protection des parties séparées. Les éléments corporels ne sont pas suffisamment individualisés pour être placés sur un pied d'égalité avec le corps et ainsi directement rattachés à la sphère personnelle. Une appropriation de ces biens est nécessaire pour qu'ils soient affectés à une personne, et une apparence artificielle d'appartenance doit être établie pour garantir le respect de cette appropriation. Or, cette figure, nous le savons, n'est pas celle de la personnalité. Si la nécessité de l'appropriation, puis de sa publicité, se font sentir, c'est que l'élément n'est pas suffisamment imprégné de la personnalité de l'individu dont il provient. Il ne se justifie donc pas de le rattacher à l'intégrité physique. Nous refusons ainsi d'admettre qu'une atteinte, de quelque nature qu'elle soit, à une partie détachée du corps humain, constitue une violation de l'intégrité physique, au sens où celle-ci garantit une protection centrée sur le corps.

Par contre, à l'instar de tout objet situé dans la sphère d'appréhension d'un individu, l'élément corporel peut être l'objet d'une attention qualifiée, peut être lié à la personne par un lien tel qu'une atteinte qui lui est portée heurte psychiquement son titulaire. C'est ainsi, et uniquement ainsi, que l'intégrité corporelle de la personne, dans son aspect psychique, peut être violée par l'intermédiaire de la partie séparée.

B. Le droit à la vie privée

Les données personnelles d'un individu constituent une source considérable d'informations et jouent un rôle essentiel dans la vie sociale. Qu'il s'agisse d'obtenir des renseignements sur un futur client, de communiquer l'état de santé d'un patient ou de recueillir des informations sur les préférences d'un

²⁰⁸ Voir p. 239 ci-dessous.

acquéreur potentiel, ces comportements consistent en un traitement de données. S'ils sont souvent licites, ils sont cependant également susceptibles de constituer une intrusion non autorisée dans la sphère intime de la personne²⁰⁹.

La protection des éléments de la vie privée d'un individu est aujourd'hui assurée de deux manières par l'ordre juridique suisse. Il existe d'une part la réglementation générale des droits de la personnalité. D'autre part, le législateur fédéral a édicté une Loi fédérale sur la protection des données (LPD), précisant et complétant le régime général.

1. La protection des données

La LPD régit les traitements de données effectués par les organes fédéraux et par des personnes privées. Nous limiterons notre étude aux règles relevant du droit privé, dans la mesure où notre analyse est faite en lien direct avec la protection de la vie privée garantie par le Code civil.

A. L'ARTICLE 28 CC ET LA LPD

La Loi fédérale sur la protection des données est la réponse du législateur au développement de la société d'information dans laquelle nous vivons. La possibilité du traitement automatisé des données fait de leur collecte un instrument à la fois efficace et dangereux²¹⁰.

Avant l'entrée en vigueur de la LPD, la protection des données en droit privé reposait uniquement sur le droit de la personnalité, en particulier l'article 28 CC. Cette disposition protège l'individu contre une atteinte illicite à sa personne. Cependant, elle ne détermine pas dans quels cas l'atteinte est illicite et dans quels cas le traitement des données est licite²¹¹.

Le Message élaboré en 1988 constate que la protection est insuffisante, en particulier au motif que «les personnes ne peuvent, la plupart du temps, déterminer quelles personnes traitent des données à leur sujet.» Même si elles y parviennent, il leur sera difficile d'obtenir des indications quant aux données traitées. Il est particulièrement délicat de déterminer avec précision l'origine et le responsable de l'atteinte. En outre, ces personnes «sont difficilement en mesure d'identifier les risques qu'elles courent ou les atteintes qu'elles subissent²¹²». Enfin, il est délicat d'établir un lien de causalité entre le traitement des informations et l'atteinte subie²¹³.

209 DESCHENAUX/STEINAUER, No 718.

210 MAURER/VOGT, No 2 ad 1 LPD.

211 FF 1988 II 421, 426.

212 FF 1988 II 421, 428.

213 DESCHENAUX/STEINAUER, No 720; MONNIER, pp. 74-5.

Ainsi, la LPD «complète et concrétise les règles sur la protection de la personnalité instituées par le Code civil²¹⁴». La loi fournit les éléments permettant d'apprécier le caractère illicite d'un traitement de données. Elle énumère également des motifs justificatifs. Quant à la mise en oeuvre de la protection, elle reste assurée par les articles 28 à 28f CC.

B. LES PRINCIPES DE LA PROTECTION DES DONNEES

La LPD «vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données» (art. 1 LPD). Les principes directeurs de la loi sont directement calqués sur ceux régissant la protection de la personnalité: le traitement de données ne doit pas porter atteinte à la personnalité de l'individu concerné. Un comportement illicite peut cependant être justifié par le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 13, al. 1, LPD)²¹⁵.

A cette ligne directrice viennent s'ajouter trois types de dispositions renforçant la protection de la règle fondamentale.

En premier lieu, la LPD contient des règles définissant la licéité du traitement des données par des personnes privées. La loi énonce certains cas où le traitement des données est constitutif d'une atteinte ou au contraire n'en constitue pas une (art. 12 LPD). Le texte énumère également un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le traitement est en principe licite (art. 13 LPD). Cet ensemble de règles offre à la personne qui entend traiter des données personnelles des directives relatives à la manière d'organiser une activité respectueuse des droits de la personnalité des individus concernés²¹⁶.

La LPD vise ensuite à faciliter la mise en oeuvre des règles sur la protection de la personnalité. Elle permet en particulier à l'individu de savoir si des données sont traitées à son sujet, et si oui, quelles sont ces données, en prévoyant l'obligation de déclarer et d'inscrire certains fichiers dans un registre public (art. 11 LPD). La loi organise en outre le droit d'accès de l'individu à toutes les données le concernant qui sont traitées dans un fichier (art. 8 et 9 LPD)²¹⁷.

Enfin, le législateur a renforcé la protection de droit privé en édictant certaines dispositions de droit public plus contraignantes dans des domaines jugés particulièrement dignes de protection: le contrôle est alors exercé par une autorité administrative (art. 26 sq. LPD); certaines infractions sont réprimées pénalement (art. 34 LPD); un devoir de discrétion, analogue au

214 FF 1988 II 421, 442.

215 DESCHENAUX/STEINAUER, No 725.

216 DESCHENAUX/STEINAUER, No 726.

217 DESCHENAUX/STEINAUER, No 727.

secret professionnel, est imposé à tous ceux dont la profession exige la connaissance de données sensibles (art. 35 LPD)²¹⁸.

C. L'OBJET DE LA PROTECTION

Sous l'appellation «données personnelles», la LPD entend «toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable» (art. 3, *litt. a*, LPD).

Une personne est identifiée lorsque les informations détenues permettent de déterminer directement son identité²¹⁹. Elle est identifiable, par contre, lorsqu'on peut la situer par corrélation indirecte. Le Message précise à cet égard qu'une «possibilité purement théorique n'est cependant pas suffisante pour admettre la possible identification.» Le Conseil fédéral insiste sur le fait que l'on ne reconnaît pas la possibilité d'identification si le processus nécessite la mise en œuvre de moyens sophistiqués ou sortant de l'ordinaire²²⁰. Pour décider du caractère déterminable, il faut se fonder sur des critères objectifs dans un cas concret. Les possibilités de la technique doivent en particulier être prises en considération. Ainsi, l'élément décisif n'est pas de savoir si la personne qui traite les données peut ou va mettre en œuvre le processus permettant l'identification, mais s'il faut compter avec le fait qu'un tiers intéressé par ces données est prêt à procéder à l'identification²²¹.

Le notion de «traitement» des données au sens de la loi fédérale est très large²²². Elle englobe «toute opération relative à des données personnelles» et ceci «quels que soient les moyens et procédés utilisés». La loi cite à titre d'exemple la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données (art. 3, *litt. e*, LPD). Il est intéressant à cet égard de distinguer l'archivage de la conservation. Le premier se différencie de la seconde en ce que les données ne participent plus au processus de traitement et ne servent qu'à satisfaire des besoins de preuve ou de documentation. Les données archivées ne font ainsi plus l'objet d'un traitement, mais diverses raisons commandent de les conserver pendant une certaine période. Le critère décisif est qu'une

²¹⁸ DESCHENAUX/STEINAUER, No 728.

²¹⁹ C'est le cas notamment lorsque la personne est déterminée par son adresse, un dossier personnel, ou un article de journal qui la désigne nommément; l'identification est directe également en cas d'utilisation d'une clé, comme le numéro AVS ou le numéro de client (MAURER/VOGT, No 6 ad 3 LPD).

²²⁰ FF 1988 II 421, 452.

²²¹ MAURER/VOGT, No 6 ad 3 LPD.

²²² MAURER/VOGT, No 22 ad 3 LPD.

donnée archivée ne peut être intégrée sans autre au processus de traitement²²³.

La loi fédérale définit en outre expressément la communication, comme étant «le fait de rendre des données personnelles accessibles» (art. 3, *litt. f*, LPD).

Le législateur a introduit la notion de «fichier», lequel consiste en «tout ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée» (art. 3, *litt. g*, LPD). A ce concept est rattaché celui de «maître du fichier», personne ou organe qui décide du but et du contenu du fichier (art. 3, *litt. i*, LPD).

D. LES DONNEES SENSIBLES

La LPD crée une catégorie de données dites sensibles, lesquelles se rapportent à des domaines jugés dignes d'une protection spécifique, dont la loi dresse une liste exhaustive (art. 3, *litt. c*, LPD).

Nous ne retiendrons que les données relatives à la santé et à la vie privée.

Ainsi, les premières représentent toutes les informations qui, directement ou indirectement, trahissent un certain état de santé physique ou psychique de la personne. Le concept est très large. Même une facture pour des médicaments est une donnée sensible au sens de la loi.

Le terme de sphère intime utilisé par la LPD fait référence à la théorie des sphères développées autour de la protection de la vie privée construite sur la base de l'article 28 CC²²⁴. La notion comprend toutes les informations dont un individu choisit de réserver la communication à un cercle restreint de proches et dont la connotation affective est grande²²⁵.

E. LA LICITE DU TRAITEMENT DE DONNEES

«Toute collecte de données personnelles ne peut être entreprise que d'une manière licite» (art. 4, al. 1, LPD). Plus précisément, la loi interdit à quiconque de traiter des données personnelles en violation des principes de base de la LPD (notamment, bonne foi, proportionnalité, conformité au but fixé, exactitude des données, etc...), de traiter des données contre la volonté expresse d'un individu ou de communiquer à des tiers des données sensibles (art. 12, al. 2, LPD). En dérogation à ces règles générales, il n'y a pas d'atteinte à la personnalité lorsque l'auteur du traitement bénéficiait d'un motif justificatif ou lorsque la personne concernée «a rendu les données accessibles à tout un chacun» et «ne s'est pas opposée formellement au traitement» (art. 12, al. 3, LPD).

²²³ MAURER/VOGT, No 23 ad 3 LPD.

²²⁴ Voir pp. 237-9 ci-dessous.

²²⁵ FF 1988 II 421, 454; MAURER/VOGT, Nos 13-4 ad 3 LPD.

L'article 13 LPD traite des motifs justificatifs et dresse une liste exemplative de situations dans lesquelles l'intérêt prépondérant de la personne qui traite les données entre en considération. On y trouve notamment le traitement de données personnelles «à des fins ne se rapportant pas à des personnes, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique». Cette circonstance est soumise cependant à la condition que «les résultats soient publiés sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées» (art. 13, al. 2, *litt. e*, LPD). En présence d'un motif justificatif, la pesée des intérêts est laissée au juge²²⁶.

Tout traitement de données non respectueux des principes énoncés ci-dessus est constitutif d'une atteinte à la personnalité²²⁷.

Nous allons étudier de plus près quelques cas d'atteintes à la personnalité susceptibles de trouver application dans le cadre de notre travail.

I. La collecte illicite de données

L'article 4, al. 1, LPD statue l'obligation de collecter les données de manière licite. La règle ne vise que le procédé utilisé pour la collecte et non le traitement ultérieur de la donnée. Il est ainsi interdit d'obtenir les données par la menace, en violation d'un secret de fonction ou de profession, en enregistrant une conversation à l'insu de ses interlocuteurs, ou en soustrayant des données sensibles qui ne sont pas librement accessibles²²⁸.

II. Le traitement contraire à la bonne foi

En vertu de l'article 4, al. 2, LPD, tout traitement de données doit être effectué en respectant le principe de bonne foi. Il s'agit d'adopter «l'attitude loyale que l'on est en droit d'attendre de tout un chacun dans la vie sociale²²⁹». Ainsi, la collecte de données comme leur traitement ultérieur doivent être reconnaissables pour la personne concernée²³⁰. En outre, le traitement doit répondre à un intérêt raisonnable aussi bien quant au type de données traitées que quant à la durée de leur conservation.

III. Le traitement contraire au principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité est également contenu à l'alinéa 2 de l'article 4, disposition qui constitue le noyau dur de la LPD. En vertu de ce principe, la personne doit se limiter à traiter les données objectivement

²²⁶ MAURER/VOGT, No 8 ad 12 LPD.

²²⁷ DESCHENAUX/STEINAUER, No 733.

²²⁸ DESCHENAUX/STEINAUER, No 734a.

²²⁹ DESCHENAUX/STEINAUER, No 734b.

²³⁰ MAURER/VOGT, Nos 7-9 ad 4 LPD.

indispensables pour atteindre le but poursuivi. Le moyen utilisé doit être dans un rapport d'adéquation avec le résultat recherché. Il doit en particulier épargner autant que possible les droits de la personnalité impliqués²³¹.

IV. Le traitement contraire au principe de finalité

Il est interdit de traiter des données dans un but différent de celui indiqué lors de la collecte, prévu par la loi ou qui ressort des circonstances (art. 4, al. 3, LPD). La personne est ainsi protégée contre une modification ultérieure du but du traitement. Ce principe a deux corollaires. D'une part, celui qui traite des données ne peut le faire sans avoir préalablement défini le but de son activité. D'autre part, il est interdit de modifier ou de remplacer le but initial sans le consentement de l'individu²³².

V. Le défaut de sécurité des données

En l'absence de mesures de sécurité, une protection efficace des données n'est pas garantie²³³. C'est pourquoi l'article 7 LPD impose à la personne qui traite des données de prendre les mesures nécessaires à cet égard, lesquelles sont décrites plus précisément dans l'ordonnance (art. 8 sq. OLPD).

Alors que la loi vise, malgré son intitulé, la protection de la personnalité et non des données personnelles, l'article 7 traite directement de la protection de l'information²³⁴. La personne qui traite des données doit en particulier veiller à ce que leur confidentialité, leur disponibilité et leur intégrité soient garanties. La première de ces conditions est remplie lorsque seuls certains sujets déterminés ont accès à certaines informations. L'exigence de disponibilité signifie que l'information requise doit être à disposition sous la forme souhaitée, au moment voulu et à l'endroit désiré. Quant à l'intégrité, elle est garantie lorsque les données ne peuvent pas être modifiées sans autorisation par les procédés de traitement²³⁵.

Le système doit être protégé contre les risques de destruction accidentelle ou non autorisée, de perte, d'erreurs techniques, de falsification, de vol ou d'utilisation illicite (art. 8, al. 1, OLPD). Les mesures à prendre sont déterminées par le but, la nature et l'étendue du traitement des données, ainsi que par l'évaluation des risques potentiels et du développement technique (art. 8, al. 2, OLPD).

²³¹ DESCHENAUX/STEINAUER, No 734c; MAURER/VOGT, No 12 ad 4 LPD.

²³² DESCHENAUX/STEINAUER, No 734d; MAURER/VOGT, No 15 ad 4 LPD.

²³³ MAURER/VOGT, No 1 ad 7 LPD.

²³⁴ MAURER/VOGT, No 2 ad 7 LPD.

²³⁵ MAURER/VOGT, No 2 ad 7 LPD.

VI. Le traitement transgressant le droit d'opposition de la personne concernée

Nul n'est en droit de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée (art. 12, al. 2, *litt.* b, LPD). Chacun doit pouvoir maîtriser les données qui le concernent, car elles caractérisent et expriment sa personnalité. Ainsi, l'individu n'a même pas besoin de justifier d'un intérêt particulier pour s'opposer avec succès au traitement. L'opposition doit cependant s'exprimer dans un cas concret uniquement²³⁶.

VII. La communication de données sensibles à des tiers

L'article 12, al. 2, *litt.* c, LPD fait défense à la personne qui traite des données sensibles de les communiquer à des tiers. Il est important de souligner que seule la communication est réputée léser les droits de la personnalité de l'individu concerné. Si ce dernier entend s'opposer à un autre procédé, qu'il s'agisse de la collecte ou de la conservation, il lui appartiendra d'établir l'atteinte²³⁷.

F. CONCLUSION

La LPD trouvera nécessairement application dans le cadre du traitement de l'information génétique, que celle-ci soit collectée, conservée, exploitée ou communiquée. Elle viendra préciser et compléter le cadre légal offert par l'article 28 CC, que nous étudierons ci-dessous²³⁸.

Les informations découlant de l'analyse génétique appartiennent en outre à la catégorie des données sensibles (art. 3, *litt.* c, ch. 2, LPD). Le rattachement est double. D'abord, l'analyse génétique a souvent pour objectif la mise en évidence de l'origine d'une pathologie. Ainsi, la donnée collectée dans ce cadre touchera à la santé de l'individu et sera de ce fait qualifiée de sensible. Le concept de santé est limité cependant aux informations médicales qui peuvent donner une image négative de la personne concernée. Il ne s'étend pas aux éléments dépourvus de cette connotation, tels que la couleur des yeux ou des cheveux²³⁹. Or, ces données sont précisément de la catégorie des informations génétiques, puisque leur détermination est directement commandée par l'ADN. Les informations génétiques qui ne touchent pas la santé de l'individu au sens de la LPD sont souvent rattachables à la sphère intime, laquelle constitue également un domaine particulièrement digne de protection.

²³⁶ DESCHENAUX/STEINAUER, No 734j.

²³⁷ DESCHENAUX/STEINAUER, No 734k.

²³⁸ Voir pp. 237-4 ci-dessous.

²³⁹ FF 1988 II 421, 453-4.

En conclusion, les informations génétiques sont des données, lesquelles peuvent, suivant leur nature, être qualifiées de sensibles et bénéficier du régime juridique spécifique esquissé plus haut²⁴⁰. La mise en oeuvre de ce statut sera exposée dans la partie pratique de ce travail²⁴¹.

2. La notion de vie privée

L'individu a le droit de ne pas être envahi par son environnement, de disposer de manière autonome de sa présence dans la société, de choisir librement si, quand et dans quelle mesure il souhaite entrer en contact avec le reste du monde et donner un caractère public aux éléments privés de son existence²⁴². La personne peut ainsi choisir de ne pas révéler certaines circonstances de sa vie ou de ne les faire partager qu'à un cercle restreint de proches²⁴³. Le principe en est, d'après TERCIER, que «[t]oute personne doit pouvoir garder la maîtrise des informations qui la concernent²⁴⁴».

Malgré cela, l'individu n'a pas droit à la protection de «tout ce qu'il voudrait voir protégé²⁴⁵». C'est pourquoi jurisprudence et doctrine ont développé la théorie des trois «plans» ou «sphères», dans lesquels se déroule la vie d'un individu²⁴⁶. Le premier cercle comprend la «vie intime», le deuxième, la «vie privée» et le dernier la «vie publique». Les trois cercles sont concentriques et leur rayon va croissant. Même si cette théorie a ses détracteurs²⁴⁷, elle est un appui utile pour délimiter le champ de protection garanti par le droit à la vie privée.

Ainsi, on trouve dans le premier cercle les éléments soustraits à la connaissance des tiers, à l'exception des personnes auxquelles l'individu les a spécialement confiés. La sphère intime comprend «tous les faits et les événements de la vie dont seule a connaissance la personne concernée ou des personnes jouissant de sa confiance.²⁴⁸» Cette sphère n'est protégée que dans la mesure où le caractère intime est reconnaissable ou peut être supposé²⁴⁹.

²⁴⁰ Voir pp. 233 et 236 ci-dessus.

²⁴¹ Voir pp. 441-3, 450-2, 452-3 et 455-6 ci-dessous.

²⁴² HOTZ, p. 69.

²⁴³ GROSSEN, p. 91.

²⁴⁴ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 460.

²⁴⁵ MONNIER, p. 69.

²⁴⁶ DESCHENAUX/STEINAUER, No 560; GROSSEN, p. 91; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 137; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 466; ZGB-MELLI, Nos 23-7 ad 28 CC.

²⁴⁷ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, pp. 137-8.

²⁴⁸ FF 1988 II 421, 426.

²⁴⁹ HOTZ, p. 70.

Le deuxième plan englobe les faits et gestes que la personne n'entend partager qu'avec les personnes qui l'entourent de près. Il s'agit en d'autres termes des «autres faits de la vie privée qui ne doivent pas être portés à la connaissance d'un large public²⁵⁰».

Le dernier cercle ne contient que des circonstances accessibles à la connaissance de chacun²⁵¹. L'article 28 CC ne couvre que les deux premiers plans²⁵². Il ne protège que les circonstances de la vie que l'individu entend garder secrètes ou du moins connues d'un cercle restreint de privilégiés.

La délimitation des sphères diffère d'un individu à l'autre²⁵³. Elle ne saurait ainsi être déterminée de manière «abstraite et schématique, mais dépend de la réalité de l'individualité²⁵⁴». Le contenu des sphères peut également varier, pour la même personne, selon la période de sa vie.

La protection de la vie privée englobe les goûts, les préférences, les secrets, les faits et gestes, toutes sortes de manifestations concrètes de la personnalité d'un être humain qui recèlent une part de sa personnalité et témoignent de son individualité. Cela peut aller des conflits familiaux aux secrets financiers en passant par le shopping ou l'appartenance à une association²⁵⁵. Le seul point commun de ces éléments si disparates est que la personne ne souhaite pas qu'ils soient divulgués de manière incontrôlée. Ainsi, la protection est offerte contre tous les actes par lesquels des tiers «collectent, conservent, utilisent, modifient, communiquent ou détruisent des données qui ne sont pas publiques»²⁵⁶.

La violation ne consiste pas uniquement en la divulgation de faits du domaine privé, mais également en la simple utilisation de moyens illicites pour parvenir à la connaissance de ces faits²⁵⁷.

Toute découverte ou révélation d'une circonstance de la vie privée n'est pas illicite²⁵⁸. Le consentement du titulaire du droit permet de supprimer l'illicéité. Dans certaines circonstances, cet accord est même présumé: c'est

²⁵⁰ FF 1988 II 421, 426.

²⁵¹ GROSSEN, p. 91; DESCHENAUX/STEINAUER, No 560.

²⁵² DESCHENAUX/STEINAUER, No 562.

²⁵³ DESCHENAUX/STEINAUER, No 561; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 138; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 467.

²⁵⁴ MONNIER, p. 70.

²⁵⁵ DESCHENAUX/STEINAUER, Nos 562a-b.

²⁵⁶ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 469.

²⁵⁷ GROSSEN, p. 92; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 138.

²⁵⁸ GROSSEN, p. 93; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Nos 471-4; THÉVENAZ, No 287.

le cas notamment lorsque les données en question touchent à la vie publique de l'individu, qu'elles sont accessibles à chacun et qu'il ressort des circonstances que l'individu ne s'opposerait pas à leur diffusion²⁵⁹. Ensuite, un intérêt légitime prépondérant, public ou privé, peut justifier la levée du secret²⁶⁰.

3. *Les parties séparées et la protection de la vie privée*

A. LES GAMETES

Le Tribunal fédéral considère le lien de filiation comme un «intérêt personnel» au sens de 28, alinéa 1, CC²⁶¹. Il s'agit là cependant de l'information sur l'identité du père de l'enfant.

Nous cherchons à protéger ici la décision relative à la destinée des gamètes, la liberté d'exploiter ou non leur capacité reproductive. Le choix d'avoir un enfant est certainement un élément de la vie privée d'un individu. Son caractère intime ne fait aucun doute. Pourtant, c'est uniquement la communication de ce choix, la divulgation de la décision d'avoir ou non un enfant qui peut être rattachée à la vie privée. La protection assurée à la sphère intime ne se prête pas à garantir la liberté d'action qu'implique la mise en oeuvre du processus de la reproduction. Il faut donc renoncer à l'idée de rattacher cette liberté à la vie privée.

B. L'INFORMATION GENETIQUE

En plus du rattachement à l'intégrité corporelle, DESCHENAU/STEINAUER englobent le patrimoine génétique également dans la sphère intime de l'individu²⁶².

Cette démarche semble s'imposer naturellement. Le Tribunal fédéral a, en particulier, expressément considéré que les données relatives à la santé d'un individu relevaient de sa vie privée²⁶³. Il semble que, à plus forte raison et au vu de ce qui précède, nous pouvons admettre que l'information, quelle qu'elle soit, que constitue le patrimoine génétique d'un être humain, est englobée dans sa sphère privée. A moins qu'il ne souhaite la divulguer, il a un droit à ce qu'elle soit tenue secrète et peut se défendre contre les indiscretions.

259 TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 472.

260 Voir, à titre d'exemple, l'article 13 LPD, qui contient une liste de motifs justificatifs en matière de protection des données.

261 ATF 108 II 344, cons. 1b.

262 DESCHENAU/STEINAUER, No 588i.

263 ATF 119 II 222, JT 1994 I 598, 600.

C. La liberté de procréer

Il ne fait aucun doute que «le désir de mettre au monde des enfants et de fonder une famille représente un aspect essentiel et élémentaire de l'épanouissement de la personne humaine²⁶⁴». Avoir des enfants représente pour de nombreux êtres humains «une préoccupation centrale de leur vie²⁶⁵», «un élément central de leur existence²⁶⁶». L'exercice de cette faculté est l'expression de l'autonomie de l'être humain au sein de la société, de la faculté qu'il possède d'organiser les fondements de son existence à sa guise. En droit public, la liberté personnelle protège le droit à la reproduction naturelle, et donc le droit de fonder une famille. Ainsi, les personnes dont la fécondité est altérée peuvent se prévaloir d'un droit à l'utilisation de leurs facultés réduites et exiger d'avoir accès aux méthodes de procréation assistée existantes²⁶⁷.

A l'heure où le respect de la liberté de procréer peut ne pas être synonyme du respect de la liberté sexuelle ou du droit à l'intégrité corporelle, il s'impose de reconnaître cet attribut essentiel pour lui-même. Le rattachement à la personnalité est évident, mais il ne passe pas par un bien existant, comme nous venons de le voir. C'est pourquoi force est d'envisager sa protection par un droit de la personnalité indépendant²⁶⁸.

Dans l'affaire du sperme détruit, nous n'aurions ainsi pas adopté le raisonnement pour lequel a opté le BGH²⁶⁹. Nous serions malgré tout arrivés au même résultat, et ce même sans recourir à l'artifice de la redéfinition du concept d'intégrité corporelle. Le tribunal allemand n'a en effet pas cherché à protéger le sperme en tant qu'élément corporel, mais la fonction que les gamètes sont destinés à concrétiser, le fait qu'ils représentent pour le demandeur «die [...] einzige Möglichkeit, seine körperlichen Funktionen zur Hervorbringung von Nachkommen, denen er seine genetischen Erbinformationen weitergibt, zur Geltung zu bringen²⁷⁰». Or, notre démarche nous a précisément permis d'isoler ce potentiel du sperme, ce qui nous habilite à le rattacher maintenant à une catégorie plus adéquate que celle de l'intégrité corporelle.

264 ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586, 591.

265 ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194, 198.

266 ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586, 591.

267 ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586, cons. 5b.

268 Dans le même sens SCHAUMANN, p. 38.

269 Voir pp. 221-2 ci-dessus.

270 NJW 1994, p. 128.

Quant à la motivation réelle qui sous-tend la solution des juges allemands, TAUPITZ a raison de la mettre en doute²⁷¹. Elle ne procède pas d'une construction juridique rigoureuse. Les juges semblent s'être fixé pour but de reconnaître un intérêt, quel qu'il soit, de l'individu à la conservation de ses facultés de reproduction. Cet objectif ne peut rencontrer que l'adhésion. On ne peut en dire autant de la manière de procéder. Après avoir déterminé le but, les juges ont envisagé les solutions à disposition. S'offrait évidemment celle de la propriété. Or, malgré la constatation expresse qu'une partie de la doctrine se rallie à cette conception, le tribunal ne l'a même pas examinée. Réticents à admettre la propriété et peu enclins à inaugurer une nouvelle catégorie juridique, il ne leur restait que les droits de la personnalité, parmi lesquels l'intégrité corporelle figurait en première ligne.

Nous pouvons en tout cas tirer un enseignement de cet arrêt. Alors que la doctrine allemande se veut progressiste, en avance à la fois sur les auteurs suisses et français, les tribunaux sont plus timorés. Le schéma de la propriété rassemblant une partie importante de la doctrine, on pouvait attendre d'un tribunal qu'il s'appuie sur ce consensus pour élaborer une solution en accord avec les thèses de nombreux auteurs de poids. Or, visiblement, il existe un hiatus entre la théorie développée par les auteurs à l'abri de la critique des néophytes et la pratique quotidienne des tribunaux exposée à la censure de l'opinion publique. Engoncés dans des siècles de tradition juridique, il n'est pas véritablement étonnant que les tribunaux français, allemands ou suisses reculent devant l'utilisation d'un schéma si moderne, en rupture totale avec la théorie classique de la personnification du corps. Il est d'ailleurs tout aussi peu surprenant que le vent de la modernité vienne d'Amérique, où le système casuistique de la *common law* empêche que le droit ne se fige et que ses principes ne se sclérosent à l'abri de toute remise en question.

D. Le droit à l'image

Pour des raisons que nous développerons ci-dessous, le droit à l'image cristallise l'ensemble des revendications liées aux droits de la personnalité. Son régime essuie l'entier des critiques formulées par la doctrine, alors qu'il est, dans son fondement du moins, strictement identique à celui des autres droits de la catégorie. MOLINARI suggère une explication: «le droit à l'image est un révélateur qui agit puissamment pour situer la place

²⁷¹ Voir p. 222 ci-dessus.

qu'occupe, dans notre système juridique, la protection des caractéristiques inhérentes de la personne humaine.²⁷²»

1. *L'analogie*

Pourquoi faire intervenir le droit à l'image dans la controverse sur le statut du corps? Plusieurs auteurs font appel à la notion d'image dans la discussion, estimant que la similitude est forte, en particulier avec l'information génétique²⁷³.

L'analogie de l'image avec l'information génétique repose sur deux éléments: toutes deux constituent «d'une part, un vecteur d'information et, d'autre part, un objet de reproduction.²⁷⁴»

MOLINARI expose certains critères de l'image qui rendent à son avis l'analogie presque évidente. D'abord, l'image est un «objet juridique évanescant dont la perception et les contours sont particulièrement flous.» Ensuite, elle est une «forme de capture du réel: elle résulte essentiellement d'un acte d'appropriation en ce qu'une personne humaine n'a d'image que celle qui est perçue par autrui.» L'auteur rapproche ces éléments de la notion d'information, pour en conclure que «l'image est une représentation d'information spécifique à une personne.» Il lui suffit ensuite d'élargir le parallèle à l'information génétique, et l'analogie est démontrée²⁷⁵. L'auteur voit même entre le gène et l'image une quasi-identité: «Le gène est une image.» De plus, tous deux sont susceptibles d'appropriation, de manipulation et de diffusion²⁷⁶.

2. *La conception traditionnelle du droit à l'image*

La doctrine suisse reconnaît depuis longtemps déjà ce droit attaché à la personnalité sociale de l'individu.

A. LE DROIT

Les traits physiques d'un individu font partie de ses attributs essentiels. En effet, l'image manifeste l'originalité de la personne. Le droit à l'image, ou «droit de la personne sur son image», est donc un droit de la personnalité sociale. Il contribue à donner à l'individu la place qu'il occupe dans la société. Il permet à chacun de s'opposer à ce que son image soit usurpée ou lésée, en particulier à ce qu'elle soit représentée sans son consentement, et

²⁷² MOLINARI, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 13.

²⁷³ MAZEN, *Bioéthique et droit*, p. 197.

²⁷⁴ MOLINARI, *La génétique humaine*, p. 3.

²⁷⁵ MOLINARI, *La génétique humaine*, p. 3.

²⁷⁶ MOLINARI, *La génétique humaine*, p. 4.

ceci quel que soit le procédé utilisé (dessin, peinture, photographie...) ²⁷⁷. La protection est limitée en ce sens que la personne doit être effectivement identifiable ²⁷⁸.

La protection s'étend non seulement à la fixation de l'image de l'individu, mais également aux diverses reproductions qui en sont faites. Il permet en tout cas de s'opposer à l'utilisation, l'exposition et la diffusion de l'image, ainsi qu'à sa dénaturation ou son exploitation abusive ²⁷⁹.

A l'instar de n'importe quel droit de la personnalité, le droit à la propre image connaît des limites ²⁸⁰. En premier lieu, le consentement de l'individu permet de légitimer la représentation aussi bien que la diffusion de cette image. Ensuite, la fixation et la publication de l'image sont licites lorsqu'ils répondent à un intérêt légitime ²⁸¹.

MOLINARI relève que c'est un droit difficile à classer. Il attribue la complexité de son régime à sa nature ambivalente. Ce droit, constate l'auteur, est à la fois «résolument inscrit dans l'univers des échanges, de la circulation des biens, du marché.» Malgré tout, il s'agit d'un droit «extra-patrimonial, de la catégorie des droits de la personnalité ²⁸²».

B. L'IMAGE

L'image est un signe d'identification, au même titre que la voix ou le nom. En tant qu'attribut d'une personne, elle la singularise, manifeste son originalité ²⁸³. Plus techniquement, l'image est une «forme de capture du réel» ²⁸⁴.

Le droit de la personnalité protège, selon les auteurs, la physionomie d'une personne ou son apparence physique. LEGLER opte pour cette seconde solution, au motif que «c'est le fait de pouvoir être reconnu qui est essentiel» ²⁸⁵.

²⁷⁷ DESCHENAUX/STEINAUER, No 564; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 453; ZGB-MELLI, No 19 ad 28 CC.

²⁷⁸ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 456.

²⁷⁹ GROSSEN, p. 95; DESCHENAUX/STEINAUER, No 564; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 134; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 457; ZGB-MELLI, Nos 19-21 ad 28 CC.

²⁸⁰ GROSSEN, p. 96; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 458.

²⁸¹ Il en va ainsi en cas de reproduction d'une scène de la vie publique ou de l'image d'une personne célèbre.

²⁸² MOLINARI, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 28.

²⁸³ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 453.

²⁸⁴ MOLINARI, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 13.

²⁸⁵ LEGLER, p. 102.

3. La nouvelle doctrine

La nouvelle doctrine ne remet pas en question les éléments qui précèdent. Elle s'attaque à la structure du droit à l'image, qui suscite, depuis quelques années, de nombreuses controverses.

A. LES REVENDICATIONS

À l'origine, le droit de la personnalité était «inaccessibles et inaliénables²⁸⁶». À l'heure actuelle, tout ce qui porte l'empreinte de la personnalité, et surtout d'une personnalité, est devenu objet de commerce²⁸⁷. Ces circonstances ont conduit à la métamorphose progressive de ce droit, de nature défensive à l'origine, en droit de monopole²⁸⁸: le simple droit d'interdiction de l'exploitation illicite de l'image et du nom a évolué en un quasi-droit de propriété intellectuelle, c'est-à-dire en un droit d'exploitation exclusif²⁸⁹. Parallèlement, l'appréhension juridique de la personnalité a été fortement imprégnée d'aspects économiques, allant à l'encontre de la compréhension traditionnellement idéale du concept²⁹⁰.

La tendance, quasi générale à l'étranger, a donc été de compléter le fondement personnel d'un aspect patrimonial. La question s'est alors posée de savoir s'il fallait créer un nouveau concept juridique pour les aspects du droit qui étaient étrangers à sa conception classique ou s'il était possible de les inclure dans le cadre juridique existant.

Le droit américain divise les facultés liées au droit à l'image en deux catégories. La première, couvrant tous les aspects idéaux ou moraux du droit, est celle protégée par le *right of privacy*. La seconde englobe les aspects patrimoniaux, il s'agit du *right of publicity*. Le droit allemand, par contre, a choisi de redéfinir le concept du droit de la personnalité au sein du système existant²⁹¹.

Des voix se sont fait entendre en Suisse, réclamant un schéma identique. La doctrine invoque à l'appui de ses revendications la structure analogue du droit d'auteur²⁹². Le droit suisse non plus n'est en effet pas fondamentalement armé pour protéger les intérêts matériels associés aux éléments de la personnalité²⁹³. L'exploitation économique d'un bien de la

²⁸⁶ DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, p. 41.

²⁸⁷ SEEMANN, p. 17.

²⁸⁸ SERIAUX, *RTDC* 1994, p. 808.

²⁸⁹ SEEMANN, p. 31.

²⁹⁰ SEEMANN, p. 28.

²⁹¹ SEEMANN, pp. 61-2.

²⁹² DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, p. 50.

²⁹³ SEEMANN, p. 174.

personnalité ne peut être couverte par l'article 28 CC. Il n'est pas possible de protéger de purs intérêts matériels par cette disposition²⁹⁴. DESSEMONTET plaide pour la reconnaissance d'un droit patrimonial, convaincu que cela permettrait de «tirer une distinction plus nette entre les intérêts personnels réels — toujours protégés au titre de l'article 28 CC — et les intérêts commerciaux.²⁹⁵»

DESSMONTET met en avant une particularité du droit qui devrait inciter la doctrine à réévaluer sa nature. Il s'agit de la possibilité, reconnue par la jurisprudence, et conférée aux tiers d'exercer le droit après le décès de la personne représentée²⁹⁶.

B. LE DROIT MORAL

Cet aspect est un élément «d'intérêt personnel au sens strict.²⁹⁷» Il couvre la facette traditionnelle du droit de la personnalité qu'est le droit à l'image. Cette composante du droit n'est pas modifiée par les nouveaux développements de la doctrine. Elle est simplement "purifiée", dépouillée des éventuelles particules patrimoniales qu'on a pu tenter de lui attacher. Même fragmentée dans son régime, l'image reste un «élément de la définition du sujet». L'aspect patrimonial ne peut effacer la trace «ténue, discrète, mais réelle» de la personne dans son image²⁹⁸.

C. LE DROIT PATRIMONIAL

La facette patrimoniale du droit est bien différente. Le titulaire exerce, comme pour le droit moral, la «maîtrise exclusive» sur son image. Il peut cependant en disposer librement et même y renoncer. Il est bien clair que si la cession est admise, elle ne vise que l'aspect patrimonial et absolument pas le droit de la personnalité²⁹⁹.

L'image d'une personne devient ainsi un «élément de son patrimoine», cessible à titre onéreux et transmissible à cause de mort³⁰⁰.

FABRE-MAGNAN voit dans ces caractéristiques «détachables» non plus des éléments de la personnalité, «lesquels sont indétachables de la personne», mais des «émanations qui peuvent provenir de ces éléments de la personnalité, les fruits pourrait-on dire, au sens juridique du terme». Cette

294 SEEMANN, p. 184.

295 DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, p. 52.

296 DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, pp. 42-3.

297 DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, p. 52.

298 GALLOUX, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 214.

299 DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, p. 51.

300 SERIAUX, *RTDC* 1994, p. 808.

distinction expliquerait que ces éléments puissent «faire l'objet d'un acte de disposition, circuler³⁰¹».

GALLOUX est proche de cette idée, quand il qualifie l'image de «produit du sujet³⁰²». Quant à MOLINARI, il situe carrément le droit à l'image «dans l'univers de la circulation des biens», «dans un monde de marché»³⁰³.

DESSEMONTET cite un cas de droit à l'image, l'affaire Raimu, qui a conduit les juges français à affirmer que «[l]e droit patrimonial qui permet de monnayer l'exploitation commerciale de l'image n'est pas purement personnel» et qu'il «se transmet aux héritiers»³⁰⁴. DESSEMONTET estime que la même solution devrait s'appliquer en droit suisse. Il estime «injuste» et «quasi primitif» de refuser la protection après le décès³⁰⁵.

4. L'information génétique et la protection de l'image

Pour différentes raisons, nous estimons judicieux de retenir la figure juridique du droit à l'image pour l'information génétique.

A. LA SIMILITUDE DES STRUCTURES

Lorsque l'ordre juridique est confronté à un bien immatériel, il importe de distinguer entre le bien immatériel lui-même qui n'est pas saisissable et jouit ainsi d'une ubiquité potentielle, et son support matériel. Il existe ainsi un élément abstrait qui ne peut être englobé par les droits réels, alors que le mode de fixation est lui-même une chose au sens juridique du terme et, en cette qualité, soumis au régime de la propriété³⁰⁶.

L'image comme l'information génétique sont à ranger parmi les structures complexes décrites ci-dessus. L'image existe indépendamment de sa fixation; le droit de la personnalité la protège en tant que telle. Quant elle est fixée, la situation se complique puisqu'on ne peut faire abstraction du droit réel auquel est soumis son support. Cette prétention vient troubler le régime du droit de la personnalité. Les titulaires de l'un ou l'autre droits, s'ils sont distincts, sont forcés de composer avec la prérogative concurrente que l'ordre juridique reconnaît, et protège, sur l'élément complexe.

Il en va de même pour le matériel génétique. L'échantillon d'ADN est soumis aux règles de la propriété, statut découlant de sa qualité de chose³⁰⁷. L'information génétique ne peut suivre ce régime, en raison de sa nature

301 FABRE-MAGNAN, *RTDC* 1997, p. 592.

302 GALLOUX, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 214.

303 MOLINARI, *La génétique humaine*, p. 4.

304 DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, p. 43.

305 DESSEMONTET, *Mélanges Grossen*, p. 46.

306 REY, No 82.

307 Voir pp. 42 sq. ci-dessus.

immatérielle. L'ordre juridique doit ainsi prévoir un traitement particulier, à savoir assurer par un autre biais la protection de l'intérêt immatériel. En raison de la similitude des structures, il paraît adéquat d'envisager cette protection par le droit à l'image.

B. PERSONNALITE ET PATRIMONIALITE

L'image et l'information génétique se rejoignent sur un autre terrain également.

L'opposition qui caractérise l'aspect personnel du droit à l'image et sa composante patrimoniale trouve son exacte expression dans les différentes utilisations du matériel génétique.

Il existe, d'une part, un aspect intime, privé, purement et profondément personnel de l'information qui est celui de l'analyse génétique. Ici, l'individu doit être protégé contre les immissions dans sa sphère privée à l'égard des informations qu'il souhaite garder secrètes. L'appropriation de ces données par des tiers, de même que leur circulation, n'ont aucun sens, aucune raison d'être. Ici, l'image qui émane d'un diagnostic génétique est effectivement une manifestation de la personnalité d'un individu, un prolongement de son identité. Elle est bel et bien un élément de la définition du sujet, et la trace de la personne dans cette image est nette.

Nous verrons, d'autre part, que l'article 119 Cst. autorise la cession à titre onéreux du matériel génétique³⁰⁸. Or, cette option du constituant n'a aucun sens dans la logique que nous venons de décrire. Elle ne peut se justifier que dans une optique de circulation et d'appropriation des informations. Cette configuration existe: il s'agit du marché qui réunit les chercheurs en génétique et l'industrie pharmaceutique. Les premiers isolent la séquence de gènes à l'origine d'une maladie déterminée, les seconds acquièrent cette information pour l'exploiter commercialement. C'est ainsi qu'un gène lié à l'obésité et mis en évidence par des chercheurs américains a fait l'objet d'une transaction de ce type pour un montant de 70 millions de dollars. Le cas est extrême, mais il n'est pas unique³⁰⁹.

Il y a donc une composante patrimoniale indéniable dans le droit d'un individu sur le code génétique qui le constitue. Elle ne tend cependant pas à bloquer la circulation des données, ni à empêcher leur appropriation. Au contraire, l'information est détachée de sa source, elle peut faire l'objet d'un acte de disposition, elle est clairement dans un monde de marché.

³⁰⁸ Voir pp. 434-6 ci-dessous.

³⁰⁹ DICKSON, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 11.

C'est pourquoi il semble judicieux de conférer à l'individu un droit patrimonial sur les éléments qu'il est disposé à divulguer.

Puisqu'il nous faut admettre la coexistence d'intérêts aussi divergents sur l'information génétique, la structure du droit à l'image semble une solution de compromis tout à fait adéquate.

C. IMAGE ET VIE PRIVÉE

Le droit à l'image est souvent inclus dans la sphère intime du titulaire, à savoir dans son droit à la vie privée³¹⁰. En effet, la fixation, la reproduction ou l'utilisation de la représentation d'une personne constituent souvent simultanément une intrusion dans sa sphère privée³¹¹. HOTZ relève qu'il est presque impossible d'affirmer qu'un véritable «*Recht am eigenen Bild*» est reconnu en Suisse: les tribunaux concluent directement à la violation de la sphère intime ou tout simplement à l'atteinte aux intérêts personnels. Le droit à l'image n'est reconnu expressément qu'en de rares occasions³¹².

Les auteurs du *Zürcher Kommentar* considèrent par contre que ce droit va plus loin, que sa protection dépasse celle de la sphère intime³¹³. Pour GROSSEN, on ne peut parler de droit à la propre image que si un individu peut s'opposer à la fixation ou la reproduction, même en l'absence d'une atteinte à la sphère privée³¹⁴. LEGLER cite à cet égard l'exemple d'une personne dont l'image est reproduite sans son consentement alors qu'elle se trouve sur la voie publique.

Il importe apparemment peu de déterminer si le droit à la vie privée s'applique seul ou s'il intervient au travers du droit à l'image.

Au vu de la doctrine récente, cette question a pourtant son importance. Même si l'on invoque la patrimonialisation générale des droits de la personnalité, cette évolution est plus acceptable, et surtout plus concevable, pour le droit lié à la vie sociale de l'individu qu'est le droit à l'image que pour celui destiné à protéger la vie intime du sujet qu'est le droit à la sphère privée.

Le droit à l'image est «un lieu d'expression du conflit entre l'indisponibilité de la personne humaine et le caractère patrimonial de la plupart des rapports que cette personne établit avec ceux et celles de sa race.» D'une part, l'image est associée au «caractère intangible» de la

³¹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, No 564; GROSSEN, p. 95; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 454.

³¹¹ LEGLER, p. 101.

³¹² HOTZ, p. 40; GROSSEN, p. 95.

³¹³ ZK-EGGER, Nos 45-6 ad 28 CC.

³¹⁴ GROSSEN, p. 95.

personne humaine et aux manifestations de sa personnalité. Du point de vue du titulaire du droit, l'image est un «prolongement» de l'individu. L'image, d'autre part, est placée «dans le champ de l'appropriation et de la circulation de l'information». Perçue par ceux qui la détiennent, elle a souvent, sous cet angle, une valeur patrimoniale³¹⁵.

Ces considérations peuvent être transposées telles quelles à l'information génétique. L'individu peut avoir le souci de protéger les informations qu'offre le décodage de son patrimoine génétique. Sous cet angle, la protection est assurée contre les incursions en provenance de l'extérieur; elle vise à maintenir les données en question dans un espace réservé à l'individu et à ceux qui jouissent de sa confiance, et par là même à exclure les tiers de cette zone protégée. Cependant, l'information génétique peut acquérir un intérêt dépassant le seul désir de secret de l'individu. La recherche en génétique se nourrit de ce type de données, lesquelles sont, dans ce cadre, exploitées et diffusées à l'envi. Il n'est alors plus question de préserver ces informations de toute divulgation excessive. Il s'agit au contraire d'assurer leur circulation, en réservant cependant aux titulaires légitimes la maîtrise nécessaire à la conservation de leurs intérêts aussi bien idéaux que patrimoniaux.

Le droit à l'image, contrairement à la protection de la vie privée, permet cette ambivalence. C'est pourquoi il nous paraît justifié de le retenir pour régir le statut de l'information génétique, avant tout dans les hypothèses dans lesquelles son titulaire accepte, voire souhaite, sa divulgation.

IV. Conclusion

En fin de compte, à un titre ou à un autre, toutes les parties séparées du corps humain trouvent leur place dans la sphère de protection de la personnalité.

Il est nécessaire de souligner cependant la différence de régime qui oppose les tissus, organes et cellules aux gamètes et à l'information génétique.

Les premiers ne sont pas l'objet d'un droit spécifique. Ils sont, à l'instar de n'importe quelle entité matérielle, susceptibles d'être porteurs d'un intérêt personnel prononcé. Cependant, cet intérêt peut être reconnu par l'ordre juridique à tout individu, et pas uniquement au donneur. La nature de l'intérêt personnel fait que, sous l'angle de la protection, le donneur ne sera pas mieux loti qu'un receveur potentiel. Indépendamment des prétentions réelles en cause, l'individu sur qui l'élément corporel a été prélevé devra se plier à la pesée des intérêts. Sa qualité de corps de

³¹⁵ MOLINARI, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 17.

provenance ne lui garantira pas un intérêt prédominant. La compatibilité tissulaire n'est à cet égard pas suffisante, du moins pas si elle est mise en balance avec des intérêts de nature hautement personnels.

Ce résultat confirme l'absence de rattachement effectué dans la première partie de ce chapitre. Nous avons échoué dans la tentative d'établir un lien entre les tissus, organes et cellules séparés du corps et la personne. Ce constat d'échec ne résultait pas d'une erreur de raisonnement: il traduisait la sortie presque achevée des parties séparées hors de la sphère personnelle. Nous avons vu que la rupture n'était pas complète, dans la mesure où il subsistait un lien intellectuel qui facilitait la preuve d'une violation de la personnalité en cas d'atteinte portée à la partie séparée. Ainsi, à l'heure où il s'agira d'évaluer la valeur personnelle des prétentions en cause, il n'est pas dit que le donneur l'emportera face à un intérêt concurrent. Indépendamment des prérogatives de nature réelle, il lui sera difficile d'établir le caractère prépondérant de sa prétention fondée sur la seule provenance de l'organe ou du tissu objet du litige.

Il en va tout différemment si un gamète ou un échantillon d'ADN est en cause. La reconnaissance d'un droit de la personnalité est, à l'égard de ces deux éléments, commandée par la présence d'un intérêt personnel dont le donneur seul est titulaire. Il n'existe pas au monde un individu en mesure de faire valoir une prétention personnelle de rang supérieur à celle invoquée par le donneur. Seul le donneur lui-même peut invoquer sur les spermatozoïdes issus du don un droit à la transmission de son propre patrimoine génétique. Aucun tiers ne peut faire valoir cette prétention, qui appartient au donneur uniquement. Il peut se trouver des personnes intéressées indirectement au processus, telles que l'épouse du donneur. Cependant, l'intérêt que ces tiers pourront faire valoir sera forcément d'une nature autre que celui du donneur. Le raisonnement est identique en matière de matériel génétique. Seul l'individu sur lequel est prélevé l'échantillon est directement concerné par l'information qu'il contient. Même si, à de nombreux égards, les proches sont également touchés, leur prétention ne pourra jamais l'emporter, car ils ne peuvent revendiquer l'information au titre de leur propre droit de la personnalité. L'ADN est contenu dans la sphère de la personnalité du donneur et ce dernier est le seul être sur terre qui soit directement touché par ce qu'il révèle.

Nous rejoignons là EUGEN BUCHER, qui n'admet, dans la sphère de protection de la personnalité, que les biens auxquels l'individu est lié par un rapport privilégié³¹⁶. Nous avons vu que, pour l'auteur, l'existence d'un

³¹⁶ E. BUCHER, p. 90.

intérêt digne de protection résultait du constat négatif que personne d'autre ne pouvait se prévaloir d'un intérêt également légitime et digne de protection³¹⁷. Il est ainsi parfaitement logique que la protection assurée par la personnalité soit plus intense pour les gamètes et l'ADN, qui sont rattachés à leur titulaire par un lien d'une nature si particulière, qu'il n'existe aucun autre individu susceptible d'entretenir le même rapport à la substance. En matière d'organes, de tissus et de cellules, par contre, nous avons vu qu'il était possible que deux individus distincts développent des intérêts d'importance équivalente sur la substance et que le donneur ne l'emporterait pas nécessairement.

Si le lien qui unit la personne aux deux éléments corporels que sont les gamètes et l'ADN est si fort, leur rattachement à la personnalité devrait être évident et s'imposer de lui-même. Pourtant, la démarche logique qui précède prouve que l'appartenance à la sphère personnelle nécessitait d'être démontrée.

Nous trouvons ici la confirmation d'une autre théorie exposée par EUGEN BUCHER. L'auteur explique la difficulté à établir parfois le lien d'un élément avec la personne, par la distance qui peut séparer les deux composantes du rapport personnel³¹⁸. Ainsi, lorsque la procréation ne pouvait être autre chose que le résultat d'un rapport sexuel, il n'y avait aucune "distance" entre l'individu et ses gamètes. Alors, les intérêts personnels en cause étaient évidents: liberté sexuelle et intégrité corporelle. A l'heure actuelle, les gamètes jouissent d'une indépendance due à l'évolution des techniques de procréation médicalement assistée. La distance qui s'est établie entre l'homme ou la femme et ses gamètes a compliqué la qualification du rapport personnel. Il en va de même pour le matériel génétique. L'information n'était, avant le développement de l'analyse génétique, qu'un secret bien gardé au coeur de chacune des cellules de notre organisme. Aujourd'hui, des séquences d'ADN transitent d'un continent à un autre afin d'être confiées aux personnes qui maîtrisent au mieux les techniques nécessaires à la mise en évidence du gène recherché.

Dans un cas comme dans l'autre, l'essor des biotechnologies a permis l'éloignement physique de ces produits du corps. La séparation matérielle a compliqué la tâche du droit, qui poursuit précisément le but inverse, à savoir le maintien de ces éléments dans la sphère personnelle de l'individu. Il appartient ainsi à l'ordre juridique de maintenir et protéger le lien intellectuel au-delà de l'éloignement physique.

³¹⁷ Voir p. 185 ci-dessus.

³¹⁸ E. BUCHER, p. 88.

§ 5 Les restrictions au droit de la personnalité

Le droit de la personnalité présente une certaine ambivalence. D'une part, il protège l'individu dans son existence, lui permettant de se développer et de s'épanouir. Pour ce faire, il confère à l'individu la faculté de s'opposer à l'immission excessive des autres acteurs de la vie en société³¹⁹. Cet aspect est couvert par l'article 28 CC: l'individu est titulaire de droits auxquels les tiers ne doivent pas porter atteinte.

D'autre part, l'individu doit être protégé contre lui-même. L'ordre juridique respecte la personnalité au point de la mettre à l'abri des atteintes que pourrait lui porter son titulaire lui-même. Le législateur reconnaît ce qu'une «liberté sans frein peut avoir de destructeur³²⁰». C'est pourquoi le Code civil contient un article 27 qui restreint l'exercice de la liberté des individus.

L'existence de limites découle également du fait que le droit couvre une portion délimitée du monde extérieur. Pour être reconnu, il doit posséder des contours déterminables. La sphère personnelle est ainsi le champ de l'existence d'un individu soumis à sa maîtrise exclusive³²¹.

L'article 27 CC restreint la faculté reconnue par l'ordre juridique à chaque individu d'organiser ses relations juridiques de manière autonome. Le but de cette disposition de protection est la conservation de la liberté de chacun à l'égard d'engagements contractuels démesurés³²².

Nous nous limiterons à l'étude de l'alinéa 2 de l'article 27, l'alinéa 1^{er}, qui vise la jouissance et l'exercice des droits civils, n'étant d'aucun secours dans le problème qui nous occupe.

I. La protection en général

A. Le principe de la protection

Chaque individu est libre d'agir comme il l'entend, au sein de l'ordre juridique³²³. L'être humain se voit reconnaître un «domaine réservé, une part inaliénable d'autonomie, où sa liberté de décision demeure entière³²⁴».

³¹⁹ HOTZ, p. 30.

³²⁰ GROSSEN, p. 11.

³²¹ E. BUCHER, p. 86.

³²² BK-BUCHER, No 1 ad 27 CC.

³²³ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 488.

³²⁴ GROSSEN, p. 11.

Toute personne est en particulier libre de conclure avec autrui des actes juridiques créant des droits et des obligations³²⁵.

Cette liberté comprenant également la faculté de restreindre précisément ces prérogatives³²⁶, le législateur est attaché à ce que l'individu reste libre. L'article 27 CC interdit ainsi de renoncer totalement à cet aspect très général de la personnalité. L'être humain n'est «pas libre de perdre sa liberté³²⁷».

La disposition a ainsi pour but «de protéger les gens contre la perte des facultés que les conceptions actuelles du droit considèrent comme inséparables de la personnalité³²⁸». La fonction de la disposition est de créer, dans le domaine contractuel, les conditions préalables à l'exercice du droit de la personnalité, et, simultanément, d'interdire son usage excessif, voire de le réduire à une mesure raisonnable³²⁹. Elle permet à la personne de remettre en cause des engagements qu'elle a pris, en faisant prévaloir sa liberté actuelle de décision sur ses engagements antérieurs³³⁰. En d'autres termes encore, l'article 27, al. 2, sanctionne les engagements qui limitent de manière excessive la liberté de décision de l'individu, laquelle doit être garantie pour l'avenir³³¹.

Le législateur introduit deux types de restrictions, l'une absolue, l'autre relative. La protection est donc double: dans certains domaines, tout engagement est exclu, alors que dans d'autres, l'engagement est toléré et seule la mesure excessive est interdite³³². EUGEN BUCHER précise que dans le cadre de la protection absolue, on s'appuiera davantage sur les conceptions juridiques généralement acceptées par le public que dans le cadre de la protection relative, laquelle suppose plutôt une pesée d'intérêts³³³.

Le fondement de cette réglementation tient à la fois de l'auto-paternalisme et du pur paternalisme dont parlait MAACKAY³³⁴. Il s'agit pour une part d'empêcher l'individu de souscrire des engagements qu'il regrettera par la

³²⁵ A. BUCHER, No 426.

³²⁶ DESCHENAUX/STEINAUER, No 296.

³²⁷ A. BUCHER, No 422.

³²⁸ THÉVENAZ, No 69.

³²⁹ KSP-HUGUENIN JACOBS, No 1 ad 27 CC.

³³⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, Nos 296a et 303.

³³¹ A. BUCHER, No 429.

³³² TUOR/SCHNYDER, p. 89.

³³³ BK-BUCHER, No 114 ad 27 CC.

³³⁴ Voir pp. 214-5 ci-dessus.

suite. Pour l'autre part, le législateur s'estime mieux placé que le sujet de droit pour savoir ce qui convient à ce dernier.

Précisons d'emblée que, partie intégrante de la protection de la personnalité, la disposition ne vise que les intérêts personnels du contractant à protéger et non les intérêts d'ordre général³³⁵. Soulignons également que la règle légale n'est pas une condition de validité des contrats; elle ouvre simplement la possibilité à l'individu de se libérer de l'engagement contracté³³⁶.

Enfin, ajoutons que l'alinéa 2 de l'article 27 n'est qu'une clause générale, qui en tant que telle ne fournit pas de réponse directe aux problèmes qu'elle vise à régir. Elle renvoie au contraire à des principes qui ne trouvent leur concrétisation qu'en dehors de cette codification³³⁷.

B. Les actes visés

Le contenu de l'article 27 relève du droit des contrats. La disposition vise à réglementer l'admissibilité, ainsi que l'efficacité juridique des contrats, en définissant certaines limites à cet égard.

EUGEN BUCHER souligne qu'il est totalement dénué de sens d'imaginer une relation de droit privé, de quelque nature qu'elle soit, de l'individu à soi-même³³⁸. A son sens, la disposition évite à l'individu de voir sa liberté restreinte, de manière inadmissible, par les prétentions de tiers à fondement contractuel. Ainsi, la protection doit être attachée à tous les actes juridiques susceptibles de fonder des engagements personnels dans le champ de protection de la personnalité. Le commentateur envisage en particulier les actes juridiques bilatéraux ou multilatéraux³³⁹.

THÉVENAZ soumet également à l'article 27 CC les actes juridiques, à savoir les «manifestations de volonté d'une ou de plusieurs personnes tendant à produire un effet de droit et qui produisent cet effet si toutes les conditions posées par le droit objectif sont remplies.³⁴⁰» Il s'agit en particulier des matières régies par le Code des obligations. Quant aux actes non juridiques, s'ils produisent des effets, même non souhaités par leur auteur, c'est que la loi les prévoit. La disposition applicable sera dès lors le

³³⁵ BK-BUCHER, No 9 ad 27 CC.

³³⁶ BK-BUCHER, No 11 ad 27 CC.

³³⁷ BK-BUCHER, No 95 ad 27 CC.

³³⁸ BK-BUCHER, No 7 ad 27 CC.

³³⁹ BK-BUCHER, No 18 ad 27 CC.

³⁴⁰ THÉVENAZ, No 89.

texte légal en question et non l'article 27, en vertu du principe de la *lex specialis*³⁴¹.

EUGEN BUCHER précise la définition. De l'exigence d'une restriction à la liberté, il déduit que ne peuvent être visés que les actes juridiques qui, d'une part, impliquent dans leurs effets une obligation de faire ou de s'abstenir, d'autre part ont une certaine extension dans le temps. Le commentateur juge en effet qu'une restriction à la liberté n'est pas imaginable en l'absence de l'un ou l'autre de ces éléments. En conclusion, le champ d'application de la disposition est restreint aux contrats générateurs d'obligations³⁴².

Seraient ainsi exclus, notamment, les actes juridiques unilatéraux, dans la mesure où ils nécessitent, pour produire des effets juridiques, une base légale explicite, soumise elle-même à la sanction de 27 CC³⁴³. Le commentateur refuse également de voir appliquer la disposition aux contrats dont les prestations s'épuisent en un acte ponctuel et qui se laissent réduire à un processus unique sans dimension temporelle. Cette exclusion vise en particulier les contrats consistant en la fourniture d'une chose ou le paiement d'une somme d'argent. Pour l'auteur, l'article 27, al. 2, CC a pour vocation de s'appliquer avant tout aux contrats de durée³⁴⁴.

C. L'article 27 CC et la liberté contractuelle

Si l'article 27, al. 2, CC tend à protéger la personne contre des engagements juridiques excessifs, il est légitime de s'interroger sur l'utilité de cette disposition dans un ordre juridique qui comprend un article 19 CO, proclamant et limitant la liberté contractuelle.

Pour HUGUENIN JACOBS, le droit de la personnalité fonde et garantit la liberté contractuelle, en la limitant par ailleurs. La fonction de l'article 27 serait ainsi de créer les conditions de l'exercice de l'autonomie privée, tout en interdisant son usage excessif ou en le restreignant à une mesure acceptable. Plus précisément, l'alinéa 2 de la disposition limiterait l'exercice de la liberté contractuelle en ajoutant aux limites qu'elle comporte le critère de la conformité aux droits de la personnalité³⁴⁵.

³⁴¹ THÉVENAZ, No 91.

³⁴² BK-BUCHER, No 98 ad 27 CC; DESCHENAUX/STEINAUER, No 303a; THÉVENAZ, No 101.

³⁴³ BK-BUCHER, No 19 ad 27 CC, *contra* THÉVENAZ, No 95.

³⁴⁴ BK-BUCHER, No 105 ad 27 CC; DESCHENAUX/STEINAUER, No 303a.

³⁴⁵ ZGB-HUGUENIN JACOBS, Nos 1-2 ad 27 CC.

TERCIER assimile l'article 27 à la liberté contractuelle, consacrée par le droit des obligations à l'article 19, alinéa 1, CO³⁴⁶. ANDREAS BUCHER partage ce point de vue, exprimant plus généralement l'idée que «toute personne est libre de conclure avec autrui des actes juridiques créant des droits et des obligations.³⁴⁷»

THÉVENAZ se dissocie des auteurs cités, affirmant qu'il est trompeur de dire que la disposition protège la liberté de décision: «Il ressort de la systématique de la loi que l'article 27 alinéa 2 CC protège l'ensemble des biens de la personnalité et pas seulement la liberté d'agir à son gré dans les limites de l'ordre juridique.³⁴⁸»

GROSSEN retient une définition plus large, sans faire appel à la notion d'engagement juridique. En particulier, il distingue nettement la liberté contractuelle de la liberté de l'article 27, alinéa 2, CC, estimant que ces deux notions sont délicates à concilier. Il considère en fin de compte que la conclusion d'un contrat est une liberté et qu'elle ne restreint pas de manière excessive le champ d'action de l'individu, même si l'engagement est durable ou important³⁴⁹.

Pour PEDRAZZINI/OBERHOLZER, la liberté contractuelle du Code des obligations est une règle spéciale par rapport au principe général d'autonomie privée consacré à l'article 27³⁵⁰.

EGGER constate que la liberté naturelle ne peut s'exercer que si la liberté contractuelle est reconnue. Celle-ci constitue alors une partie essentielle de la liberté personnelle en droit privé. Cependant, l'individu peut abuser de la liberté contractuelle, c'est pourquoi elle doit supporter certaines limites, en particulier celles qu'exigent l'ordre public et la protection de la personnalité. Cette restriction de la liberté contractuelle intervient ainsi au nom de la liberté personnelle, au nom de la personnalité. Elle s'inscrit dans le processus de protection de la liberté des individus et de ses biens personnels³⁵¹.

³⁴⁶ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 488; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 462.

³⁴⁷ A. BUCHER, No 426.

³⁴⁸ THÉVENAZ, No 70.

³⁴⁹ GROSSEN, pp. 12-3.

³⁵⁰ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 119.

³⁵¹ ZK-EGGER, Nos 2-3 ad 27 CC.

II. La protection absolue

A. L'aliénation totale de la liberté

L'ordre juridique interdit à l'individu de se soumettre complètement à la volonté d'une autre personne, de se placer sous l'entière dépendance d'un tiers³⁵². L'article 27, al. 2, prohibe ici les engagements «qui reviennent à créer un certain état de vie³⁵³». Aliéner sa liberté signifie «s'en déposséder, l'abandonner totalement ou partiellement³⁵⁴». L'individu dispose de sa liberté au point de ne plus pouvoir l'exercer. L'engagement a pour effet que le disposant n'est plus titulaire du droit de la personnalité auquel il a renoncé. Il en perd la jouissance, et non seulement l'exercice³⁵⁵.

L'aliénation totale de la liberté est toujours inadmissible³⁵⁶.

La possibilité de contracter des engagements représentant un des piliers de la vie en société, l'interdiction totale de se lier par convention ne peut qu'être une exception limitée à des domaines spécifiques étroitement définis³⁵⁷.

Certains domaines sont ainsi complètement soustraits à la libre disposition de l'individu. Tout engagement conclu à leur propos est nul³⁵⁸. Au rang des domaines visés par l'interdiction, on compte les engagements contractuels à respecter un style de vie déterminé ou à agir d'une manière définie. Il est ainsi défendu de s'obliger à se coucher à une heure déterminée ou à ne pas boire d'alcool. Il est également impossible de s'engager à adopter une religion déterminée, à ne pas se marier ou à pratiquer une activité dangereuse³⁵⁹.

Le législateur ne se contente pas de définir des zones absolument protégées dans la vie d'un individu; il fait également défense à la personne de contracter des engagements qui ne sont pas délimités dans une mesure suffisante³⁶⁰.

³⁵² GROSSEN, p. 12.

³⁵³ DESCHENAUX/STEINAUER, Nos 304-5.

³⁵⁴ THÉVENAZ, No 84.

³⁵⁵ THÉVENAZ, No 85.

³⁵⁶ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 122; THÉVENAZ, No 86.

³⁵⁷ BK-BUCHER, No 116 ad 27 CC.

³⁵⁸ BK-BUCHER, No 114 ad 27 CC.

³⁵⁹ BK-BUCHER, Nos 118-24^{bis} ad 27 CC.

³⁶⁰ BK-BUCHER, No 125 ad 27 CC; KSP-HUGUENIN JACOBS, No 16 ad 27 CC.

B. La sanction juridique de l'aliénation

L'engagement conclu dans un domaine soustrait à la liberté de l'individu est nul³⁶¹. L'acte n'est jamais entré en force. La liberté exigée par le législateur est absolue et prononcée d'office, sans comportement actif de la personne à protéger³⁶². Cette caractéristique est due au fait que les engagements en question sont exclus au nom de l'ordre public et d'intérêts de nature supérieure.

Pour EUGEN BUCHER, cependant, les obligations contractuelles ne sont pas inexistantes, car elles peuvent être valablement remplies. Elles ne lient pas l'individu et l'inexécution des prestations ne peut entraîner aucune sanction contractuelle à la charge de la personne protégée. Le contrat n'est pas inexistant non plus, dans la mesure où l'article 27 ne touche pas l'engagement de l'autre partie³⁶³.

III. La protection relative

L'article 27, al. 2, CC constitue ici aussi une clause générale, dont le contenu normatif doit être créé par le recours aux sources extérieures à la législation³⁶⁴. Au vu de la diversité des états de fait, la difficulté de les ranger tous sous des principes généraux est énorme. C'est pourquoi la clause générale est dans une large mesure indéterminée³⁶⁵.

A. La limitation excessive de la liberté

Le législateur cherche à «protéger avant tout la liberté de décision contre les atteintes excessives et contraires aux moeurs qui peuvent résulter d'un contrat»³⁶⁶. Il s'agit en particulier d'empêcher l'individu de souscrire un engagement qui hypothéquerait exagérément son avenir.

Tout acte juridique bilatéral conduit à une restriction de la liberté, dans la mesure où la personne promet à un tiers un certain comportement³⁶⁷. C'est pourquoi le Code civil n'interdit que l'engagement d'une portée contraire aux lois ou aux moeurs.

Le noyau de la réglementation constitue le renvoi aux moeurs. Cette indication est différente de celle contenue à l'article 20 CO, dans la mesure

³⁶¹ DESCHENAUX/STEINAUER, No 306; KSP-HUGUENIN JACOBS, No 18 ad 27 CC.

³⁶² BK-UCHER, No 127 ad 27 CC.

³⁶³ BK-UCHER, Nos 127-30 ad 27 CC; DESCHENAUX/STEINAUER, No 306.

³⁶⁴ BK-UCHER, No 267 ad 27 CC.

³⁶⁵ BK-UCHER, No 269 ad 27 CC.

³⁶⁶ DESCHENAUX/STEINAUER, No 307.

³⁶⁷ PEDRAZZINI/OBBERHOLZER, p. 123.

où cette dernière disposition fait référence à des points de vue objectifs, alors que l'article 27 CC est centré sur la personne à protéger et ne se préoccupe pas d'une évaluation morale du comportement auquel elle s'engage, ni du respect d'intérêts généraux³⁶⁸.

EUGEN BUCHER ajoute que la détermination du caractère immoral de l'engagement ne dépend pas du sentiment subjectif qu'en a la personne concernée, mais doit avoir lieu selon des critères objectifs³⁶⁹.

Il existe différents critères au regard desquels estimer le caractère excessif ou non de l'engagement. THÉVENAZ retient dans un premier temps trois critères principaux: l'intensité du lien, sa durée et son objet. Il mentionne ensuite un certain nombre d'éléments qu'il qualifie de secondaires, notamment la contre-prestation, le caractère déterminable de l'obligation, la situation personnelle du débiteur³⁷⁰.

Ces facteurs peuvent être répartis en deux catégories: certains éléments restreignent effectivement la liberté de l'individu; d'autres facteurs, de type compensatoire, viennent par contre faire contre-poids aux premiers en allégeant l'engagement.

B. Les critères déterminants

Nous limiterons notre examen aux principaux critères permettant d'apprécier le caractère excessif ou non d'un engagement. Précisons cependant que toute analyse d'une relation contractuelle ne peut se faire sans une appréciation globale des différents facteurs en cause³⁷¹. Les éléments de la durée et de l'atteinte à la sphère personnelle sont prépondérants, dans la mesure où ils doivent, selon EUGEN BUCHER, absolument être présents pour admettre le caractère excessif de l'engagement, alors que les autres critères constituent de simples indices supplémentaires³⁷².

³⁶⁸ BK-UCHER, No 271 ad 27 CC.

³⁶⁹ BK-UCHER, No 272 ad 27 CC.

³⁷⁰ THÉVENAZ, Nos 120-37.

³⁷¹ DESCHENAUX/STEINAUER, No 309; KSP-HUGUENIN JACOBS, No 10 ad 27 CC.

³⁷² BK-UCHER, Nos 290-3 ad 27 CC.

1. *La durée de l'engagement*

Toute obligation, même si elle n'est pas en soi de nature excessive, est susceptible de le devenir si elle s'étend sur une longue période³⁷³. L'élément de la durée de la relation contractuelle est donc central³⁷⁴.

La durée déterminante est celle dans laquelle la personne qui s'engage assume effectivement une obligation de comportement, fait ou s'abstient de faire quelque chose. En effet, la durée à prendre en compte est celle de l'atteinte et non celle du contrat³⁷⁵. C'est pourquoi il importe de ne pas comptabiliser l'intervalle de temps entre la conclusion du contrat et l'exécution de la prestation³⁷⁶.

La liberté est effectivement restreinte lorsque la volonté personnelle ne peut être concrétisée, que l'exécution de la propre liberté est diminuée par la détermination d'un tiers. Plus précisément, ce n'est que lorsque la prétention du cocontractant se heurte à la volonté contraire de la personne qui s'est engagée que la liberté est effectivement atteinte. Il en découle que la relation peut parfaitement se dérouler dans la durée sans que les parties ne ressentent l'engagement comme grevant leur liberté³⁷⁷.

Il n'existe pas de critère précis quant à la durée admissible d'un engagement. Par contre, le critère de la durée est lié à celui de l'intensité, en ce sens que plus la restriction à la liberté est intense, plus elle devra être brève³⁷⁸.

2. *L'intensité de l'engagement*

Le critère de l'intensité de l'engagement est essentiel. Il tend à estimer «l'ampleur du dommage causé à la liberté de celui qui s'oblige³⁷⁹», l'influence que l'engagement exerce sur sa liberté d'action³⁸⁰.

A cet égard, une obligation de faire est appréciée plus sévèrement qu'un devoir d'abstention. De ce constat, THEVENAZ déduit un critère général permettant d'évaluer l'intensité d'une restriction à la liberté: il s'agit du choix restant. Ainsi, l'individu qui doit adopter un comportement

³⁷³ THEVENAZ, No 124.

³⁷⁴ A. BUCHER, Nos 430-2; DESCHENAUX/STEINAUER, No 309; KSP-HUGUENIN JACOBS, Nos 10 et 15 ad 27 CC; TUOR/SCHNYDER, p. 90.

³⁷⁵ THEVENAZ, No 124.

³⁷⁶ THEVENAZ, No 126.

³⁷⁷ BK-BUCHER, Nos 275-7^{bis} ad 27 CC.

³⁷⁸ THEVENAZ, No 129.

³⁷⁹ THEVENAZ, No 121.

³⁸⁰ A. BUCHER, Nos 430-7; DESCHENAUX/STEINAUER, No 309; KSP-HUGUENIN JACOBS, Nos 10 et 14 ad 27 CC.

déterminé ne pourra avoir d'autres activités tant que dure l'obligation. Par contre, le devoir d'abstention permet l'exercice d'une autre activité durant le temps nécessaire pour honorer l'obligation. En d'autres termes, le critère du choix restant appelle à «tenir compte des possibilités demeurant à la disposition de celui qui s'est obligé³⁸¹». Plus l'éventail de possibilités offertes à la personne est large, moins l'atteinte est grave. A l'inverse, si l'engagement contracté oblige son débiteur à n'agir que dans le sens préétabli, l'intensité est élevée et l'atteinte doit être jugée sévèrement. On peut ajouter que les capacités personnelles de l'individu sont à prendre en compte dans l'appréciation de la mesure de l'engagement³⁸².

3. La contre-prestation

Parmi les critères de nature compensatoire, il faut prendre en compte le fait que le débiteur de la prestation en cause reçoive ou non une contre-partie³⁸³. Ainsi, la personne qui s'engage percevra différemment sa prestation selon qu'elle est dédommée ou non pour son exécution. Le caractère compensatoire peut également résider dans le fait que, de son côté, le cocontractant assume également une restriction à la liberté dans l'intérêt de l'autre partie³⁸⁴.

C. La sanction juridique de l'engagement excessif

EUGEN BUCHER relève qu'on ne peut garantir la liberté des parties en interdisant, par la nullité des actes, la conclusion de certains contrats. Au contraire, le but ne peut être atteint qu'en aménageant des moyens de défense au bénéfice de l'individu à protéger³⁸⁵.

C'est ainsi qu'en principe, la conformité de l'engagement excessif à l'ordre juridique peut être rétablie en ramenant la prestation à une mesure convenable. De ce fait, la nullité partielle prévue à l'article 20, al. 2, CO suffit à sanctionner l'illicéité. Le contrat peut alors être maintenu³⁸⁶.

En matière de conventions conclues pour une durée illimitée ou excessive, cependant, le Tribunal fédéral a reconnu à l'individu un droit spécial de résiliation, qui lui permet de se libérer des prétentions que ferait valoir contre lui l'autre partie³⁸⁷.

381 THÉVENAZ, No 123.

382 BK-UCHER, No 278 ad 27 CC.

383 KSP-HUGUENIN JACOBS, No 10 ad 27 CC.

384 BK-UCHER, No 284 ad 27 CC.

385 BK-UCHER, No 113 ad 27 CC.

386 A. BUCHER, Nos 448-9; DESCHENAUX/STEINAUER, No 310.

387 ATF 114 II 163; JT 1989 12; THÉVENAZ, No 187.

Selon EUGEN BUCHER, la protection offerte n'entre en action que si la partie à protéger l'invoque³⁸⁸. Si le débiteur de la prestation excessive s'en accommode, le commentateur bernois juge qu'il n'y a pas lieu de constater d'office le caractère illicite ou contraire aux moeurs de l'engagement.

IV. L'exclusion des actes de disposition

La protection de l'article 27 CC est directement centrée sur la personne. A *contrario*, les contrats qui ne prévoient pas d'obligations de comportement de nature personnelle et qui ne peuvent ainsi constituer une restriction de la liberté n'y sont pas soumis, selon EUGEN BUCHER. C'est le cas avant tout des actes de disposition, ainsi que des contrats générateurs d'obligations qui consistent en la fourniture d'une chose ou une prestation en argent³⁸⁹.

Ainsi, les actes de disposition, tels que la renonciation à un droit de propriété ou un droit de créance, de même que le transfert de tels droits, s'ils diminuent effectivement le patrimoine du disposant, ne fondent aucune obligation de comportement³⁹⁰.

THÉVENAZ rejoint le commentateur bernois sur ce point, considérant que les actes de disposition n'ont d'effet que sur le patrimoine de l'individu et non sur la personne elle-même³⁹¹. L'acte de disposition affecte l'existence ou le contenu d'un droit appartenant à son auteur. Il provoque une diminution du patrimoine du disposant, en réduisant son actif. Cependant, l'acte de disposition est souvent l'exécution d'une obligation créée par un acte générateur d'obligation³⁹². C'est pourquoi THÉVENAZ relève que les actes de disposition seront indirectement soumis au crible de l'article 27, al. 2, CC lorsqu'ils sont l'exécution d'une obligation, puisque l'acte générateur d'obligation qui les fonde est lui-même soumis à cette disposition³⁹³.

En conclusion, il importe de retenir que si l'acte générateur d'obligation fondant un acte de disposition est soumis aux restrictions déduites de l'article 27 CC, les limitations qu'entraîne la norme juridique ne trouveront application que tant que le contrat ne s'épuise pas en une prestation ponctuelle.

³⁸⁸ BK-BUCHER, No 127 ad 27 CC.

³⁸⁹ BK-BUCHER, No 133 ad 27 CC.

³⁹⁰ BK-BUCHER, No 135 ad 27 CC.

³⁹¹ THÉVENAZ, No 101.

³⁹² GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 152.

³⁹³ THÉVENAZ, No 101.

V. 27, al. 2, CC et 20 CO

Si l'article 27, alinéa 2, vise, comme le soutiennent certains auteurs, la liberté contractuelle, on peut se poser la question de son utilité réelle. Dans le domaine contractuel, en effet, l'article 20 CO a déjà pour mission de faire respecter la loi et les mœurs.

Il se trouve que la portée des deux articles est différente. La disposition du Code civil tend à empêcher un *engagement* juridique lorsqu'il est en lui-même contraire aux mœurs, afin de garantir à l'individu une sphère de liberté dénuée de toute contrainte extérieure. Le Code des obligations, au contraire, lutte contre les conventions dont le contenu lui-même est illicite ou immoral³⁹⁴.

Dans le cadre de l'article 20 CO, l'interdiction repose sur des considérations de morale et de bonnes mœurs objectives. Pour la disposition du Code civil, par contre, les critères déterminants sont des éléments subjectifs tenant à la personne à protéger. En outre, le Code des obligations vise la protection d'intérêts généraux, alors que l'article 27 CC a pour fonction de garantir les intérêts personnels de l'individu concerné.

L'article 20 CO cherche à prévenir l'exécution du contrat, en interdisant le comportement auquel les parties se sont engagées³⁹⁵. BUCHER recourt à un exemple parlant pour délimiter clairement ces deux dispositions. Les vœux religieux ne violent pas l'article 20 CO, car il n'est en soi ni immoral, ni illicite d'entrer dans les ordres. Par contre, ils sont contraires à l'article 27 CC, dans la mesure où ils impliquent un engagement d'une durée importante et d'une portée considérable³⁹⁶.

Précisons que, conçu de manière plus générale, le critère est d'une utilité évidente. Il signifie que sont à ranger sous l'interdiction du Code des obligations les actes qui ne perdent rien de leur caractère illicite s'ils sont entrepris sans base contractuelle et exécutés volontairement. Les actes juridiques protégés par l'article 27, par contre, perdent tout caractère douteux aux yeux du droit si l'engagement contractuel est supprimé³⁹⁷.

Il peut arriver que les deux articles s'appliquent au même état de faits³⁹⁸.

BUCHER distingue encore les deux dispositions sous l'angle des sanctions qu'elles entraînent. Ainsi, la nullité de l'article 20 CO est absolue, elle remonte à la conclusion du contrat et les deux parties peuvent s'en

³⁹⁴ BK-BUCHER, No 162 ad 27 CC.

³⁹⁵ BK-BUCHER, No 92 ad 27 CC.

³⁹⁶ E. BUCHER, p. 97.

³⁹⁷ BK-BUCHER, No 163 ad 27 CC.

³⁹⁸ BUCHER cite l'exemple de l'engagement à avoir des relations sexuelles contre rémunération (BK-BUCHER, No 165 ad 27 CC).

prévaloir. En outre, une prestation fournie en exécution du contrat pourra être réclamée.

Dans le cadre de l'article 27 CC, le commentateur considère au contraire qu'il s'impose de ne pas prendre en compte l'inefficacité sans que la personne à protéger ne l'exige. L'auteur estime en effet qu'aussi longtemps que les effets de l'engagement conviennent à la personne qui restreint sa liberté, il ne se justifie pas de remettre en question la validité du contrat³⁹⁹.

VI. Les restrictions à la liberté de décision en ce qui concerne les biens de la personnalité

L'engagement relatif aux biens de la personnalité n'est qu'un cas d'application de l'article 27, alinéa 2, CC. Il n'est pas l'unique objet de la disposition⁴⁰⁰, mais il est particulièrement important étant donné le caractère des biens impliqués. Ces éléments concernent la personne «dans ce qu'elle a de plus inaliénable⁴⁰¹».

DESCHENAUX/STEINAUER jugent que «[l]a nature des biens de la personnalité a pour effet de resserrer les limites de l'art. 27 al. 2 en ce qui les concerne⁴⁰²». Ainsi, il est fait défense à l'individu de se lier pour l'avenir en ce qui touche au noyau dur de sa personnalité; en outre, il ne peut renoncer à la possibilité de revenir sur une décision prise antérieurement⁴⁰³. La parcelle du monde extérieur couverte par les droits de la personnalité d'un individu représente une zone dans laquelle il doit absolument conserver une liberté de décision entière⁴⁰⁴. C'est pourquoi l'engagement conclu dans le champ d'application de ce régime spécifique ne produit pas d'effet juridique⁴⁰⁵.

EGGER n'exclut pas tous les biens personnels de l'engagement juridique. Il distingue entre les biens qui ne supportent aucune restriction et les «*äussern persönlichen Güter*», dont le titulaire peut disposer dans une mesure raisonnable. Appartiennent notamment à la première catégorie les biens de la personnalité physique, alors que la seconde comprend les droits de la personnalité dite sociale, à savoir le droit au nom ou à l'image⁴⁰⁶.

³⁹⁹ BK-UCHER, Nos 167-8 ad 27 CC.

⁴⁰⁰ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 124; DESCHENAUX/STEINAUER, Nos 318-20.

⁴⁰¹ THÉVENAZ, No 131.

⁴⁰² DESCHENAUX/STEINAUER, No 318.

⁴⁰³ A. BUCHER, No 439.

⁴⁰⁴ GROSSEN, p. 13; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 124.

⁴⁰⁵ KSP-HUGUENIN JACOBS, No 12 ad 27 CC.

⁴⁰⁶ ZK-EGGER, Nos 28-34 ad 28 CC.

Puisque les parties séparées sont appelées à être couvertes d'une manière ou d'une autre par un bien de la personnalité, il importe de décrire ce régime particulier que la disposition en question leur réserve.

A. La validité de l'engagement juridique

La signification essentielle des biens de la personnalité pour l'individu commande de veiller tout spécialement à ce que la personne n'en dispose pas librement. La simple implication d'un bien de la personnalité ne suffit pourtant pas à rendre un acte juridique nul⁴⁰⁷. Au contraire, il est en principe valable⁴⁰⁸. Les règles générales dégagées ci-dessus quant au caractère excessif de l'engagement s'appliquent normalement.

Sur un point cependant, le régime est particulier. L'exécution d'obligations qui, par leur contenu, touchent de près la personne, doit impérativement reposer sur une décision libre⁴⁰⁹. Par conséquent, dans l'hypothèse où l'individu s'est engagé, par exemple, à communiquer des informations couvertes par sa sphère intime ou privée, il doit impérativement rester libre en permanence de maintenir ou de révoquer son consentement à la divulgation. La liberté de décision est garantie en tout temps.

Cette exigence n'est qu'une conséquence de la réglementation de l'article 27, al. 2. CC. Cette disposition offre à l'individu une "porte de sortie", lorsque l'engagement qu'il a contracté vient contrecarrer ses aspirations fondamentales.

B. L'acte de disposition

DESCHENAUX/STEINAUER citent également, au titre des règles spéciales, l'interdiction de disposer d'un bien de la personnalité⁴¹⁰. La disposition, si elle a lieu, ne sera que de fait et non de droit⁴¹¹. Elle visera la manifestation concrète du droit de la personnalité, son support matériel. En réalité, cette restriction spéciale n'en est pas une. Elle découle simplement de la nature juridique du droit de la personnalité, lequel est incessible⁴¹².

⁴⁰⁷ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 124.

⁴⁰⁸ DESCHENAUX/STEINAUER, No 319.

⁴⁰⁹ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 124.

⁴¹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, No 319a.

⁴¹¹ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 125.

⁴¹² Voir pp. 205-7 ci-dessus.

C. Le consentement à l'atteinte

Enfin, les mêmes auteurs signalent certaines limites au consentement à l'atteinte⁴¹³. Ainsi, le consentement est privé d'effet si l'acte est contraire aux moeurs. Dans la mesure où l'immoralité est elle-même un cas de nullité de l'acte, ou à tout le moins d'inefficacité juridique, il ne s'agit pas là d'une règle spéciale, mais de l'application du régime général. Ensuite, le consentement doit être le fruit d'un acte d'auto-détermination, en ce sens qu'il présuppose la capacité de discernement et l'absence de tout vice de la volonté. Enfin, le consentement doit être révocable en tout temps.

Par la suite, nous ne retiendrons de cette énumération que le caractère révocable de l'engagement et le problème lié à l'acte de disposition. La question du consentement est un principe général du droit de la personnalité, qui concerne les atteintes portées par des tiers au titulaire du droit et non les engagements que l'individu a souscrits. Nous ferons donc l'économie de l'examen de cet élément dans le cadre des restrictions à la liberté en matière de biens de la personnalité.

VII. Les parties séparées et la protection interne de la personnalité

Nous avons établi que toute partie séparée était susceptible d'être porteuse d'un intérêt personnel. C'est pourquoi la conclusion de tout acte juridique relatif à un élément corporel doit respecter les principes fondamentaux de la protection de la personnalité.

La disposition en cause a pour but d'éviter que l'individu, par un acte juridique auquel il a consenti, ne porte atteinte à un aspect de sa personnalité que l'ordre juridique tient pour essentiel. Dans la mesure où la violation est constituée par le simple engagement, il suffit d'annuler l'acte pour empêcher l'abus ou d'offrir à l'individu un droit spécial de résiliation, lui permettant de ne pas se plier aux prétentions contractuelles que l'autre partie pourrait faire valoir.

Il n'est pas concevable d'anticiper tous les actes juridiques qu'un individu peut imaginer conclure, qui impliquent un élément détaché du corps humain, pour stigmatiser la violation qu'ils provoquent. La variété des actes juridiques en cause et la palette étendue des clauses qu'ils sont susceptibles de contenir empêchent un examen abstrait général de la validité des engagements impliquant un élément corporel. C'est pourquoi nous réservons cet examen à la dernière partie de ce travail afin

⁴¹³ DESCHENAUX/STEINAUER, No 320; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, pp. 125-6.

d'envisager des cas d'étude dans un cadre pratique déterminé et restreint⁴¹⁴.

A ce stade, on peut définir concrètement, mais de manière générale uniquement, le comportement prohibé. Ainsi, il est fait défense à l'individu de s'engager juridiquement, par quelque acte que ce soit, de manière telle qu'il porte atteinte aux droits de la personnalité éventuellement incarnés dans l'élément corporel.

Toutes les parties séparées sont susceptibles d'être incorporées dans la sphère personnelle, parce qu'elles supportent à un moment ou un autre un élément de nature personnelle. A ce titre, elles font l'objet d'une attention accrue de la part du législateur, qui fait défense à l'individu de s'engager à son gré à l'égard de ces éléments. Il ne peut agir que dans le respect des limites de l'article 27, alinéa 2, CC.

Cela ne signifie pas encore que tout engagement juridique est illicite. Le fait que les parties séparées soient susceptibles d'incarner un intérêt personnel n'empêche pas la conclusion d'un acte juridique dont elles seraient l'objet.

Le cas particulier des gamètes mérite une explication supplémentaire. L'aspect de la reproduction que le droit de propriété ne peut techniquement appréhender est englobé dans la sphère personnelle de l'individu. La protection offerte par le droit de la personnalité consiste dans la reconnaissance du libre choix de l'homme ou de la femme de mettre en oeuvre ou non le processus de la reproduction et dans la défense de cette liberté. L'élément du libre choix, de la liberté de décision précisément, est donc ici primordial. Nous avons établi que cet attribut essentiel était protégé par un droit indépendant, la liberté de procréer.

On pourrait ainsi songer à protéger directement la destinée des gamètes par la liberté d'action de l'article 27, alinéa 2, CC. Cependant, la manifestation concrète du choix de l'individu est un acte matériel: il s'agit de la reproduction. Nous n'avons donc pas affaire à un acte juridique, auquel se limite la protection de la disposition en question. Il en va de même dans le cadre de la procréation médicalement assistée. Pratiquement, un engagement sera souscrit à un moment ou un autre de la démarche, la procréation médicalement assistée nécessitant l'aide de médecins ou d'établissements hospitaliers, avec lesquels les futurs parents entreront en relations contractuelles. Pourtant, l'objet même des contrats passés le cas échéant ne sera pas réellement relatif à la destinée des gamètes, mais concernera le service rendu par la partie qui s'engage à fournir l'assistance

⁴¹⁴ Voir pp. 305-7 (sang), 377-83 (sperme) et 444-8 (ADN) ci-dessous.

médicale nécessaire. Il nous faut donc exclure l'hypothèse de soumettre la liberté de procréer comme telle à l'article 27, alinéa 2, CC.

§ 6 Le droit de la personnalité et la liberté personnelle

La liberté personnelle est un droit fondamental. A ce titre, elle garantit à chaque individu «une sphère d'action propre soustraite aux atteintes des autorités publiques⁴¹⁵».

A l'instar du droit de la personnalité, la liberté personnelle s'efforce de protéger l'individu dans ce qu'il a «de plus élémentaire, de plus précieux et aussi de plus fragile⁴¹⁶». Elle recouvre ainsi «toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine⁴¹⁷». La liberté fondamentale ne comprend cependant pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme⁴¹⁸. Elle ne peut ainsi être invoquée à l'encontre de tout acte étatique ayant une incidence sur le cours que l'individu donne personnellement à sa vie⁴¹⁹.

Elle appartient à toutes les personnes physiques, dès leur naissance et même après leur mort⁴²⁰. «Condition d'exercice de toutes les autres libertés», la liberté personnelle se doit d'être inaliénable et imprescriptible⁴²¹.

Ce droit fondamental est aujourd'hui expressément consacré par la Constitution fédérale du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 (art. 10, al. 2, Cst.). Le texte constitutionnel protège la liberté personnelle de manière générale et inclut notamment dans son champ d'application l'intégrité physique et psychique, ainsi que la liberté de mouvement.

Il n'y a pas concordance absolue entre les droits constitutionnels et les droits de la personnalité. Ils se distinguent avant tout par leur objet, puisque les droits fondamentaux protègent la personne dans ses rapports avec l'Etat, contrairement au droit privé qui aménage les relations de

⁴¹⁵ TERCIER, No 186.

⁴¹⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, No 267.

⁴¹⁷ ATF 123 I 112, cons. 4a; ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586, cons. 5a; ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194, 197; ATF 111 Ia 231, cons. 3a.

⁴¹⁸ ATF 123 I 112, cons. 4a.

⁴¹⁹ ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586, cons. 5a; ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194, 197.

⁴²⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, No 280.

⁴²¹ ATF 123 I 112, cons. 4a; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, No 273.

l'individu avec ses semblables⁴²². Il existe pourtant entre eux «une étroite parenté⁴²³» : les droits fondamentaux définissent le contenu minimum de la liberté dont doit jouir tout individu. Dans la mesure où l'article 28 CC est à l'origine de la proclamation de la liberté personnelle sur le plan constitutionnel, il est évident que les deux concepts sont liés.

Ainsi, la liberté personnelle, en particulier, «oblige le détenteur de la puissance publique à un comportement envers le citoyen, qui soit compatible avec le respect de sa personnalité⁴²⁴». Un parallèle est possible entre la protection de la personnalité en droit privé et en droit public, car ils s'articulent tous deux autour de cette même entité abstraite qu'est la personne⁴²⁵, autour de ce même bien protégé qu'est «la dignité de l'homme et sa valeur propre⁴²⁶».

Ce parallélisme a des effets concrets. La protection de la personnalité telle qu'elle est conçue par le Code civil comprend une clause générale, laquelle doit être concrétisée par la pratique. Le juge habilité à définir le contenu de la norme-cadre qu'est l'article 28 CC doit notamment respecter les choix du constituant. Concrètement, cette exigence signifie que le juge interprétera le contenu de la protection de la personnalité en droit privé en s'inspirant des principes tirés du droit constitutionnel⁴²⁷.

Notre but n'est pas de nous étendre sur les différents aspects de la liberté personnelle. Nous tenions simplement à souligner les liens que ce droit fondamental entretenait avec les droits de la personnalité du Code civil.

§ 7 Conclusion

Au début des années septante, dans un centre hospitalier universitaire du Texas, le globe oculaire d'un patient, prélevé au cours d'une opération chirurgicale et sur le point d'être examiné parce que porteur d'une tumeur, fut par mégarde lâché dans un évier et perdu dans le siphon d'un lavabo de l'hôpital⁴²⁸.

Dans un tel cas, plutôt exceptionnel il est vrai, et sur la base des développements qui précèdent, le droit de propriété ne protège que la

⁴²² PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 131.

⁴²³ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 191.

⁴²⁴ ATF 123 I 112, cons. 4a; ATF 111 Ia 231, 233.

⁴²⁵ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 131.

⁴²⁶ ATF 123 I 112, cons. 4a; ATF 111 Ia 231, 233.

⁴²⁷ GROSSEN, p. 78; LEGLER, p. 32; WERRO, *La protection de la personnalité*, p. 19.

⁴²⁸ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 30.

disparition du globe. Il ne couvre par contre pas l'aspect, évident, de l'atteinte psychologique subie par le patient à l'idée que son globe oculaire se promène dans les conduites de la clinique.

La protection conférée au patient exposerait ainsi le flanc à la critique si elle ne visait que l'aspect physique de la perte, et pas l'aspect psychique de l'événement. La Cour texane qui a jugé l'affaire a d'ailleurs été sensible à cet aspect des choses: elle a reconnu qu'un individu pouvait être traumatisé «to the point of physical injury» par la manière dont ses éléments corporels étaient traités⁴²⁹.

Cet exemple met en évidence le caractère indispensable de la protection personnelle dans certaines hypothèses.

L'individu est choqué, il est vrai. Mais il n'est pas nécessaire de voir une partie de son corps disparaître dans un siphon pour subir une atteinte à l'intégrité psychique. La présence d'un élément corporel rendra certes plus facile la preuve de la souffrance morale subie par le patient. Pourtant, cette souffrance est indépendante de la nature de l'objet en cause et ne découlera pas automatiquement de celle-ci. Autrement dit, il ne suffira pas d'invoquer l'origine corporelle de l'élément à la source du préjudice moral. Il faudra encore établir l'atteinte qu'il a provoquée.

L'erreur consiste à notre avis à étendre la sphère personnelle à des choses qui sont extérieures à l'individu. La personne, somme de ses «facultés physiques et mentales» peut être heurtée par les événements qui l'entourent, sans qu'il ne soit nécessaire de rattacher l'entier de son environnement à sa sphère personnelle et d'en faire l'objet d'un droit. Certaines choses sont plus que d'autres dépendantes de la personnalité, et celle-ci s'appuie sur ces éléments pour exister⁴³⁰. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles doivent être confondues et considérées comme un tout par le droit.

Les actions de la personnalité supposent l'existence d'une atteinte. Le demandeur doit établir qu'il a été troublé dans sa personnalité du fait du comportement d'un tiers⁴³¹. C'est à ce stade qu'interviendra la reconnaissance du caractère personnel que commande l'origine humaine des organes ou tissus en cause. Ceux-ci ne feront pas l'objet d'un droit de la personnalité en tant que tel, mais leur présence facilitera la preuve de la souffrance. Pour reprendre l'exemple texan, le juge admettra facilement l'existence d'une atteinte à l'intégrité psychique dans l'hypothèse où, au cours d'une opération, le chirurgien marche par mégarde sur le globe oculaire qu'il vient de prélever, alors qu'il exigera la preuve détaillée du

⁴²⁹ ANDREWS, *HCR* 1986, p. 30.

⁴³⁰ MOINE, p. 202.

⁴³¹ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 542.

trouble subi, si ce même médecin piétine la boucle d'oreille de sa patiente, qui a pour elle une valeur sentimentale non négligeable.

Il ressort de l'examen du caractère personnel des parties séparées qu'elles ont, certes, une valeur personnelle mais qu'elles sont également susceptibles d'avoir une valeur patrimoniale. En ceci, elles ne diffèrent absolument pas des biens meubles ordinaires. Or, la protection de ces derniers est assurée également quant aux éventuels intérêts personnels dont ils peuvent être porteurs. Personne n'a pour autant songé à les retirer du monde des choses pour en faire strictement des éléments de la personnalité. De même, nul n'a songé à discuter de leur nature particulière. Ce sont des choses. Elles peuvent interagir avec un aspect de la personnalité de leur titulaire. Celui-ci sera protégé en cas d'atteinte. Et ceci aura lieu, non parce que ces choses ont changé de nature, mais simplement parce que leur utilisation, leur traitement, leur disparition a troublé l'individu dans une facette de sa personnalité.

L'étude du droit de la personnalité nous démontre que la patrimonialisation annoncée correspond à une réalité. Or la patrimonialisation s'accompagne automatiquement d'une dépersonnalisation, phénomène qui agite les auteurs, «inquiets de sentir se dérober la personne devant eux⁴³²». Cette évolution entraîne la redéfinition de la protection du droit. A l'origine, le simple concept de personnalité suffisait, la nature du droit constituant sa meilleure défense. Cette qualité s'est altérée, il est donc nécessaire de renforcer, ou du moins de recibler, la protection. Il n'est pas exclu que ce recentrage se fasse en distinguant clairement aspects personnels et aspects patrimoniaux.

Parmi les pays qui ne parviennent pas à empêcher la vente de substances corporelles par des donneurs vivants, certains, en particulier l'Inde ou la Turquie, connaissent des difficultés alarmantes. Il se passe exactement ce que les adversaires à la rétribution du prélèvement prédisent: les organes cédés le sont par des individus des couches défavorisées de la population qui n'ont en commun qu'un besoin pressant d'argent⁴³³.

Cet état des choses, cependant, est-il réellement dû au système de rémunération ou à la manière dont il est appliqué? Il y a, il est vrai, un conflit à résoudre entre la dignité de la personne humaine et les nécessités sociales et économiques, qui commandent le développement du progrès scientifique ou médical⁴³⁴. Enoncer l'existence de ce conflit ne signifie pas

⁴³² GALLOUX, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 214.

⁴³³ THIAGARAJAN/REDDY, *Transplantation Proceedings* 1990, Vol. 22 (3), p. 912.

⁴³⁴ PIOTET, *Cahiers médico-sociaux* 1995, p. 73.

pour autant qu'il est insoluble ou qu'il ne sera résolu que par la disparition complète de l'un de ses termes au profit de l'autre.

Il doit y avoir un moyen de concilier progrès scientifique et respect de la personne et de son corps. Pour ce faire, cependant, il est indispensable de se défaire de tout préjugé, d'entrer dans le débat dépouillé de toute idée préconçue quant à ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas et d'accepter, avec un certain recul il est vrai, l'entrée irréversible du corps sur la scène juridique.

Nous aurions tendance à dire, avec MACKAAY: «Ne faut-il pas laisser aux intéressés le soin d'arranger leurs propres affaires selon ce qui leur convient?⁴³⁵» Nous assistons, dans le cadre de la discussion sur le corps, à une mise sous tutelle de l'être humain. Alors qu'il est libre d'aliéner l'usage des droits qui concernent sa personnalité, on cherche à lui retirer la maîtrise des parties de son corps. Un représentant du ministère public hollandais a parfaitement résumé le problème: «le sujet de droit est l'homme vivant, c'est-à-dire celui qui pense, qui veut, et dont la pensée ou le vouloir peut s'exercer aussi bien sur sa propre matière que sur la matière qui est à l'extérieur. J'estime qu'il est injuste d'exclure, dans la relation sujet de droit-objet de droit, la matière qui est la plus proche du sujet de droit, celle qui lui est le plus directement soumise, celle qui est le plus à son service.⁴³⁶»

On s'obstine ainsi à vouloir protéger l'être humain contre lui-même. Est-ce bien nécessaire, est-ce vraiment utile? A titre d'exemple, pourquoi interdire le don d'ovules, alors qu'il serait effectué par une femme, consentante et consciente de ses actes, capable de produire un gamète qui n'est au moment du don pas chargé d'un projet d'enfant, au profit d'une autre femme, tout aussi responsable de ses actes, qui elle a précisément besoin de cet oeuf afin de concrétiser son propre désir d'enfant? Cette démarche relève du paternalisme pur dont parlait MACKAAY: l'autorité législative s'estime mieux placée que la femme elle-même pour décider de l'opportunité du don.

A l'évidence, le législateur n'a pas fait la part du rationnel et de l'irrationnel. En choisissant de ne pas autoriser le don, il trahit un sentiment de malaise né du sentiment diffus de la "supériorité" de l'ovule, sur les cellules en général et sur le spermatozoïde en particulier. Il le justifie par des raisons techniques, à savoir notamment «l'éclatement entre la mère génétique et la mère biologique.⁴³⁷» Pourtant, si l'on admet qu'un homme peut valablement renoncer à tout droit sur son sperme en le

⁴³⁵ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 228.

⁴³⁶ M. van ASCH van WUCK, cité par DUON, p. 675, note 31.

⁴³⁷ FF 1996 III 197, 248.

destinant à la fécondation d'une femme qui lui est étrangère, pour un projet d'enfant qui n'est pas le sien, pourquoi douter de la validité d'une telle renonciation chez une femme et refuser par conséquent de lui offrir le même choix?

Citons MACKAAY, pour conclure. L'auteur rappelle l'importance de la liberté contractuelle, permettant en particulier d'effectuer le transfert partiel ou total d'un droit privé: «Il existe ainsi des moyens d'"expérimenter", de "préfigurer" un droit privé avant sa consécration juridique. On a en main les éléments pour étudier l'émergence de nouveaux droits.⁴³⁸»

⁴³⁸ MACKAAY, *Nouvelles technologies et propriété*, p. 246.

3ème Partie Application pratique de la thèse adoptée

Toutes les parties séparées du corps humain sont des choses. A ce titre, elles sont susceptibles de répondre aux règles de la propriété. Ce régime est non seulement juridiquement admissible mais également adéquat. Nous avons vu qu'il rendait parfaitement compte de la réalité des échanges tels qu'ils sont pratiqués à l'heure actuelle sur les parties séparées.

Ce constat, fruit de l'analyse conduite dans les chapitres précédents, n'est cependant pas unilatéral. Les parties séparées sont toutes, à des degrés différents, susceptibles d'être englobées dans la sphère de protection personnelle de leur titulaire. Cette protection personnelle est indispensable, puisqu'il est certains aspects des éléments corporels que la propriété ne parvient pas à traduire en un régime juridique approprié.

La multiplicité des droits peut être synonyme d'une multiplicité de titulaires. Dans le cadre de notre étude, nous sommes en présence de deux prétentions différentes, qui pourraient être en mains de titulaires distincts. Cette configuration est une source potentielle de conflits, lesquels devront être résolus cas par cas.

Les lignes qui vont suivre nous permettront d'analyser l'interaction concrète des différentes prérogatives qui tendent à régir le statut des parties séparées, et ceci dans le cadre de trois grands domaines d'activités impliquant des parties séparées du corps humain: la transfusion sanguine, la banque de sperme et la génétique médicale.

Chapitre VI La transfusion sanguine

Il importe dans un premier temps de décrire les éléments de fait qui constituent l'ensemble de l'activité de transfusion sanguine en Suisse. On ne peut cependant faire abstraction des éléments de droit, qui délimitent le cadre dans lequel se dérouleront les échanges. Cette analyse constituera la seconde partie de ce chapitre.

Tout système de transfusion sanguine présuppose l'existence d'un donneur, premier maillon de la chaîne du sang, d'un centre de transfusion, assumant la tâche de collecte et de traitement du tissu, puis de tiers, hôpital ou receveur, à qui le produit est redistribué. Notre démarche juridique consistera en l'étude des relations qui unissent ces différentes parties au processus.

§ 1 La transfusion sanguine en Suisse

Cet exposé est le fruit des longs entretiens que m'ont accordés M. le Prof. Pierre SPRUMONT, membre du Comité directeur de la Croix-Rouge suisse, et M. le Prof. Philippe SCHNEIDER, directeur du Centre de transfusion de Lausanne.

L Le mandat de la Croix-Rouge

Au sortir de la seconde guerre mondiale, un Arrêté fédéral a confié à la Croix-Rouge suisse le mandat de gérer le service de transfusion de sang pour les besoins militaires et civils¹. En particulier, en temps de guerre, l'organisation caritative a l'obligation d'aider le Service de santé de l'armée².

Le système de collecte du sang en Suisse est ainsi assuré en premier lieu et principalement par la Croix-Rouge suisse. Plus précisément, «[l]e Service de transfusion sanguine assure l'approvisionnement permanent et

¹ Arrêté fédéral concernant la Croix-Rouge suisse, du 13 juin 1951 (RS 513.51).

² FF 1995 IV 945, 950.

autarcique des services de santé de notre pays en sang humain et en produits sanguins dans tous les cas stratégiques³».

Il existe des laboratoires indépendants, notamment dans le canton de Fribourg, mais ils ne couvrent que 1% de l'activité de prélèvement en Suisse⁴. L'exposé qui suit ne tiendra compte que du Service de transfusion sanguine tel qu'il est géré par l'organisation caritative. Il aura pour fondement les Prescriptions du Service de Transfusion Sanguine (STS) de la Croix-Rouge Suisse (CRS), lignes directrices édictées par les organes dirigeants de l'organisation. Les prescriptions auxquelles nous ferons référence ont toutes été élaborées entre 1997 et 1998. Elles remplacent les directives du STS CRS, en vigueur entre 1990 et 1996⁵.

Les nouvelles instructions ont été adoptées à la suite des infections par le virus de l'immuno-déficience humaine (VIH) survenues au cours des années huitante. Le sang et les produits sanguins se sont révélés à l'origine de nombreuses contaminations. De plus, le monde médical a pris conscience du risque que de tels événements se reproduisent. Tout ceci a conduit à remettre en question les procédures existantes, dans le sens d'une plus grande transparence et d'une meilleure efficacité⁶.

II. Le recrutement des donneurs

«Le recrutement des donneurs au sein du Service de transfusion sanguine CRS repose sur trois clefs de voûte: le volontariat, le bénévolat et l'anonymat.⁷» Ces principes dictent l'ensemble de la conduite du Centre de transfusion relative au service des donneurs, du recrutement au prélèvement.

Afin de susciter la démarche volontaire initiale, il est indispensable d'informer et de motiver la population. Le recrutement non ciblé, à savoir adressé à l'ensemble de la population, a lieu à l'échelon national par «[t]ous les moyens publicitaires usuels»: spots radio ou TV, publicité au cinéma, présence lors de manifestations, articles d'information, ... En particulier, des annonces paraissent de manière permanente dans les journaux. Le quotidien vaudois 24 Heures en publie chaque jour un certain nombre, dont le message principal est le suivant: «Donnez de votre sang. Sauvez des vies». Quant au recrutement ciblé, qui vise directement des individus ou

³ Prescriptions STS CRS, Chapitre 3, p. 1.

⁴ FF 1995 IV 945, 950.

⁵ Prescriptions STS CRS, Chapitre 2, p. 1.

⁶ Prescriptions STS CRS, Chapitre 2, p. 1.

⁷ Prescriptions STS CRS, Chapitre 5, p. 1.

des groupes de personnes, il peut consister à encourager les donneurs réguliers à amener une connaissance, ou se faire par l'envoi régulier des cartes de convocation aux donneurs, par la diffusion d'exposés ou de vidéos dans les écoles, les entreprises ou au service militaire.

Sur la base de cette publicité, les personnes intéressées se rendront au Centre de transfusion géré par la Croix-Rouge le plus proche ou se présenteront au lieu de collecte d'une des équipes mobiles mises sur pied par l'organisation. Les lieux de collectes itinérantes sont en général annoncés à la Radio Suisse Romande le matin même.

III. La sélection des donneurs

Au regard de la sécurité des produits sanguins, la sélection des donneurs doit faire l'objet d'une démarche rigoureuse. Cette sélection a lieu en plusieurs étapes.

A leur arrivée au Centre ou au lieu de collecte choisi, les candidats au don reçoivent une information spécifique concernant en particulier les risques de transmission du virus du SIDA, des hépatites B et C ainsi que de l'agent de la syphilis. Le formulaire d'information a pour but d'écartier autant que possible le risque résiduel de transmission d'une infection par le sang, que les tests ne permettent pas d'éliminer.

Dans un deuxième temps, l'aptitude du candidat au don de sang est évaluée au moyen d'un questionnaire concernant son état de santé. L'investigation touche principalement au dernier don, aux antécédents médicaux, mais également aux derniers voyages ainsi qu'aux éventuelles maladies infectieuses développées par des proches. Le futur donneur doit apposer sa signature au bas du document, certifiant par ce fait que les données sont correctes et qu'il a «consciencieusement répondu à toutes les questions.» En outre, le donneur confirme qu'il sait que le sang est analysé et que les résultats anormaux lui seront communiqués. Il consent également «à la transmission de ces données selon la Loi fédérale sur la protection des données et à l'utilisation de certains éléments de [s]on sang dans le cadre des Services de transfusion sanguine et pour la recherche dans l'intérêt de la sécurité de la médecine transfusionnelle.⁸» Le questionnaire rempli est ensuite vérifié et les réponses douteuses ou prêtant à discussion sont clarifiées avec le donneur⁹.

⁸ Prescriptions STS CRS, Annexe 16: Questionnaire médical, p. 1.

⁹ Prescriptions STS CRS, Chapitre 6, p. 2.

Si le candidat est admis au don sur la base du questionnaire, il subit une série de contrôles, englobant celui du poids, de la tension artérielle, du pouls et du taux d'hémoglobine¹⁰. L'évaluation de l'état de santé doit tenir compte également de l'appréciation visuelle de l'état général du donneur¹¹. Si les critères médicaux d'aptitude au don ne sont pas remplis, c'est au médecin de prélèvement de prendre une décision quant à l'acceptation. S'il a des doutes, le candidat ne sera pas autorisé à donner¹². L'évaluation de l'état de santé peut donner lieu à une contre-indication temporaire (cit) ou une contre-indication définitive (CID), suivant la nature et la gravité du problème rencontré¹³.

IV. Le prélèvement du sang

Lorsque le donneur a été déclaré apte au don, le prélèvement proprement dit peut commencer. Il a lieu dans des locaux et à l'aide d'appareils qui font l'objet de prescriptions sévères. Tout centre de transfusion sanguine doit disposer d'un système de gestion de la qualité. En particulier, la production comme le contrôle de la qualité doivent se conformer à des exigences que l'on nomme bonnes pratiques de fabrication ou *Good Manufacturing Practice* (GMP). Ces pratiques couvrent l'activité du centre des processus de production à la qualification du personnel, en passant par l'aménagement des locaux, le choix des équipements et installations, les conditions de stockage et de transport des produits, ainsi que le contrôle des documents¹⁴.

Le donneur s'allonge sur un fauteuil, à côté duquel se trouve une table comportant l'équipement nécessaire au don. Une infirmière désinfecte l'endroit où elle effectuera la ponction et l'aiguille est introduite à l'endroit

¹⁰ Au-dessous de 50 kg, le donneur n'est pas admis, pour lui éviter des complications circulatoires. Quant à l'hémoglobine, son taux doit atteindre 125 g/l pour les femmes et 135 g/l pour les hommes (Prescriptions STS CRS, Annexe A no 16: Critères décisionnels, p. 1).

¹¹ Prescriptions STS CRS, Chapitre 6, p. 2.

¹² Prescriptions STS CRS, Chapitre 6, p. 2.

¹³ Un patient ayant subi une greffe, par exemple, sera exclu de manière définitive. Après une opération, par contre, la contre-indication n'est que temporaire, 12 mois en cas d'opération importante, 1 mois après une intervention mineure. A titre d'exemple, l'acupuncture, l'épilation cosmétique ou le tatouage entraînent tous une contre-indication temporaire d'une année (Prescriptions STS CRS, Chapitre 6, p. 3; Annexe A no 16: Critères décisionnels, pp. 8 et 10).

¹⁴ Prescriptions STS CRS, Chapitre 4.

choisi à l'aide d'une canule. Le sang prélevé s'écoule dans une poche, disposée sur une balance de prélèvement. La poche contient une solution stabilisatrice que la balance, en maintenant la poche en mouvement, permet de mélanger «de façon continue et soigneuse» avec le sang prélevé. Lors de chaque prise, c'est une quantité de 450 ml qui est prélevée. Le don de sang complet doit être effectué en un laps de temps maximum de 12 minutes. Exceptionnellement, un dépassement de 2 minutes peut être autorisé. Si c'est le cas, le sang ne doit pas être destiné à la production de plasma frais congelé ou de concentré plaquettaire. Si la durée du prélèvement dépasse 14 minutes, le don ne peut servir qu'à la préparation de plasma destiné au fractionnement¹⁵.

Il arrive que la prise soit interrompue. Le donneur est surveillé pendant le prélèvement et le personnel médical est chargé de réagir au moindre signe laissant conclure à une réaction¹⁶.

Une fois le prélèvement terminé, les poches sont soudées. Avant d'ôter la tubulure, des échantillons de sang sont collectés dans deux tubes séparés afin d'effectuer les nombreux tests auxquels sont soumis les produits sanguins. A la fin du don, le donneur est invité à boire et manger quelque chose, ce qui permet au personnel de rester attentif à d'éventuelles réactions.

V. L'identification des prélèvements

Le sang est récolté dans une poche portant un code-barre correspondant au numéro d'identification du donneur. Chaque donneur se voit attribuer un numéro permettant son identification non équivoque au sein du Service de transfusion. Il reçoit d'ailleurs une carte de donneur, qui permet de le convoquer tous les trois mois par l'envoi du questionnaire médical dont il est fait mention plus haut.

Ce système permet le *look-back* lié à un donneur ou à un patient. Le premier consiste à vérifier les résultats des contrôles de dons antérieurs lorsque le donneur présente un status positif pour un marqueur infectieux. En effet, les dons antérieurs ont pu être positifs, malgré les résultats négatifs obtenus. Il convient donc d'en informer les destinataires des produits, afin qu'ils prennent contact avec les receveurs et les examinent. Le *look-back* lié au patient est la démarche inverse. Lorsqu'un patient développe une maladie infectieuse à la suite d'une transfusion, il s'agit de retrouver le donneur dont proviennent les produits sanguins utilisés. Le

¹⁵ Prescriptions STS CRS, Chapitre 7, p. 2.

¹⁶ Prescriptions STS CRS, Chapitre 7, p. 2.

look-back permet le rappel, à savoir le «retrait rapide et efficace de produits sanguins présentant ou supposés présenter un défaut¹⁷».

La traçabilité, à savoir le fait d'établir par une documentation adéquate le lien entre un receveur, un produit ou un client et le donneur, le sang prélevé ou les produits dérivés et inversement¹⁸, est un élément capital dans la chaîne de collecte, transformation et distribution des produits sanguins. Chaque produit doit pouvoir être identifié du prélèvement sur le donneur à sa transfusion chez le receveur, en passant par sa préparation au Centre et son éventuel stockage au sein d'un établissement hospitalier. Une documentation claire et sans faille doit accompagner tous les produits.

Il doit en outre être possible de distinguer à tout moment l'étape à laquelle se trouve chaque produit. Il existe en effet trois états pour un produit, qui peut être «libéré», à savoir susceptible d'être mis en circulation, «non libéré», autrement dit mis en quarantaine, ou encore «bloqué», lorsqu'il «ne répond pas aux spécifications ou (...) que sa qualité et sa sécurité sont mises en doute¹⁹». Les produits des différentes catégories sont stockés séparément.

VI. Groupes et marqueurs infectieux

A l'aide des échantillons collectés dans les tubes en sus des 450 ml contenus dans la poche, le personnel procède à diverses investigations.

D'abord, il est essentiel de déterminer le groupe sanguin du donneur, à savoir son appartenance au groupe O, A, B ou AB, ainsi que l'antigène Rhésus D. Si la protéine rhésus est présente à la surface des globules rouges du donneur, il est dit de facteur Rhésus positif. Lorsque le sang du donneur ne la contient pas, l'individu est négatif.

D'autre part, le personnel médical se livre à une recherche spécifique de marqueurs d'infection. La liste des tests à effectuer, élaborée par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), est continuellement actualisée²⁰. A l'heure actuelle, les tests obligatoires sont ceux permettant de détecter les anticorps anti-VIH, les antigènes des virus des hépatites B et C, les

¹⁷ Prescriptions STS CRS, Annexe A no 6: Glossaire, p. 7.

¹⁸ Prescriptions STS CRS, Annexe A no 6: Glossaire, p. 8.

¹⁹ Prescriptions STS CRS, Chapitre 4, p. 8.

²⁰ Art. 8, al. 2, de l'Ordonnance sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants (RS 818.111.3).

anticorps du tréponème pâle (agent pathogène de la syphilis), ainsi que l'alanine-aminotransférase²¹.

Le processus de dépistage est une procédure relativement compliquée. Au moindre doute, les résultats sont vérifiés à plusieurs reprises. Malheureusement, les tests ne peuvent éviter la survenance des faux positifs et faux négatifs. Les premiers ne sont pas atteints, malgré la présence d'un résultat positif. Quant aux seconds, leur sang contient bien des agents pathogènes ou des virus, mais les tests ne les détectent pas.

Les échantillons et les prélèvements qui ont des marqueurs infectieux positifs sont incinérés²². Le donneur est informé directement de l'existence d'une éventuelle contamination. Il peut cependant refuser qu'un résultat positif lui soit communiqué²³.

L'ensemble des résultats doit être consigné par écrit et archivé pendant vingt ans²⁴. Les centres possèdent également une sérothèque, contenant des échantillons de don de sang conservés à une température de -30 °C²⁵.

VII. Fabrication et production

Immédiatement après le prélèvement, le sang complet reste stocké à température ambiante pendant les 30 premières minutes. Ce délai permet aux leucocytes de phagocyter les bactéries, processus que paralyserait une température trop basse. Ce délai écoulé, les poches sont transférées en milieu réfrigéré, à une température de 2 à 6 degrés.

A. Les produits sanguins labiles

Les divers composants du sang sont séparés par centrifugation dans les heures qui suivent le prélèvement, au plus tard huit heures après. A partir du sang complet, le Service de transfusion prépare dans un premier temps différents produits. Ces concentrés sont tous de la catégorie des produits sanguins dits labiles, à savoir «les produits obtenus, soit directement à partir du sang d'un donneur, soit après un petit nombre d'étapes de

²¹ Cette dernière enzyme, située à l'intérieur de la cellule hépatique, est libérée lorsque ces cellules sont touchées. Sa présence dans le sang témoigne donc d'une atteinte hépatique.

²² Prescriptions STS CRS, Chapitre 14, p. 1.

²³ Art. 11, al. 3, de l'Ordonnance sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants.

²⁴ Prescriptions STS CRS, Chapitre 8, p. 6.

²⁵ Prescriptions STS CRS, Annexe A no 6, p. 7.

fabrication, et qui se modifient rapidement en dehors de toute action extérieure»²⁶. Les produits labiles fabriqués par le Centre peuvent être schématiquement répartis en trois grands groupes.

Le premier est celui des concentrés plaquettaires. Ces produits ne sont pas tous destinés à la transfusion. Ils ont une durée de conservation faible, allant de 20 heures à 5 jours, à une température se situant entre 20 et 24°C.

La seconde catégorie comprend le sang complet et les concentrés érythrocytaires ou concentrés de globules rouges. Il n'y a pratiquement plus de transfusion de sang complet. Les progrès de la médecine et de la technique ont permis d'une part d'isoler les composants du sang, d'autre part de cibler les besoins du patient. Ainsi, il est possible de ne transfuser à l'individu que le composé dont il a réellement besoin. La principale indication de transfusion de sang complet est le don de sang autologue, que nous verrons plus en détails ci-dessous²⁷. Les concentrés érythrocytaires sont préparés à base de sang complet, séparé dans les 72 heures qui suivent le prélèvement. Le concentré est conservé à une température entre 2 et 6°C. Il peut être utilisé jusqu'à 42 jours après le prélèvement.

Le dernier groupe de produits est celui du plasma, à savoir la partie liquide du sang, dépourvue de cellules. Les différentes préparations à base de plasma ont pour caractéristique commune de pouvoir être congelées, ce qui prolonge de manière significative leur durée de conservation. A -30°C au minimum, le plasma peut être conservé une année. Il est congelé dans les huit heures qui suivent le prélèvement et doit être mis en quarantaine pour une durée minimum de quatre mois. La quarantaine permet de vérifier, au moment où la personne revient, que ses marqueurs infectieux n'ont pas bougé. Le plasma n'est donc libéré pour la transfusion, lorsqu'il y est destiné, que lorsque tous les marqueurs viraux se sont révélés négatifs après le délai de quarantaine. La préparation est décongelée au bain-marie à 37°C juste avant la transfusion programmée.

B. Les produits sanguins stables

Le plasma peut être fractionné en produits sanguins stables, dont l'albumine ou les préparations de coagulation. La première est administrée en cas de pertes de sang, de brûlures ou de chocs, alors que les secondes

²⁶ Art. 3, *litt. c*, de l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants.

²⁷ Voir pp. 286-8 ci-dessous.

sont les célèbres facteurs VIII et IX prescrits aux hémophiles. Ces produits se conservent plusieurs années.

Jusqu'en 2000, le plasma était fractionné au Laboratoire central de la Croix-Rouge, à Berne²⁸. Le plasma provenant de sang suisse ne représentait qu'une petite partie de l'activité du laboratoire, à savoir 8% du volume de plasma fractionné. Les 92% restants provenaient de l'étranger²⁹. Le Laboratoire central avait cependant pour principe de ne traiter qu'avec des organisations ayant adopté une logique de gratuité³⁰, à l'instar des sociétés nationales de la Croix-Rouge. C'est ainsi qu'en Amérique coexistent deux systèmes de collecte du sang dont l'un, très important, rémunère ses donateurs. Le Laboratoire central n'acceptait pourtant de fractionner que le plasma prélevé chez les donateurs bénévoles. Le laboratoire traitait également avec la Grèce, la Pologne ou le Royaume-Uni. Il s'agissait d'ailleurs de la plus grande entreprise de fractionnement du plasma dans la *non profit industry*. En 1996, son chiffre d'affaires atteignait 164 millions de francs suisses, sur lesquels 117 millions provenaient du fractionnement de 1,5 million de litres de plasma en albumine, immunoglobulines et facteurs de coagulation³¹.

VIII. La distribution des produits sanguins

Les produits labiles (concentrés érythrocytaires et plaquettaires) ainsi que le sang complet sont distribués directement par le Centre aux hôpitaux qui en font la demande. Chaque centre approvisionne sa région. Il n'y a en principe pas de vente d'un canton à l'autre.

Une partie du planning est faite à long terme. Pour le reste, la commande est passée au jour le jour. En principe, seuls les hôpitaux sont clients des centres. Il peut arriver que des particuliers soient concernés, mais la conservation des poches de sang nécessite une certaine infrastructure dont ne dispose pas n'importe qui. Afin de garantir des conditions de conservation et d'utilisation optimales, il existe une personne de référence qui surveille le cheminement des produits fournis au sein de l'établissement client.

²⁸ Le 1er septembre 2000, l'entreprise biopharmaceutique australienne CSL Limited a fait l'acquisition du Laboratoire central et l'a transformé en société anonyme. Le Laboratoire est ainsi devenu une filiale de CSL, sous le nom de ZLB Bioplasma AG.

²⁹ Rapport annuel 1996 du Laboratoire central, p. 11.

³⁰ Rapport annuel 1996 du Laboratoire central, p. 3.

³¹ Rapport annuel 1996 du Laboratoire central, pp. 3 et 17.

Les prix facturés aux hôpitaux dépendent du composant offert³². Les concentrés érythrocytaires sont facturés entre 127 et 182 francs, selon le type de préparation. Les concentrés de plaquettes valent 75 francs, alors que le plasma frais congelé s'élève à 130 francs. Les prix s'entendent pour la quantité provenant d'un don, à savoir 450 ml. Le montant facturé est calculé sur la base des frais engendrés par le prélèvement, la conservation et les différents tests. Les mesures tendant à diminuer les risques de contamination sont particulièrement onéreuses³³.

Le sang du donneur et du receveur doivent être de même groupe ABO. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'on peut déroger à cette règle, en particulier en cas de pénurie du groupe demandé³⁴. En principe, le sang du donneur et du receveur doivent également être de même groupe Rhésus D³⁵.

IX. Le don de sang autologue

Le don de sang autologue a pour but l'autotransfusion. Il est pratiqué en période préopératoire, afin de prévenir un besoin de sang en cours d'intervention.

Il existe d'autres systèmes d'autotransfusion. Le sang peut notamment être prélevé au début de l'opération, le volume étant remplacé par une solution d'un type particulier afin de faire baisser l'hématocrite³⁶. Il peut également y avoir récupération per- et post-opératoire, avec ou sans recyclage, qui s'apparente à la circulation extracorporelle. Nous limiterons notre étude à l'autotransfusion par prédonation ou don de sang autologue.

³² Prix au 8 décembre 1998.

³³ Pour situer l'impact de ces mesures sur le prix des produits sanguins, on peut citer l'exemple de la déleucocytation. Cette technique, réalisée par filtration du sang ou des composants dans les 24 heures qui suivent le don, consiste à éliminer systématiquement les globules blancs afin d'éviter qu'ils ne contaminent les concentrés érythrocytaires et provoquent de ce fait une réaction immunitaire. Elle permet également de diminuer le risque hypothétique de transmission de prions. Cette mesure, imposée aux Centres à fin 1998 et introduite progressivement jusqu'au 1er juillet 1999, a renchéri le prix des concentrés érythrocytaires d'environ un tiers.

³⁴ Dans ce cas, il est autorisé de transfuser des érythrocytes de groupe O à un receveur de groupe A ou B, ou des érythrocytes de groupe A ou B à un receveur de groupe AB.

³⁵ Prescriptions STS CRS, Annexe B no 2, p. 18.

³⁶ L'hématocrite est le pourcentage du volume des globules rouges par rapport au volume sanguin total. Il est de 40 à 45 ml pour 100 ml de sang chez l'homme et de 38 à 42 ml chez la femme.

Le Centre de transfusion effectue le prélèvement d'une quantité déterminée de sang, mais la substance sera réinjectée au donneur, au lieu de servir à transfuser des tiers. Cette méthode a pour objectif d'assurer au receveur le maximum de sécurité. La transfusion peut toujours entraîner la transmission d'agents infectieux et faire ainsi courir un risque important aux patients. En outre, l'autotransfusion permet d'éviter des réactions d'ordre immunologique³⁷.

Si le don de sang autologue a ses avantages, il a également ses inconvénients et ses limites. En premier lieu, on ne peut prélever qu'un nombre restreint de flacons. Ensuite, le temps de conservation est limité. A l'état liquide, le sang se conserve au maximum 6 semaines, à une température de 4°C. De plus, le patient doit consacrer un certain temps aux prises successives. Il subit bien évidemment les effets secondaires du don, à savoir une sensation de fatigue ainsi qu'une baisse de tension. En outre, l'autotransfusion n'exclut pas la transfusion hétérologue en cas de nécessité. Enfin, les coûts de ce procédé sont relativement élevés.

Les prescriptions applicables au don de sang hétérologue le sont pour la plupart également au don autologue. Les locaux sont soumis aux mêmes exigences. Par contre, en matière d'équipements, le niveau d'exigences est plus élevé. Les patients ne remplissent en général pas les critères médicaux d'aptitude au don et nécessitent de ce fait une surveillance accrue³⁸. Il faut en particulier que l'équipe de prélèvement soit en mesure d'effectuer en tout temps une réanimation ou qu'une équipe de réanimation soit disponible sur appel³⁹.

Les critères d'admission sont évidemment moins stricts, notamment quant au taux d'hémoglobine. Le risque lié au don doit être évalué dans chaque cas. Il existe certaines conditions préalables. En premier lieu, l'opération doit être fixée de manière irrévocable. Ensuite, le patient doit être dans un état de santé physique et psychique stable. Son état circulatoire doit être stable également. Les veines doivent être en bon état⁴⁰.

Le patient remplit également un questionnaire et signe un formulaire. Etant donné la durée de conservation du sang, les prélèvements sont effectués au cours des six semaines qui précèdent l'opération projetée. Le dernier prélèvement doit avoir lieu au plus tard une semaine avant la date de l'opération. L'intervalle de temps étant court, il n'est en règle générale pas possible de prélever plus de quatre unités, à savoir plus de quatre fois 450 ml. Si la quantité n'est pas suffisante, la transfusion hétérologue

³⁷ Prescriptions STS CRS, Annexe A no 4.

³⁸ Prescriptions STS CRS, Chapitre 7, p. 3.

³⁹ Prescriptions STS CRS, Chapitre 7, p. 4.

⁴⁰ Prescriptions STS CRS, Annexe A no 4.

s'imposera. L'équipe médicale administre des comprimés de fer aux patients afin de favoriser la reproduction des cellules sanguines⁴¹.

Les unités de sang sont stockées au Centre de transfusion avant d'être transférées à l'établissement hospitalier juste avant l'intervention⁴². Les produits du don non transfusés sont détruits. Il en va de même des poches de sang dont les tests de dépistage des marqueurs infectieux se révèlent positifs ou du moins non négatifs⁴³.

L'étiquetage se fait selon des règles aussi strictes que celles qui guident l'identification des produits du don homologues. Chaque poche de sang est munie d'une étiquette sur laquelle figure le nom, le prénom et la date de naissance du donneur, ainsi que sa signature.

Chaque don de sang est soumis aux mêmes tests que ceux effectués pour le don homologue. Les produits sanguins sont cependant stockés à part tout au long du processus⁴⁴.

X. Conclusion

Pour conclure cet exposé, on peut ajouter deux choses. En premier lieu, sur le plan fiscal, le Service de transfusion est soumis à la TVA pour son activité de fourniture du sang, à un taux égal à celui d'une entreprise pharmaceutique. Les centres de transfusion eux-mêmes sont par contre exonérés d'impôts⁴⁵.

Ensuite, il est intéressant de relever que la Suisse détient un taux élevé de donateurs par habitant⁴⁶. De ce fait, le Service de transfusion de la Croix-Rouge suffit à approvisionner l'ensemble du pays. Il produit même des excédents, qui sont exportés. Quant à la qualité du sang suisse, elle est dite excellente.

41 Prescriptions STS CRS, Annexe A no 4.

42 Prescriptions STS CRS, Annexe A no 4.

43 Prescriptions STS CRS, Chapitre 7, p. 4.

44 Prescriptions STS CRS, Chapitre 7, p. 5.

45 An. 14 de l'Ordonnance régissant la Taxe sur la valeur ajoutée, du 22 juin 1994 (RS 641.201).

46 Le taux de donateurs est actuellement de 7 à 8% de la population, alors qu'en France ou en Grande-Bretagne il se situe autour de 4,5% (*24Heures*, mercredi 2 février 2000).

§ 2 Les relations entre le donneur et le Centre de transfusion

Le sang, à l'instar des autres éléments corporels distincts du corps humain, est une chose, nous l'avons démontré plus haut⁴⁷. Il ressort en outre des chapitres qui précèdent que son statut peut, sans inconvénient, être régi par les droits réels⁴⁸. Un droit de la personnalité est susceptible pourtant d'altérer ou de compléter le régime réel. Il conviendra par conséquent d'aborder la question de l'imbrication des différentes prétentions.

Le premier maillon de la chaîne du sang est le donneur. Nous verrons qu'il est propriétaire de l'élément détaché de son corps⁴⁹, dans la mesure, bien sûr, où la substance n'a encore fait l'objet d'aucun acte de disposition. Sa qualité de propriétaire permet à l'individu de disposer à son gré, dans les limites légales, de l'objet de son droit. Dans le cas qui nous occupe, le donneur se défait d'un élément corporel à titre définitif et en faveur d'une institution déterminée.

Dans un premier temps, nous allons dégager les éléments essentiels du rapport qui lie le donneur au Centre de transfusion. Pour faciliter la qualification ultérieure, il s'impose en outre de définir ces éléments et d'examiner leur nature juridique. Ensuite, à l'aide des conclusions de cette première étude, nous serons à même de qualifier précisément la relation entre les parties en cause.

L Les éléments essentiels

La raison d'être de la présence du donneur au Centre de transfusion est la volonté du premier de se défaire à titre définitif d'une certaine quantité de son sang, et ceci à l'adresse du second et dans un but précis. Cet élément de fait caractérise la relation sur laquelle nous allons nous pencher. Il existe un autre élément de fait, qui est depuis peu également une exigence légale: le transfert a lieu à titre gratuit. Enfin, le dernier point digne de considération est une prescription de type administratif: l'acquéreur, en l'occurrence le Centre, doit être au bénéfice d'une autorisation administrative pour recevoir l'objet du don en toute légitimité.

⁴⁷ Voir Chapitre II ci-dessus.

⁴⁸ Voir Chapitre III ci-dessus.

⁴⁹ Voir p. 296 ci-dessous.

A. Le transfert d'une chose

L'aspect le plus évident, l'essence même de la transfusion sanguine est le passage d'une quantité déterminée de sang de la sphère du donneur à celle du Centre de transfusion.

Il existe en d'autres termes un élément matériel d'origine humaine, qui se trouve être une chose, et qui passe de la sphère d'un donneur à celle d'un destinataire. En termes juridiques, il y a transfert de la propriété.

Etant donné que la validité du droit de l'acquéreur dépend ici de la validité du droit du donneur⁵⁰, il y a plus précisément acquisition dérivée du tissu par le Centre. Cette acquisition doit satisfaire à certaines conditions. La chose doit en premier lieu être aliénable, à savoir susceptible d'être transférée. Ensuite, le transfert doit reposer sur un titre valable et avoir lieu selon un mode déterminé. Enfin, la chose ne peut être aliénée que par la personne qui en est le véritable propriétaire.

1. La chose aliénable

Il faut en premier lieu que la chose, objet du transfert, soit aliénable. L'ordre juridique suisse connaît en effet des restrictions à l'aliénabilité de certaines choses, ou de certaines catégories de choses. Quelques dispositions légales vont jusqu'à exclure totalement la possibilité de disposer d'une chose.

Nous avons défini plus haut la notion de chose hors commerce⁵¹. Lorsque l'extra-commercialité est totale, elle a pour effet une inaliénabilité complète de l'objet qu'elle frappe. Si l'interdiction n'est que partielle, l'ordre juridique autorise la cession, mais il y pose certaines conditions.

Le sang est soumis à la réglementation de l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants. Ce texte législatif instaure une restriction à l'aliénabilité en introduisant une procédure d'autorisation⁵². Le sang est ainsi une chose partiellement hors commerce dans le système juridique actuel. Son transfert ne sera de ce fait valable que s'il a lieu en présence des autorisations nécessaires, à savoir, à ce stade de la transaction, si le Centre de transfusion est au bénéfice d'une autorisation octroyée par l'OFSP⁵³.

⁵⁰ STEINAUER, No 131.

⁵¹ Voir pp. 88-92 ci-dessus.

⁵² Voir pp. 95-7 ci-dessus.

⁵³ La solution serait la même au regard de la LPT (voir pp. 301-5 ci-dessous).

2. *Le titre valable*

La seconde exigence est la présence d'un titre valable. Elle suppose, d'après le Tribunal fédéral, «une cause juridique valable et l'accord des parties sur le transfert de la propriété⁵⁴».

A. LA CAUSE JURIDIQUE VALABLE

Le processus d'acquisition nécessite en premier lieu un «titre d'acquisition⁵⁵».

1. La cause juridique

Lorsqu'il y a transfert de propriété, le droit suisse exige une base juridique à ce transfert⁵⁶. Il ne peut y avoir de transfert pour lui-même. Le titre d'acquisition reflète la raison pour laquelle s'opère le changement de propriétaire et le transfert représente l'exécution de l'obligation contenue dans le contrat de base⁵⁷. Ainsi, l'aliénation d'une chose comporte deux opérations distinctes: le contrat, qui constitue le titre d'acquisition, et l'acte de disposition lui-même⁵⁸.

Le contrat «ne fait naître que des droits personnels». Il oblige «le propriétaire à transférer à l'acquéreur la propriété de la chose», mais ne suffit pas à entraîner le transfert lui-même⁵⁹.

En pratique, l'acte juridique peut être un contrat, tels que la vente, l'échange, la donation, l'apport dans une société ou la fiducie, pourvu qu'il tende au transfert de la propriété⁶⁰. Il peut également être unilatéral. Le legs en est un exemple. Le transfert peut également résulter de la loi.

Dans le cas qui nous occupe, la cause juridique existe, mais elle est encore indéterminée. Nous verrons que le geste du donneur ne peut être qu'un acte juridique⁶¹. Il s'agira de surcroît d'un acte bilatéral, puisqu'il suppose la présence de deux parties. La qualification de cet acte sera abordée par la suite⁶². Il suffit ici de pouvoir conclure à la présence d'un acte juridique

54 ATF 114 II 45, 51.

55 STEINAUER, No 132.

56 KSP-SCHWANDER, No 3 ad 714 CC; ZK-HAAB/SIMONIUS, Nos 16 sq. ad 714 CC.

57 LIVER, p. 317.

58 CAVIN, pp. 24-5.

59 FJS 670, p. 1.

60 LIVER, p. 317.

61 Voir pp. 308-10 ci-dessous.

62 Voir pp. 310-20 ci-dessous.

II. La validité de la cause

1. Le principe de causalité

L'existence d'une cause est une condition nécessaire, mais elle n'est pas suffisante; il faut de surcroît que cette cause juridique soit valable⁶³. Depuis 1929, en effet, le Tribunal fédéral applique le principe de la tradition causale: il conditionne la validité du transfert à celle de l'acte qui en est la cause⁶⁴.

Cette option ne fait pas l'unanimité dans la doctrine suisse et l'arrêt consacrant le revirement de jurisprudence n'a pas suffi à trancher la controverse. Certains auteurs continuent de penser, conformément à l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, que le transfert de la possession est un contrat abstrait, à savoir indépendant de la validité du contrat générateur d'obligation qui le sous-tend⁶⁵.

La pratique du Tribunal fédéral est cependant constante depuis septante ans déjà. C'est pourquoi nous nous rallierons à la solution jurisprudentielle, appuyée d'ailleurs par la majorité des auteurs⁶⁶.

Le principe de causalité a pour conséquence qu'en présence d'un contrat nul ou annulé *ex tunc*, le transfert de la propriété n'a pas lieu. L'aliénateur reste propriétaire et peut revendiquer la chose contre l'éventuel possesseur⁶⁷.

Indépendamment de sa qualification finale exacte, l'éventuel contrat conclu entre le donneur et le Centre peut ne pas être valable pour le motif tout à fait général de son objet. Il pourrait en effet être contraire au droit ou aux mœurs de souscrire un engagement relatif à la substance corporelle qu'est le sang. En outre, les droits de la personnalité représentent une autre limite à la liberté contractuelle.

2. Contenu illicite

L'ordre juridique fixe deux exigences que doit respecter toute convention relative au transfert de tissus, organes et cellules: l'aliénation doit avoir lieu à titre gratuit⁶⁸ et le donataire doit avoir obtenu une autorisation de l'autorité compétente⁶⁹. Sous réserve de ces deux conditions ponctuelles, que nous étudierons ci-dessous, le droit positif suisse autorise sans autre le transfert de ce tissu liquide qu'est le sang.

⁶³ STEINAUER, No 137.

⁶⁴ ATF 55 II 302, JT 1930 I 535, c. 2; ATF 121 III 345, JT 1997 I 39, cons. 2a.

⁶⁵ ZK-HAAB/SIMONIUS, No 24 ad 714 CC.

⁶⁶ CAVIN, p. 28.

⁶⁷ KSP-SCHWANDER, No 4 ad 714 CC.

⁶⁸ Voir pp. 296-300 ci-dessous.

⁶⁹ Voir pp. 301-5 ci-dessous.

Quant à la conformité de la convention aux droits de la personnalité de tiers⁷⁰, il n'y a pas lieu de l'étudier ici, puisqu'aucune prétention de ce type n'est en jeu à ce stade du processus.

3. Contenu immoral

L'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants aborde expressément la question du prélèvement, prévoyant qu'il est soumis à autorisation (art. 5, al. 1, *litt.* a et b).

La conformité aux bonnes mœurs paraît évidente. L'acte du don de sang est altruiste. Dans une logique de gratuité, en particulier, sa moralité est inattaquable. Il semble pourtant se trouver des voix pour affirmer le contraire. Les résultats de la procédure de consultation relative au nouvel article 119a Cst. étaient en grande majorité positifs. Un organisme cependant, l'Organisation féminine contre le génie génétique et la technologie de la reproduction faisait valoir «qu'il n'appartient pas à l'Etat [...] de légitimer les pratiques immorales du prélèvement d'organes et de tissus⁷¹».

Le don de sang n'est source d'aucun profit pour le donneur. Mis à part la satisfaction personnelle et l'estime éventuelle de ses semblables, le donneur ne tire que des inconvénients de son acte. Il y consacre une partie de son temps et en ressort affaibli. On peut comparer sa démarche à un acte de bénévolat ou de charité, dont la moralité est au-dessus de tout soupçon.

4. Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité

Il reste à étudier un cas particulier d'atteinte aux bonnes mœurs, à savoir l'article 27, al. 2, CC qui «garantit la liberté de la personne et interdit tout acte (contrat) qui pourrait en restreindre l'usage dans une mesure "contraire aux mœurs"⁷²». Nous procéderons à cette analyse de manière distincte, en raison de l'importance de la question⁷³.

5. Conclusion

En conclusion, ni l'ordre juridique, ni l'ordre moral ne permettent d'invalider l'acte juridique qui lie le donneur au Centre de transfusion, dans la mesure où l'accord est conclu dans le respect des exigences citées ci-dessus.

⁷⁰ Voir pp. 176-7 ci-dessus.

⁷¹ FF 1997 III 613, 633.

⁷² GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 459.

⁷³ Voir pp. 305-8 ci-dessous.

B. L'ACCORD SUR LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

I. Le principe

Indépendamment du contrat générateur d'obligation exposé ci-dessus, l'accord des parties doit en outre porter sur le transfert de propriété proprement dit⁷⁴.

Une partie de la doctrine opte pour l'existence d'un véritable «contrat réel⁷⁵», distinct du contrat générateur d'obligation. D'autres auteurs, par contre, ne considèrent qu'un seul titre, à savoir le contrat prévoyant l'obligation de transférer. Les auteurs du *Zürcher Kommentar* sont d'avis que l'accord sur le transfert résulte forcément de la cause valable et qu'il ne sert donc à rien de distinguer les deux notions⁷⁶.

En ce qui nous concerne, peu importe que l'on admette deux actes distincts ou un seul titre. Le fait est qu'il doit y avoir accord sur le transfert de la propriété, c'est-à-dire en particulier que l'une des parties n'envisage pas le transfert de la possession à un autre titre (bail, dépôt ou prêt). Cet accord est un acte bilatéral⁷⁷, qui consiste en l'expression de manifestations de volontés concordantes.

II. Son application

Il ne peut y avoir d'erreur ou même de doute dans l'esprit du donneur, lorsqu'il se présente à un don du sang. L'ensemble de la campagne d'information et de motivation repose sur l'expression non équivoque de "donner son sang"⁷⁸. Il est difficilement concevable qu'un individu se présente au Centre, avec l'idée, par exemple, que le sang prélevé soit conservé en vue d'une transfusion autologue.

Le titre valable et l'accord sur le transfert de la propriété ne suffisent pas à entraîner le transfert du droit réel, en l'absence de la condition supplémentaire qu'est la tradition, à savoir le transfert de la possession.

3. Le mode de transfert

A. LE PRINCIPE

Au contraire du droit français, le droit suisse exige, en plus du titre, un mode de transfert. Pour les meubles, en particulier, il s'agit du transfert de

⁷⁴ ATF 114 II 45, 51; ZK-HAAB/SIMONIUS, Nos 34 sq. ad 714 CC.

⁷⁵ FJS 670, p. 1; STEINAUER, No 133.

⁷⁶ ZK-HAAB/SIMONIUS, No 40 ad 714 CC.

⁷⁷ FJS 670, p. 2.

⁷⁸ Voir pp. 304-5 ci-dessous.

la possession⁷⁹. Cette condition repose sur le principe de publicité que nous avons vu plus haut⁸⁰. De même que le propriétaire d'un immeuble est connu du public par le biais de l'institution qu'est le Registre foncier, la propriété d'un meuble est rendue apparente par la possession. En cas de transfert de la propriété, ce n'est que par le transfert de la possession que «le changement de propriétaire devient manifeste pour chacun.⁸¹»

La remise de la chose, en tant que processus physique, est un acte concret et non un acte juridique. Le transfert de la possession n'entraîne pas à lui seul celui de la propriété⁸².

La constitution de la propriété par la remise de la chose, par contre, est un acte juridique. Il doit y avoir concordance des volontés sur le fait que la propriété est transférée, que la remise a lieu en exécution du titre et qu'ainsi la chose remise est identique à l'objet de l'obligation contractée⁸³.

Le mode dont nous parlons ici est le transfert de la possession au sens de l'acte juridique, à savoir ce que l'on nomme la tradition⁸⁴.

La tradition n'a d'effets que si l'on y procède en reconnaissant réciproquement que le contrat de base est exécuté. Ce lien avec le titre fait de la tradition un acte causal. La conséquence en est que si l'acte juridique qui la sous-tend est invalidé pour des problèmes de vices de la volonté, d'illicéité ou d'immoralité, la tradition est également inefficace et la propriété ne passe pas à l'acquéreur⁸⁵.

B. SON APPLICATION

La tradition peut avoir lieu de différentes manières, toutes prévues aux articles 922 à 924 CC.

Ici, le transfert de possession est effectué de manière un peu particulière, mais que l'on pourrait assimiler à une tradition simple. Le sang prélevé dans les veines du donneur coule dans une poche appartenant au Centre. C'est ainsi qu'il passe de la sphère de maîtrise du donneur à celle de l'acquéreur.

⁷⁹ ZK-HAAB/SIMONIUS, Nos 63 sq. ad 714 CC.

⁸⁰ Voir pp. 151-2 ci-dessus.

⁸¹ FJS 670, p. 2.

⁸² FJS 670, p. 2.

⁸³ LIVER, p. 318.

⁸⁴ LIVER, p. 318.

⁸⁵ LIVER, p. 320.

4. *Le véritable propriétaire*

A. LE PRINCIPE

Afin que le droit suisse reconnaisse le transfert, il faut encore que ce dernier soit effectué par une personne qui peut disposer licitement de l'objet. Le pouvoir de disposition étant une des composantes du droit de propriété, c'est donc au propriétaire d'effectuer le transfert⁸⁶.

B. SON APPLICATION

Il est admis de manière générale que le donneur est propriétaire de ses tissus⁸⁷. La figure juridique souvent invoquée pour justifier cette hypothèse est celle de l'article 643 CC, à savoir le régime des fruits⁸⁸. Nous ne tenons pas à aborder le problème de la séparation elle-même. Nous nous bornerons à constater que l'élément corporel provient du donneur et que cet élément détaché est une chose. La conséquence du premier élément est que le donneur est titulaire, à un titre ou un autre, de la partie détachée, et celle de la seconde, qu'il est titulaire d'un droit de nature réelle, d'un droit de propriété donc, sur cette chose.

B. La gratuité

Cette idée est centrale dans la discussion relative au transfert des parties séparées⁸⁹.

1. *Le principe de la gratuité*

A. L'ARRETE FEDERAL SUR LE CONTROLE DU SANG

Curieusement, la gratuité n'est prévue dans l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants que pour les transplants (art. 17)⁹⁰. L'interdiction de rémunérer le don de sang ne figure pas dans ce texte. Ainsi, tant que l'Arrêté constituait le seul texte législatif en vigueur, le droit suisse ne prescrivait pas la gratuité du don de sang.

⁸⁶ ZK-HAAB/SIMONIUS, Nos 45 sq. ad 714 CC.

⁸⁷ BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 132; REY, No 107.

⁸⁸ BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 132; KSP-WIEGAND, No 18 ad *Vorbemerkungen zu* 641 sq. CC; REY, No 107.

⁸⁹ Voir pp. 173-4 ci-dessus.

⁹⁰ FF 1995 IV 945, 977-85.

B. L'ARTICLE 119a CST.

Depuis l'entrée en vigueur de l'article constitutionnel sur la médecine de la transplantation, tissus, organes et cellules jouissent d'un statut identique. Le nouvel article constitutionnel impose la gratuité du don de sang comme celle des autres parties séparées du corps humain (art. 119a, al. 3, Cst.). En théorie, ce régime légal exclut toute contre-partie financière à la remise du sang par le donneur.

C. LE PROJET DE LOI FEDERALE SUR LES PRODUITS THERAPEUTIQUES

Le projet de Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, aussi appelée Loi sur les produits thérapeutiques (LPT), assimile le sang et les produits sanguins aux médicaments (art. 4, al. 1, *litt. a*, LPT) et soumet tous ces éléments au même régime. Le projet contient cependant une Section 6, laquelle reprend telles quelles les dispositions de l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang. Ces articles constituent une partie spéciale de la loi qui règle les hypothèses où les produits sanguins doivent faire l'objet d'un statut particulier.

L'Arrêté fédéral ne prescrivait pas la gratuité du don de sang. La section du projet de LPT consacrée au sang et aux produits sanguins, qui reprend les dispositions de l'Arrêté, est fidèle à la réglementation provisoire sur ce point: la notion de gratuité n'apparaît pas dans le projet de Loi sur les produits thérapeutiques.

2. *L'application du principe de gratuité*

A. LE CAS GENERAL

L'une des «clefs de voûte» du recrutement des donneurs par la Croix-Rouge est le bénévolat⁹¹. Ainsi, au terme du prélèvement, le donneur ne se voit offrir en guise de compensation qu'une boisson et un biscuit ou un sandwich. En outre, cette légère collation a principalement pour but d'assurer un instant de repos au donneur, qui doit avoir la possibilité de récupérer pendant quinze minutes au moins. Il permet également au personnel soignant de surveiller les éventuelles réactions consécutives à la prise⁹².

B. L'EXCEPTION

Le Service de transfusion de la Croix-Rouge suisse connaît cependant un cas d'indemnisation. Certaines personnes, de Rhésus négatif et mises en contact d'une manière ou d'une autre avec des globules rouges comportant

⁹¹ Prescriptions STS CRS, Chapitre 5, p. 1.

⁹² Prescriptions STS CRS, Chapitre 7, p. 2.

l'antigène Rhésus D, développent des anticorps anti-D, à savoir des anticorps contre la protéine située à la surface du globule rouge qu'est le Rhésus.

Lorsqu'une femme de Rhésus négatif est enceinte d'un enfant de Rhésus positif, il y a un risque de sensibilisation au facteur Rhésus. En principe, le placenta agit comme une barrière pour les globules rouges entre le système circulatoire de la mère et de l'enfant. Après une amniocentèse, une interruption de grossesse ou un accouchement, des globules rouges du fœtus peuvent cependant être mis en contact avec le sang de la mère. Le système immunitaire maternel entre alors en contact avec le facteur Rhésus. Il enregistre le caractère étranger de ce sang et produit des anticorps anti-D. Le premier enfant, qui a déclenché la sensibilisation, n'en souffre en général pas. Mais au cours d'une grossesse ultérieure, les anticorps peuvent léser les globules rouges de l'embryon. A chaque grossesse, la réaction des anticorps intervient plus rapidement et plus massivement.

La sensibilisation au facteur Rhésus D peut être évitée par une injection d'anticorps anti-D. Ceux-ci se fixent sur la membrane des globules rouges de l'enfant passés dans la circulation maternelle et les détruisent⁹³.

Lorsqu'ils sont repérés, les donneurs porteurs d'anticorps anti-D sont, avec leur accord, particulièrement sollicités. La politique d'indemnisation a été décidée dans ce cas particulier parce que ce type de don représente un engagement plus important que le simple don de sang. D'une part, les prélèvements sont d'une ampleur toute particulière. Même si seul le plasma est prélevé et les cellules sanguines réinjectées, la quantité du liquide ponctionné se monte à 12 litres par année, contre 1,8 litre de sang complet pour les donneurs classiques. D'autre part, contrairement aux donneurs ordinaires, les personnes concernées par cette pratique se soumettent à la prise sur rendez-vous. La pratique consiste à les convoquer fréquemment sur de courtes périodes, puis ne plus les interpeller pendant un certain temps. Ce système leur évite de devoir être à disposition en permanence. Cette indemnisation est une pratique. Ni son principe, ni son montant ne font l'objet ne serait-ce que d'une directive interne.

C. CONCLUSION

Le cas exposé ci-dessus est bien entendu une exception. La Croix-Rouge est très attachée à l'institution des donneurs bénévoles, même si cela n'est pas toujours au profit de la gestion de la transfusion.

⁹³ Sensibilisation au facteur Rhésus pendant la naissance, Brochure du Laboratoire central.

Indépendamment de ces considérations pratiques, qu'en est-il, juridiquement, de la rémunération de ces donneurs de plasma? La question se pose de la compatibilité avec la législation en vigueur de l'accord conclu par la Croix-Rouge.

Rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de l'article 119a Cst., l'Arrêté fédéral ne prescrivait pas la gratuité du don de sang. L'adoption par le peuple de l'article constitutionnel sur la médecine de la transplantation a modifié ce régime, prévoyant une exigence de gratuité uniforme pour tous les produits corporels (119a, al. 3, Cst.).

Le Message relatif à la disposition constitutionnelle autorise en réalité expressément le versement d'une «compensation financière pour les coûts directement liés à la transplantation» mais «rien de plus»⁹⁴. La formulation du commentaire laisse clairement deviner que le Conseil fédéral n'avait à l'esprit que la transplantation d'organes ou le prélèvement de tissus qui occasionnaient si ce n'est l'hospitalisation du donneur, du moins une atteinte sérieuse à son intégrité physique.

Il est difficile d'estimer dans quelle mesure l'indemnisation offerte par la Croix-Rouge entre dans le cadre de la contre-partie autorisée. Etant donné que la charge horaire est importante pour le donneur, il serait exagéré de déclarer contraire à la disposition constitutionnelle une rémunération pour autant que son montant reste dans les limites du raisonnable. Le concept adopté par le Conseil fédéral laisse ouverte la possibilité d'une rémunération lorsque les désagréments subis par le donneur l'exigent, ou du moins la justifient. Le prélèvement d'une quantité, même supérieure à la norme, de plasma n'est pas comparable à l'intervention que nécessite la transplantation d'un organe. Pourtant, l'idée est la même. Le donneur poussé par un mouvement en principe altruiste se soumet à une procédure qui comporte certains risques et dont les effets sont ceux de toute atteinte à l'intégrité physique. A ce titre, lorsque les inconvénients sont d'un poids supérieur à ce qui peut raisonnablement être attendu d'un être humain normalement soucieux du bien d'autrui, il se justifie de compenser la somme des inconvénients par une indemnisation de nature pécuniaire.

Cela pose malgré tout un problème qu'il serait judicieux de résoudre. S'il semble difficile de condamner la pratique adoptée par l'organisation caritative, on peut néanmoins se poser la question de la limite du montant de ces indemnisations. L'estimation du montant versé est laissée à l'appréciation d'un organe qui n'est pas objectif puisqu'il est partie au contrat. En outre, il serait hypocrite de nier l'aspect incitatif du montant accordé aux donneurs de plasma recrutés par la Croix-Rouge. Cela est parfaitement justifiable. Ils fournissent une substance rare et précieuse. Si

⁹⁴ FF 1997 III 613, 640.

elle venait à manquer, de nombreuses femmes enceintes en pâtiraient. Une pesée d'intérêts conduit logiquement à préférer une légère entorse au principe de la gratuité plutôt qu'une pénurie d'anticorps anti-D.

En l'absence de dysfonctionnements et au vu du caractère marginal de la question, il n'y a pas là matière à s'alarmer. En théorie, il est certes souhaitable que ce problème délicat fasse l'objet d'une réglementation précise et nuancée. En pratique, cependant, le recours aux donneurs de plasma sera de moins en moins nécessaire⁹⁵.

3. *La violation du principe de gratuité*

Les conséquences théoriques de la violation de l'exigence de gratuité ont été exposées plus haut⁹⁶. L'hypothèse de la nullité partielle paraît adéquate. Reste à en vérifier les conditions. Il faut d'abord que le contrat ait un sens même en supprimant la clause frappée de nullité. C'est bien le cas en l'espèce: d'aliénation à titre onéreux, l'accord passerait au statut de transfert à titre gratuit. Ainsi, la clause de rémunération du don peut être tracée sans affecter la convention de manière exorbitante.

Le problème de l'accord du donneur est plus délicat. C'est une question subjective que de savoir si la partie qui fournit l'élément corporel aurait été disposée à exécuter sa prestation même en l'absence de contre-partie pécuniaire. Si c'est le cas, le contrat, devenu unilatéral au lieu d'être bilatéral, est valablement exécuté par le simple transfert de la chose. Si, par contre, l'aliénation effectuée par le donneur est motivée uniquement par l'existence de la rémunération, le contrat doit être déclaré complètement nul. On doit en outre considérer que le but poursuivi par les parties est illicite. Ainsi, en application de l'article 66 CO, les parties n'ont pas droit à la restitution des prestations effectuées. Le Service de transfusion conservera ainsi les produits reçus. Quant au donneur, il ne sera pas tenu de rendre au centre la rémunération versée.

⁹⁵ Les anticorps administrés aux femmes Rhésus négatif vers la fin de la grossesse ou peu après la naissance sont extraits de femmes qui ont elles-mêmes développé la réaction immunitaire. Or, le succès de cette thérapie a pour corollaire que les femmes porteuses de ces anticorps sont toujours moins nombreuses. C'est ainsi que, dans le cadre du programme «Biotechnologie» du Fonds national suisse, l'Université de Lausanne et l'EPFL, en collaboration avec le Laboratoire central de la Croix-Rouge suisse ont expérimenté la production des anticorps au moyen de cellules de hamster génétiquement modifiées. Si tout se déroule à satisfaction, les femmes enceintes à Rhésus négatif pourront bénéficier de ce produit dès 2003 (www.snf.ch).

⁹⁶ Voir pp. 173-4 ci-dessus.

C. L'autorisation

La procédure d'autorisation découle à l'heure actuelle de l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang. A l'avenir, elle résultera uniquement de la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques. L'entrée en vigueur de la LPT entraînera une modification de l'Arrêté fédéral dans le sens de l'abrogation des dispositions consacrées au sang et aux produits sanguins. Le texte législatif en vigueur aujourd'hui s'intitulera alors Arrêté sur le contrôle des transplants et s'appliquera jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la médecine de la transplantation⁹⁷, avant-projet mis en consultation en décembre 1999⁹⁸.

1. Le principe de l'autorisation

Depuis l'entrée en vigueur de l'Arrêté, certaines activités en rapport avec le sang et les produits sanguins sont soumises à autorisation. Celle-ci est délivrée par l'Office fédéral de la santé publique, qui est le service fédéral compétent auquel il est fait référence dans le texte de l'Arrêté (art. 5, al. 1)⁹⁹.

Des exigences précises en matière de qualité dans le domaine des qualifications professionnelles, de l'organisation, de l'exploitation et du personnel sont fixées (art. 2). L'autorisation n'est accordée que si elles sont respectées¹⁰⁰. L'Arrêté impose en outre certains devoirs au détenteur d'une autorisation (art. 20 de l'Ordonnance).

L'Ordonnance sur le contrôle du sang établit une procédure de contrôle. L'OFSP peut procéder à des inspections pour vérifier que les conditions liées à la délivrance de l'autorisation sont bien remplies (art. 30). L'autorisation est valable cinq ans (art. 31). Elle peut être retirée ou

⁹⁷ FF 1999 IV 3151, 3269.

⁹⁸ La procédure de consultation a pris fin le 29 février 2000 et le rapport sur les résultats de cette procédure a été publié en novembre 2000.

⁹⁹ Le projet de LPT, s'il maintient l'autorisation, confie sa délivrance à l'Institut fédéral des produits thérapeutiques (art. 34, al. 1, LPT), organe introduit par la nouvelle loi (art. 68 sq. LPT).

¹⁰⁰ Le projet de LPT prévoit que l'autorisation est délivrée si les conditions relatives aux qualifications professionnelles et à l'exploitation sont remplies, d'une part, et s'il existe un système d'assurance de la qualité approprié, d'autre part (art. 34, al. 2, LPT).

suspendue en cas de non-respect des conditions de la délivrance ou des devoirs du détenteur (art. 32)¹⁰¹.

En cas de non-conformité aux dispositions de l'arrêté, l'OFSP est tenu d'intervenir¹⁰². Confronté à une irrégularité, il peut décider d'autoriser la libération des produits concernés, assortie toutefois de certaines charges, ou opter pour leur élimination (art. 25 de l'Arrêté).

2. La mise en pratique de l'autorisation

Le Centre de transfusion de la Croix-Rouge suisse doit être titulaire d'une autorisation d'exploitation en vertu de l'article 5 de l'Arrêté¹⁰³.

En effet, dans l'activité que nous considérons, le Centre «prélève du sang à des personnes aux fins de transfusion ou de remise à des tiers» (art. 5, al. 1, *litt.* a). Si le centre ne transfuse pas directement, il fournit en sang complet les hôpitaux, qui procéderont eux-mêmes à cette opération.

D'autre part, le Centre «prélève du sang à des personnes pour fabriquer des produits sanguins ou pour le remettre à des tiers à cette fin» (art. 5, al. 1, *litt.* b). Cet aspect-là de l'activité est le plus important. Le sang prélevé est en majeure partie destiné à la transformation en produits sanguins labiles, à savoir concentrés érythrocytaires et plaquettaires, ainsi que plasma frais congelé. Une partie du plasma prélevé est en outre envoyé au Laboratoire central, afin de le transformer en produits sanguins stables.

3. Le contrat conclu sans autorisation

L'Arrêté ne prévoit de sanction que de type pénal en cas de défaut de l'autorisation. La personne qui, intentionnellement ou par négligence,

¹⁰¹ Le projet de LPT réserve la compétence du Conseil fédéral pour toutes les questions de détails. Il ressort du texte de la loi que l'institut vérifie par inspection que les conditions de l'autorisation sont remplies (art. 34, al. 3, LPT).

¹⁰² Le projet de LPT habilite l'institut à prendre «toutes les mesures administratives nécessaires» pour exécuter la loi (art. 65, al. 1, LPT). L'organe fédéral peut notamment suspendre ou révoquer des autorisations (art. 65, al. 2, *litt.* b, LPT), fermer des établissements (*litt.* c), saisir, garder en dépôt ou détruire des produits thérapeutiques dangereux ou non conformes (*litt.* d) et interdire la distribution et la remise de produits thérapeutiques (*litt.* e). Le projet autorise les cantons à agir dans les limites de leurs attributions pour prendre les mesures nécessaires à l'exécution de la loi (art. 65, al. 3, LPT).

¹⁰³ Il en irait de même en vertu de la future LPT: «Quiconque prélève du sang à des personnes aux fins de le transfuser ou de fabriquer des produits thérapeutiques ou encore de le remettre à des tiers doit posséder une autorisation d'exploitation» (art. 34, al. 1, LPT).

procède à des prélèvements sans autorisation est punissable des arrêts ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 50'000 francs (art. 33, al. 1, *litt. a*)¹⁰⁴.

Quant aux conséquences civiles de la conclusion d'un accord en l'absence de l'autorisation requise, nous les avons exposées plus haut: le principe est que l'acte n'est pas nul, à moins que la norme d'interdiction elle-même, à défaut son sens ou son but, commandent qu'il en soit ainsi¹⁰⁵.

La procédure d'autorisation, introduite par l'Arrêté et reprise par le projet de LPT à son article 34, tend à ce que les opérations ayant trait au sang ou aux produits dérivés du sang soient soumises à un contrôle préventif. La réglementation vise, «en vue de protéger la santé de l'homme», à garantir l'utilisation de produits thérapeutiques «de qualité, sûrs et efficaces» (art. 1, al. 1, *litt. a*, LPT). Le système actuel de santé publique et la médecine moderne ne peuvent aujourd'hui se concevoir sans le recours aux produits thérapeutiques en tout genre, qui constituent «les moyens les plus efficaces pour prévenir, soulager et guérir les maladies et les suites d'accidents¹⁰⁶». On ne peut faire abstraction du fait que ces produits sont «davantage que des biens de consommation ordinaires». Les médicaments, en particulier, contiennent des substances actives qui, «en cas d'usage inadéquat, erroné ou abusif, peuvent mettre en danger la santé de nombreux êtres humains¹⁰⁷. C'est pourquoi le projet de législation fédérale, poursuivant dans la continuité les buts de l'Arrêté, tend à garantir que «seuls seront fabriqués et distribués des produits thérapeutiques satisfaisant aux exigences scientifiques les plus récentes en matière de qualité, de sécurité et d'efficacité»¹⁰⁸.

Que peut-on déduire de ces principes quant au sort d'un don de sang effectué en faveur d'un Centre qui n'est pas au bénéfice de l'autorisation prévue par l'article 5, al. 1, *litt. a* et b, de l'Arrêté?

La réglementation fédérale ne prévoyant pas la nullité, celle-ci, pour être prononcée, devrait découler du sens et du but de la procédure d'autorisation.

¹⁰⁴ Le projet de LPT est nettement plus sévère: l'amende peut atteindre 200'000 francs et s'accompagner de la peine maximale d'emprisonnement (3 ans) si l'infraction est intentionnelle (art. 86, al. 1, *litt. b*); l'amende est au maximum de 100'000 francs et la peine d'emprisonnement d'un an si l'infraction a été commise par négligence (art. 86, al. 3, LPT).

¹⁰⁵ Voir pp. 174-6 ci-dessus.

¹⁰⁶ FF 1999 IV 3151, 3156.

¹⁰⁷ FF 1999 IV 3151, 3156.

¹⁰⁸ FF 1999 IV 3151, 3156.

Si le Centre de transfusion ne jouit pas de l'autorisation requise, personne ne peut garantir que le prélèvement du sang, son traitement, ainsi que sa conservation se sont déroulés dans des conditions satisfaisant aux critères de qualité fixés par la législation fédérale. Ainsi, un intérêt de santé publique commande que les poches de sang soient confisquées et éliminées. Ce résultat peut cependant être atteint quel que soit l'état des relations contractuelles.

A l'heure où le sang est détruit, il est déjà en possession du Centre de transfusion, puisque le don a été effectué. Le contrat a donc été valablement conclu et exécuté, du moins en ce qui concerne les obligations principales des parties, à savoir le transfert de la chose par une partie et son acceptation par l'autre. Le donneur a effectivement transféré la chose. Quant au destinataire, il était en mesure de l'accepter, le défaut de l'autorisation ne le privant pas de sa capacité à recevoir.

La nullité aurait pour seul effet d'obliger le Centre à restituer le sang au donneur, ce qui n'a aucun sens. Les circonstances ne commandent donc pas la nullité. Les dispositions pénales contenues dans l'Arrêté suffisent à garantir la protection des intérêts en cause.

Une précision s'impose. Il résulte de la démarche du donneur que le contrat était, implicitement et indirectement, conclu sous réserve de la détention d'une autorisation par le Centre, et surtout de son habilitation à effectuer les opérations consécutives au prélèvement, à savoir avant tout le transfert du produit sanguin aux centres hospitaliers à des fins de transfusion. C'est là évidemment l'idée du donneur lorsqu'il se rend au Centre. La campagne de motivation de la population est centrée sur l'idée de la transfusion. Les textes qui paraissent dans la presse sont du type: «Donnez de votre sang, Sauvez des vies». La brochure distribuée à l'arrivée s'intitule «Et soudain tu as besoin de sang» et commence par ces mots: «Avez-vous déjà réfléchi sérieusement à une situation imprévue où vous auriez tout à coup un besoin urgent de sang pour que votre vie soit sauvée?» On peut ainsi admettre, d'une part, que l'idée de la transfusion est bien présente, est essentielle même, dans la motivation du donneur. D'autre part, le cocontractant qu'est le Centre mise sur ce concept et compte sur l'appel à la solidarité pour fonder la démarche du donneur.

Cette idée pourrait être traduite juridiquement, en considérant implicitement incluse, dans les conditions du contrat qui lie le donneur et le Centre, une clause selon laquelle le sang prélevé sera effectivement utilisé pour la transfusion ou la fabrication de produits sanguins. En d'autres termes, le destinataire du sang s'engagerait ainsi à utiliser le sang conformément à la mission générale du Service de transfusion telle qu'elle est présentée au public.

Nous procéderons plus bas à la qualification du contrat¹⁰⁹. Nous tiendrons alors compte de ce qui vient d'être dit, en tentant de mettre à la charge du Centre une obligation d'utiliser le sang prélevé à des fins de transfusion. Si nous parvenions, par la voie contractuelle, à fonder ce résultat, cela remettrait en cause la conclusion obtenue ci-dessus. La question de la nullité n'en serait pas affectée, mais il viendrait s'y ajouter un droit de résiliation du donneur pour inexécution de la prestation accessoire, par exemple.

II. La protection de la personnalité

Il importe de distinguer l'application des articles 27 et 28 CC, lesquels ont pour vocation d'appréhender des états de fait distincts. A ce stade, pourtant, seule la première de ces dispositions trouvera à s'appliquer, la convention impliquant directement le titulaire des droits de la personnalité en cause, à savoir le donneur.

Il importe ici de confronter l'engagement contracté par le donneur à l'interdiction faite, par le législateur, à l'individu de renoncer à sa liberté de décision pour l'avenir, exprimée à l'article 27, al. 2, CC.

Le sang est une chose, mais il peut être porteur d'intérêts de nature personnelle. Le droit à l'intégrité spirituelle est susceptible d'englober ce tissu dans sa sphère de protection. Ce bien personnel est rangé par les auteurs parmi les attributs de la personne dignes d'une attention accrue et donc d'une protection plus stricte¹¹⁰. C'est pourquoi notre démarche va se calquer sur celle proposée par la doctrine lorsqu'un élément de cette nature est en jeu¹¹¹.

A. La validité de l'engagement du donneur

L'état de faits est le suivant: l'individu cède 450 ml de son sang à des fins de transfusion. Le bien personnel éventuellement appelé à régir le statut d'un simple tissu est l'intégrité psychique. La seule atteinte à la personnalité concevable sur ce type de partie séparée est la violation de l'équilibre mental. Cette atteinte est réalisée lorsqu'il est fait un usage de l'élément corporel tel qu'il choque ou heurte de quelque autre manière les sentiments du donneur.

¹⁰⁹ Voir pp. 308 sq. ci-dessous.

¹¹⁰ A. BUCHER, No 440; KSP-HUGUENIN JACOBS, No 12 ad 27 CC; THÉVENAZ, No 243.

¹¹¹ Voir pp. 264-6 ci-dessus.

Conformément à la protection telle qu'elle est assurée par l'ordre juridique suisse, un individu ne peut s'engager valablement à donner son sang¹¹². Ce constat, s'il est exact, vise cependant la protection de l'intégrité physique au stade où le sang est encore partie de l'organisme du donneur¹¹³. Il est interdit à la personne de s'engager à subir une atteinte à son intégrité physique. Cette interdiction ne signifie pas que l'individu ne peut en aucun cas choisir de s'accommoder d'une telle violation. Au contraire, il est habilité à le faire, mais doit rester libre de revenir, en tout temps, sur sa décision. S'il fait usage de cette prérogative, le cocontractant ne pourra exiger l'exécution de l'obligation.

Le transfert du droit de propriété sur une chose est un acte de disposition, fondé sur un acte générateur d'obligations que nous qualifierons par la suite. En ce qu'il a trait au transfert proprement dit, le contrat n'est pas soumis à la réglementation de l'article 27 CC¹¹⁴. Il doit par contre être conforme à la réglementation légale en ce qui concerne les autres dispositions contractuelles. En l'espèce, la relation contractuelle s'épuise pratiquement en la fourniture de la chose.

Il existe cependant un élément qui empêche de faire l'économie de l'examen de la conformité au droit de la personnalité: l'intérêt personnel qui habite la chose confère à l'aliénation une dimension supérieure à celle d'un simple transfert mobilier. Lorsque le Centre de transfusion a procédé au prélèvement, il n'est plus question d'intégrité physique¹¹⁵. Nous nous intéressons aux prétentions en présence, après l'atteinte portée à l'intégrité physique qui a permis le prélèvement. En transférant une substance issue de son organisme, l'individu s'expose à ce qu'elle soit traitée d'une manière qu'il juge incompatible avec le respect que l'origine humaine du tissu commande. L'engagement implique donc un bien personnel et doit impérativement se conformer à l'interdiction du caractère excessif.

Le don de sang est autorisé par l'ordre juridique suisse; sa compatibilité avec le respect de la personnalité en découle logiquement. Il nous faut cependant émettre une réserve, présente à la fois dans le droit positif et dans l'engagement contracté par le donneur.

En concluant le contrat, le Centre de transfusion s'engage implicitement à destiner le sang prélevé à la transfusion¹¹⁶. De même, les réglementations légales relatives au sang et aux produits sanguins s'articulent autour de

¹¹² KSP-HUGUENIN JACOBS, No 12 ad 27 CC.

¹¹³ A. BUCHER, No 440; DESCHENAUX/STEINAUER, No 319a.

¹¹⁴ Voir p. 262 ci-dessus.

¹¹⁵ Voir pp. 224-5 ci-dessus.

¹¹⁶ Voir pp. 304-5 ci-dessus.

l'activité de transfusion. Ainsi, on peut admettre que le sang est donné dans l'optique d'une transfusion ultérieure. En d'autres termes, l'engagement est contracté avec l'idée que l'utilisation du tissu qui en sera faite est compatible avec le respect de l'intégrité psychique du donneur.

Nous savons qu'un engagement juridique doit faire l'objet d'une appréciation d'ensemble quant aux différents critères qui témoignent de sa conformité ou non au droit de la personnalité. En l'espèce, l'acte générateur d'obligations comporte un risque pour le bien personnel impliqué par l'acte juridique. L'intensité de l'engagement est difficile à déterminer *in abstracto*: elle est fortement dépendante de l'individu en cause, ainsi que du type de violation commise. Quoi qu'il en soit, ce risque existe et il ne peut être négligé. L'intensité est cependant nettement diminuée par l'obligation faite au cocontractant de faire un usage déterminé du tissu cédé. Si l'exécution des obligations a lieu dans le respect des dispositions contractuelles, l'engagement ne prête pas le flanc à la critique et peut être valablement assumé.

En vertu de ce qui précède, il n'est même pas nécessaire d'offrir au donneur un droit de résiliation spécial. L'accord conclu, aux conditions auxquelles il l'a été, ne comporte en effet aucune restriction de la liberté. L'individu ne s'est pas engagé à supporter un comportement de nature à le heurter. Il a précisément conclu un acte dont les clauses excluent, en théorie du moins, toute atteinte à son équilibre mental. C'est pourquoi il ne paraît pas nécessaire de faire bénéficier le donneur de la position privilégiée dont il pourrait jouir sans l'obligation réciproque assumée par le Centre de transfusion.

B. L'acte de disposition

Un droit de la personnalité ne peut jamais être cédé¹¹⁷. L'acte de disposition ne peut donc porter que sur le support matériel des attributs personnels¹¹⁸.

Il est évident que le donneur ne cède pas son droit à l'intégrité psychique en aliénant l'objet du prélèvement. Il prend le risque d'une violation de son équilibre mental, mais reste titulaire de ce droit.

C. Conclusion

Il est ainsi établi que le donneur peut valablement céder son sang. L'acte du don ne porte pas atteinte à sa personnalité dans une mesure condamnée par

¹¹⁷ Voir pp. 205-7 ci-dessus.

¹¹⁸ Voir p. 265 ci-dessus.

l'ordre juridique. Au contraire, tel qu'il est conçu, l'acte du don de sang n'implique aucune atteinte à un bien protégé.

III. La qualification du contrat

De ce qui précède, on peut déduire quelques indications quant aux contrats envisageables. En premier lieu, n'entrent en ligne de compte que les conventions qui régissent le transfert d'une chose. Ensuite, il faut exclure les relations contractuelles dans lesquelles la fourniture de la chose doit obligatoirement être suivie ou accompagnée d'une contre-prestation. La figure juridique qui se dégage de ces deux éléments est celle de la donation. Nous nous pencherons également sur les règles du mandat. En effet, c'est une structure juridique à laquelle les auteurs qui refusent la qualification de chose des parties séparées recourent souvent.

Avant de vérifier l'adéquation des structures proposées, il nous faut résoudre une question terminologique. En relation avec le sang, le terme utilisé est celui du don. L'expression de donation n'est jamais employée. Le nouvel article constitutionnel en particulier stipule que «[l]e don (...) est gratuit» (art. 119a, al. 3, Cst.). Cette différence de terminologie reflète-t-elle une réalité et si oui, laquelle? C'est la question à laquelle nous allons répondre maintenant, en analysant le phénomène du don, afin de constater s'il désigne ou non une réalité propre, distincte de celle couverte par la donation.

A. La nature du don

Certains auteurs français cherchent à distinguer le don de la donation, faisant du premier un acte matériel sans rapport aucun avec l'acte juridique qu'est le second¹¹⁹. Cette distinction a-t-elle un sens? Est-il possible, dans l'ordre juridique suisse, de concevoir un acte matériel consistant à remettre à un tiers un organe ou un tissu, en faisant échapper cette opération à toute qualification juridique?

1. Le fait juridique

Le premier stade de l'action humaine est celui du comportement, du simple fait «qui n'intéresse pas le droit, c'est-à-dire une situation de non-droit». ENGEL cite en exemple le fait de donner un conseil amical, de se moucher ou de dédier un poème¹²⁰. On oppose au simple fait matériel le fait

¹¹⁹ BAUDOUIN/LABRUSSE-RIOU, pp. 190-1.

¹²⁰ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 137.

juridique, à savoir «tout fait quelconque produisant un effet juridique en vertu d'une norme de droit.» Ainsi, «un fait quelconque devient un fait juridique lorsqu'une règle y attache un effet juridique.¹²¹»

Pour mettre en évidence ces distinctions, nous allons prendre un exemple relevant également des parties séparées.

Lorsqu'un individu est atteint d'arthrose à la hanche, seule l'articulation est touchée. S'il est nécessaire de procéder à la pose d'une prothèse totale de la hanche, il est possible de récupérer les têtes fémorales. Celles-ci seront conservées, avec le consentement du donneur, pour être ultérieurement greffées par fragment chez d'autres patients. Si le patient donne son accord à la conservation des têtes, celles-ci sont placées dans des frigos, situés dans les locaux de l'hôpital.

Ce processus consiste en une suite de comportements, de faits matériels. Pourtant, le droit y attache certaines conséquences, que les intervenants le veulent ou non. Le tissu osseux est une chose, chose qui passe de la sphère du donneur à celle de l'hôpital ou de la banque. Il peut y avoir simple transfert de la possession ou transfert de propriété, peu importe. A quelque titre que le transfert ait lieu, il intéresse le droit. L'ordre juridique attache forcément des suites au transfert d'une chose d'une personne à une autre, afin de protéger la position des personnes impliquées.

2. *L'acte juridique*

Nous nous trouvons, pour le moins, dans le domaine du fait juridique. On distingue ensuite entre action juridique et acte juridique. Tous deux sont «des faits humains, licites, et produisent des effets juridiques.» La différence réside dans le fait que «l'acte juridique produit l'effet voulu par l'auteur», alors que dans l'action juridique, «l'effet résulte de la loi et il est indépendant de sa volonté.¹²²» Un exemple d'action juridique est la trouvaille (720 CC), ou encore la reconnaissance de dette. Sont par contre des actes juridiques la dérélition, le testament ou le contrat.

Le patient à qui l'on demande expressément s'il consent à ce que les segments osseux susceptibles d'être récupérés lors de la pose d'une prothèse de hanche soient conservés afin d'être réutilisés ultérieurement veut le résultat juridique lié à son consentement. Même sans l'exprimer en ces termes, il manifeste sa volonté, ou du moins son accord, à ce que l'hôpital dispose des têtes fémorales récupérées. Il s'engage à ne pas en réclamer la propriété par la suite. En termes juridiques, cela n'est autre qu'un transfert de propriété. Ainsi, la démarche décrite est un fait

¹²¹ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 136.

¹²² ENGEL, *Traité des obligations*, p. 137.

juridique, et plus précisément «une manifestation de volonté destinée et apte à produire l'effet juridique correspondant à la volonté exprimée¹²³», à savoir un acte juridique.

3. Conclusion

En conclusion, il est impossible de faire échapper la démarche du "don", au sens où les auteurs français cités entendent cette notion, à la qualification d'acte juridique.

B. Le mandat

Sous l'angle de sa qualification juridique, le mandat est un contrat bilatéral, par lequel une personne s'oblige à rendre des services dans l'intérêt d'une autre, conformément à la volonté de celle-ci¹²⁴. Le mandataire prend en charge les affaires d'une autre personne, il garantit les intérêts d'un tiers¹²⁵, ce qui fait de cette relation un contrat de travail au sens large¹²⁶. Pratiquement, le mandat peut avoir pour objet la prestation de services ou de travail de n'importe quel type¹²⁷, pour autant qu'elle soit possible, licite et morale¹²⁸. En raison de la nature des obligations contractuelles qu'il implique, le mandat est souvent conçu comme un contrat de durée¹²⁹.

Il est essentiel de souligner que le mandat repose avant tout sur le rapport de confiance qui doit unir les parties¹³⁰.

Le mandat n'est soumis à aucune exigence de forme¹³¹. Il peut ainsi valablement résulter d'actes concluants des parties.

Précisons que dans la configuration qui nous intéresse, le mandant serait le Centre de transfusion, alors que le donneur serait mandataire.

¹²³ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 133.

¹²⁴ BK-FELLMANN, No 8 ad 394 CO; HONSELL, p. 288; KSP-WEBER, No 4 ad 394 CO; TERCIER, *Partie spéciale*, No 2880.

¹²⁵ GUHL/SCHNYDER, p. 546; KSP-WEBER, No 2 ad 394 CO.

¹²⁶ BK-FELLMANN, No 8 ad 394 CO; KSP-WEBER, No 2 ad *Vorbemerkungen zu 394-406 CO*.

¹²⁷ BK-FELLMANN, No 24 ad 394 CO; HONSELL, p. 289.

¹²⁸ KSP-WEBER, No 12 ad 395 CO.

¹²⁹ KSP-WEBER, No 4 ad 394 CO.

¹³⁰ GUHL/SCHNYDER, p. 548; HONSELL, p. 296; KSP-WEBER, No 3 ad 394 CO.

¹³¹ HONSELL, p. 288.

1. *La gratuité*

Historiquement, la sauvegarde des intérêts d'un tiers était un service qui ne prêtait pas à rémunération¹³². C'est pourquoi l'alinéa 3 de l'article 394 CO ne l'envisage que lorsque la convention ou l'usage la prévoient. En l'absence de disposition expresse ou de pratique dans ce sens, le mandat est gratuit¹³³. A l'heure actuelle, il y a pratiquement renversement de la présomption légale¹³⁴, en ce sens que les services du mandataire sont rémunérés dans la majeure partie des cas. Il n'en reste pas moins que, même si elle est devenue l'exception, la gratuité reste possible.

Si l'Arrêté fédéral laissait ouverte la question du caractère gratuit du don de sang, le doute n'est plus possible depuis l'entrée en vigueur de l'article 119a Cst. (24^{decies} aCst.). L'alinéa 3 de la disposition constitutionnelle proclame expressément la gratuité de cette opération. Sur ce point, le régime légal colle aux faits: le donneur, mandataire, fournit un service au mandant, le Centre de transfusion, prestation pour laquelle il ne touche en principe aucune rémunération¹³⁵.

2. *L'obligation de moyens*

Un des éléments caractéristiques du mandat réside dans l'obligation de moyens à la charge du mandataire¹³⁶: «le résultat envisagé par les parties n'est pas l'objet de la prestation, celui-ci étant simplement une activité diligente en vue de l'obtenir¹³⁷». Le contenu du mandat est souvent indéterminé¹³⁸. Ainsi, le mandataire doit, afin de satisfaire à sa tâche, simplement "faire de son mieux". La prestation de service doit tendre à un résultat déterminé, mais on n'attend pas du mandataire qu'il l'atteigne pour considérer qu'il a rempli ses obligations. L'obligation de résultat se distingue de l'obligation de moyens en ce sens que dans le premier cas, on ne considérera la prestation effectuée qu'une fois le résultat désiré effectivement obtenu.

Il existe toutes sortes de causes, médicales pour la plupart, qui sont susceptibles d'interrompre le prélèvement de sang. Même déterminé à

¹³² BK-FELLMANN, No 12 ad 394 CO; HONSELL, p. 304; KSP-WEBER, No 35 ad 394 CO.

¹³³ GUHL/SCHNYDER, p. 547.

¹³⁴ BK-FELLMANN, No 13 ad 394 CO; KSP-WEBER, No 16 ad 394 CO.

¹³⁵ Voir pp. 297-8 ci-dessus.

¹³⁶ KSP-WEBER, No 2 ad 394 CO.

¹³⁷ WERRO, No 74.

¹³⁸ KSP-WEBER, No 2 ad 394 CO.

donner, l'individu est soumis aux aléas des réactions de son organisme. Il ne peut être sûr que de sa démarche initiale, le reste ne dépendra plus de lui.

Ce stade ne nous intéresse cependant pas. La relation sur laquelle nous nous concentrons est celle du transfert d'une pochette de sang de 450 ml par un individu au Centre de transfusion. Le donneur jouit du pouvoir de disposer de la chose. Pour exécuter la prestation promise, il lui suffit d'exercer cette faculté. L'exécution de l'obligation tient ainsi dans la concrétisation d'un seul acte. La prestation est déterminée, elle est ponctuelle. Ainsi définie, elle ne peut s'apparenter qu'à une obligation de résultat et non à une obligation de moyens.

Sur ce point, la réglementation contractuelle du mandat échoue complètement. Elle n'est pas propre à rendre compte de la transaction effectuée.

3. *La prestation caractéristique*

L'obligation caractéristique du mandat est la prestation de service¹³⁹. La prestation caractéristique du don de sang est une attribution de bien. Les auteurs qui ont recours à la figure du mandat travestissent cet élément en un service.

Il résulte de la nature du mandat, en particulier de l'obligation de moyens qu'il comporte, que l'objet principal du contrat est en général une obligation de faire, d'agir. La prestation est totalement ou principalement un travail matériel ou intellectuel en faveur d'un tiers¹⁴⁰. Ainsi, par opposition au contrat d'entreprise, par exemple, l'entrepreneur fournit «ein Werk», alors que le mandataire fournit «ein Wirken»¹⁴¹. On peut déduire de cette distinction que le rapport de mandat doit être retenu lorsque le résultat ne peut être totalement déterminé par les prestations mises à la charge du débiteur, lorsqu'il est relativement incertain¹⁴².

Cette caractéristique est en totale contradiction avec la nature de la prestation que constitue la fourniture d'une chose. Rien n'est plus défini, plus déterminé, que le transfert du droit de propriété sur un objet matériel.

Même si l'on décidait, envers et contre tout, de faire appel au mandat pour régir la relation qui unit le Centre à ses donateurs, on ne pourrait faire l'économie d'une analyse des prétentions réelles en cause. En effet, si le

¹³⁹ TERCIER, *Partie spéciale*, No 2885.

¹⁴⁰ KSP-WEBER, No 6 ad 394 CO.

¹⁴¹ HONSELL, p. 293; KSP-ZINDEL/PULVER, No 8 ad *Vorbemerkungen zu 363-379 CO*; KSP-WEBER, No 28 ad 394 CO.

¹⁴² KSP-WEBER, No 29 ad 394 CO.

mandat peut effectivement comporter un transfert de biens, ce dernier n'est pas absorbé pour autant par le contrat en question.

Nous nous trouvons face à un individu propriétaire d'une quantité définie de sang qu'il est disposé à céder. Le seul moyen d'expliquer un transfert de propriété entre le mandataire et le mandant est d'assimiler le donneur au mandataire qui a acquis un bien mobilier pour le compte du mandant, lequel agit ainsi comme un représentant indirect¹⁴³. Or, le mandataire est tenu de transférer à son cocontractant tout ce qu'il a reçu dans le cadre de l'exécution du contrat. Il devra, en particulier, transférer au mandant la propriété des biens matériels qui se trouvent en sa possession. La prestation du mandataire est alors une «Sachleistung», soumise à une obligation de résultat et non à l'obligation de moyens qui caractérise le contrat dans ses clauses principales¹⁴⁴.

Ainsi, même dans le cadre du mandat, on ne peut esquiver le concept d'aliénation d'un bien. Or, la motivation principale présidant à l'adoption de ce régime juridique résidait dans l'idée de substituer la prestation de service au transfert d'une chose. Si l'on ne peut contourner la composante réelle, la motivation tombe et rend le recours à cet artifice inutile. La cession du droit de propriété sur la chose est centrale. Même si l'on met en évidence d'éventuelles obligations accessoires du donneur, l'attribution de bien motive à elle seule l'existence du rapport contractuel et ce dernier s'épuise pratiquement dans le transfert mobilier.

4. Conclusion

Si par certains de ses aspects, le mandat peut sembler adéquat, il n'en reste pas moins qu'il ne se prête pas à appréhender les éléments essentiels de la relation qui unit le donneur au Centre de transfusion.

Rappelons pour conclure que l'article 394, al. 2, CO réserve les dispositions du mandat «aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats». Ainsi, même si l'on aboutissait à la conclusion que le mandat est susceptible d'être retenu au même titre qu'un contrat d'aliénation de bien, le premier devrait s'effacer en raison de son caractère subsidiaire¹⁴⁵.

¹⁴³ TERCIER, *Partie spéciale*, No 3010.

¹⁴⁴ KSP-WEBER, Nos 10-2 ad 400 CO.

¹⁴⁵ BK-FELLMANN, No 10 ad 394 CO; GUHL/SCHNYDER, p. 546; HONSELL, pp. 295-6; KSP-WEBER, No 4 ad *Vorbemerkungen* zu 394-406 CO.

C. La donation

La donation telle qu'elle est prévue aux articles 239 sq. CO peut se définir en trois points. C'est un contrat, lequel a pour objet une attribution de biens et doit être conclu à titre gratuit¹⁴⁶.

1. L'acte juridique bilatéral

En premier lieu, la donation est un contrat. En d'autres termes, c'est un acte juridique bilatéral¹⁴⁷. La donation a ceci de particulier que c'est un contrat unilatéral¹⁴⁸: alors même qu'il lie deux parties, il ne met d'obligations à la charge que de l'une d'entre elles. Il n'en reste pas moins qu'il suppose l'acceptation du donataire, laquelle doit se faire en connaissance de l'intention libérale¹⁴⁹.

Le don d'une substance de nature humaine ne se fait pas sans examens préalables et le Centre prend toutes sortes de précautions avant de l'accepter. Ainsi, si l'offre de donner semble l'acte principal, l'acceptation prend une dimension toute particulière. Pourtant cela ne suffit pas à faire de l'acceptation du Centre l'exécution d'une obligation. Les investigations ne sont pas faites en contre-partie du don effectué. Elles se rattachent à l'acceptation, qu'elles conditionnent.

2. L'attribution de bien

Ensuite, la donation a pour objet une attribution de biens, à savoir le passage de biens du patrimoine du donateur au patrimoine du donataire¹⁵⁰. Cette attribution peut porter sur un objet mobilier, un immeuble, une créance ou un droit¹⁵¹. Peu importe à cet égard que l'opération entraîne une augmentation des actifs ou une diminution des passifs dans le patrimoine du donataire. L'élément essentiel est le lien de causalité entre l'enrichissement réalisé dans le patrimoine du donataire et la diminution simultanée du patrimoine du donateur¹⁵². Il en découle l'obligation

¹⁴⁶ CAVIN, p. 175; ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 110; HONSELL, p. 183.

¹⁴⁷ CAVIN, p. 175.

¹⁴⁸ KSP-VOGT, No 3 ad 239 CO; ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 110.

¹⁴⁹ CAVIN, p. 175; GUHL/KOLLER, p. 396; HONSELL, p. 183; KSP-VOGT, No 3 ad 239 CO.

¹⁵⁰ CAVIN, p. 177; GUHL/KOLLER, p. 394.

¹⁵¹ HONSELL, p. 183; KSP-VOGT, No 6 ad 239 CO.

¹⁵² CAVIN, p. 177; GUHL/KOLLER, p. 394; HONSELL, p. 183.

principale du donneur, à savoir la délivrance et le transfert de la propriété de la chose aliénée¹⁵³.

La donation, sous sa forme la plus simple, a lieu par la remise de la chose au destinataire. C'est le cas de la donation manuelle, telle que la définit l'article 242, al. 1, CO. Elle a ceci de particulier que sa conclusion et son exécution sont simultanées¹⁵⁴. La donation dite manuelle n'est pas un acte de disposition. Elle est et demeure un contrat générateur d'obligation, même sous cette forme. Il se trouve simplement que l'exécution du contrat est concomitante à sa conclusion¹⁵⁵.

La donation manuelle ne peut porter que sur un meuble et se distingue de la promesse de donner en ce qu'elle n'est soumise à aucune exigence de forme¹⁵⁶. La remise effective de la chose est jugée suffisamment lourde de sens pour que le donataire ne puisse ignorer la portée de son engagement. La nécessité d'une protection particulière du disposant par une exigence de forme tombe de ce fait.

La donation peut en effet être précédée d'une promesse de donner, laquelle désigne le contrat qui n'est pas conclu par l'exécution de la prestation. Afin d'éviter au donateur de s'engager inconsidérément, le Code des obligations exige la forme écrite (art. 243, al. 1, CO)¹⁵⁷. La forme prescrite vise tous les éléments de la donation que son auteur juge essentiels¹⁵⁸. Elle doit couvrir en tout cas la promesse de donner, la désignation des parties et l'objet du contrat. L'intention libérale peut ne pas être expresse et ne résulter que de l'interprétation des clauses de l'accord¹⁵⁹.

Dans le cas du don de sang, le schéma est un petit peu plus compliqué. L'arrivée du donneur au centre représente une promesse de conclure. La forme écrite est respectée en ce sens que le donneur remplit un questionnaire qu'il est tenu de signer et de présenter à son arrivée au Centre. Quoi qu'il en soit, même si cette exigence de forme n'était pas remplie, cela n'aurait pas d'incidence sur la validité du contrat: le vice est

¹⁵³ CAVIN, p. 186.

¹⁵⁴ CAVIN, p. 179; ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 116; GUHL/KOLLER, p. 398; KSP-VOGT, No 1 ad 242 CO.

¹⁵⁵ CAVIN, p. 179.

¹⁵⁶ CAVIN, p. 179; ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 116; GUHL/KOLLER, p. 398; HONSELL, p. 187; KSP-VOGT, No 1 ad 242 CO.

¹⁵⁷ CAVIN, p. 180; GUHL/KOLLER, p. 397; HONSELL, p. 187; KSP-VOGT, No 1 ad 243 CO.

¹⁵⁸ CAVIN, p. 180.

¹⁵⁹ KSP-VOGT, No 4 ad 243 CO.

guéri par l'exécution proprement dite, transformant alors le contrat en une donation manuelle (art. 243, al. 3. CO)¹⁶⁰.

La promesse n'est acceptée qu'au moment où l'évaluation de l'état de santé est terminée et que le candidat est jugé apte au don.

Ensuite, contrairement au droit ordinaire des contrats, le donateur n'est lié par son offre que dès l'acceptation du destinataire (art. 244 CO). Il ne suffit pas que le donataire ait reçu l'offre, il faut encore qu'il ait manifesté son accord avec celle-ci¹⁶¹. Les règles de la donation confèrent ainsi une grande liberté au donateur.

Cette règle est particulièrement bien adaptée au don de sang. Le donneur est en effet libre de changer d'avis à tout moment. Les Prescriptions STS rappellent qu'«aucune pression d'aucune sorte ne doit être exercée sur le donneur.¹⁶²» La personne peut ainsi revenir sur sa décision jusqu'à la remise effective en possession, laquelle est concomitante au prélèvement.

Quant à l'acceptation, elle peut notamment résulter de la participation du donataire à l'individualisation de l'objet de la donation¹⁶³. C'est précisément le cas du don de sang, où le donataire effectue lui-même le prélèvement du sang, objet du don. Il est vrai que, même si le prélèvement est effectué, il est encore possible que le sang ne soit pas conservé, parce qu'il réagit à l'un des nombreux tests de dépistage des marqueurs infectieux. A ce stade, la donation a déjà été acceptée. La destruction ultérieure n'intervient donc pas dans le cadre du contrat, mais à un moment où le sang est devenu propriété du Service de transfusion.

3. La gratuité

Enfin, l'attribution de biens doit être effectuée à titre gratuit, à savoir n'entraîner aucune contre-prestation. L'accord des parties doit également porter sur l'absence du caractère onéreux¹⁶⁴. La valeur effective de la chose aliénée n'a aucune importance¹⁶⁵.

L'intention libérale (*animus donandi*) est essentielle¹⁶⁶. L'intention du donateur d'attribuer un bien au donataire doit être, à elle seule, «cause de

¹⁶⁰ CAVIN, p. 181; GUHL/KOLLER, p. 397; KSP-VOGT, No 6 ad 243 CO.

¹⁶¹ CAVIN, pp. 175-6; KSP-VOGT, No 1 ad 244 CO.

¹⁶² Prescriptions STS CRS, Chapitre 5, p. 1.

¹⁶³ KSP-VOGT, No 2 ad 244 CO.

¹⁶⁴ KSP-VOGT, No 1 ad 239 CO.

¹⁶⁵ KSP-VOGT, No 1 ad 239 CO.

¹⁶⁶ KSP-VOGT, No 1 ad 239 CO.

l'obligation qu'il assume»¹⁶⁷. Ce critère permet de distinguer la donation de l'enrichissement illégitime (62 sq. CO)¹⁶⁸.

Le don de sang est un acte effectué à titre gratuit. L'intention libérale est évidente: elle motive à elle seule la présence du donneur au Centre de transfusion.

4. *La révocation de la donation*

Les dispositions relatives à la donation ont la particularité de mettre peu d'obligations à la charge du donateur et de lui aménager, même après l'exécution du contrat, des droits de révocation (art. 249 et 250 CO)¹⁶⁹.

Le donateur est en droit de révoquer une promesse de donner ainsi qu'une donation déjà exécutées¹⁷⁰. Le donataire peut se voir contraint de restituer les biens notamment pour des motifs analogues à ceux qui fondent l'exhérédation en matière successorale¹⁷¹: il a commis un délit grave contre le donateur ou l'un de ses proches; il a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le donateur ou sa famille (art. 249, ch. 1 et 2, CO)¹⁷². En outre, la révocation peut avoir lieu si le donataire n'exécute pas, sans cause légitime, les charges grevant la donation (art. 249, ch. 3, CO)¹⁷³.

Sur le plan réel, la caducité de la donation, titre qui fonde le transfert de propriété sur la chose, entraîne la caducité de l'aliénation. Le donateur devrait dès lors jouir d'une action en revendication. Pourtant, il ne dispose que de la prétention de nature personnelle en enrichissement illégitime¹⁷⁴. Le donataire ne peut être actionné en restitution que jusqu'à concurrence de son enrichissement au moment de la révocation (art. 249, al. 1, CO).

Le donateur est également admis à révoquer une promesse de donner et à en refuser l'exécution, pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus (art. 250, al. 1, ch. 1, CO). En outre, la révocation de la promesse est admise si la situation financière du donateur s'est sensiblement péjorée ou s'il lui incombe des devoirs de famille nouveaux ou plus onéreux (art. 250, al. 1, ch. 2 et 3, CO)¹⁷⁵.

¹⁶⁷ CAVIN, p. 178.

¹⁶⁸ GUHL/KOLLER, p. 395.

¹⁶⁹ GUHL/KOLLER, p. 401; KSP-VOGT, No 2 ad 239 CO.

¹⁷⁰ CAVIN, p. 187; HONSELL, p. 190.

¹⁷¹ Voir art. 477 CC.

¹⁷² KSP-VOGT, Nos 9-12 ad 249 CO.

¹⁷³ KSP-VOGT, No 13 ad 249 CO.

¹⁷⁴ CAVIN, p. 187.

¹⁷⁵ HONSELL, p. 191; KSP-VOGT, Nos 1-3 ad 250 CO.

L'institution de la révocation peut sembler peu pertinente dans le cadre de notre discussion. Pourtant, elle se prête, sur un point, parfaitement aux relations que nous cherchons à appréhender. L'article 249, ch. 3, CO permet au donateur de revenir sur son acte, si le donataire n'exécute pas la charge dont est grevée l'attribution de biens. Nous verrons que la donation avec charge est précisément l'une des figures juridiques susceptibles de régir les échanges entre le donneur et le Centre de transfusion. L'institution de la révocation prend ainsi toute son importance, comme nous le verrons plus bas¹⁷⁶.

5. *L'affectation du sang à l'activité de transfusion*

Nous avons tenté ci-dessus¹⁷⁷ de construire un devoir du Centre d'affecter à l'activité de transfusion le produit des dons. Cette obligation ne peut être que de nature contractuelle. Or, il existe précisément, dans le droit de la donation, deux institutions juridiques permettant de fonder l'engagement du Centre de transfusion.

A. LA DONATION AVEC CHARGE

Une charge est, dans son sens général, une obligation imposée au bénéficiaire d'une prestation à titre gratuit¹⁷⁸. La donation avec charge caractérise l'attribution de biens à titre gratuit, à laquelle le donataire attache une disposition accessoire concernant une prestation à fournir par le donataire au donateur ou à un tiers (art. 245, al. 1, CO)¹⁷⁹.

A l'instar du contrat lui-même, la charge qui lui est attachée doit être expressément acceptée par le donataire¹⁸⁰. Juridiquement, l'obligation mise à la charge du donataire ne représente pas et ne doit pas représenter une contre-prestation¹⁸¹; si c'était le cas, elle serait en contradiction avec le caractère gratuit du contrat.

Ainsi que nous venons de le voir, la non exécution de la charge ouvre au donateur le droit de révoquer la donation, même déjà exécutée. Cette particularité présente un intérêt certain au regard de la protection des droits de la personnalité. Ce droit reconnu au donneur constituerait la traduction juridique de la persistance de son intérêt personnel. Il

¹⁷⁶ Voir pp. 317-8 ci-dessous.

¹⁷⁷ Voir pp. 304-5 ci-dessus.

¹⁷⁸ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, No 2637.

¹⁷⁹ CAVIN, p. 181; GUHL/KOLLER, p. 399; HONSELL, p. 189; KSP-VOGT, No 1 ad 246 CO.

¹⁸⁰ KSP-VOGT, No 3 ad 239 CO.

¹⁸¹ GUHL/KOLLER, p. 399; HONSELL, p. 189; KSP-VOGT, No 1 ad 246 CO.

permettrait en outre, à l'individu qui prend connaissance d'un comportement du Centre non conforme aux termes de l'accord conclu, de remettre en question la validité du transfert du droit de propriété.

B. LA DONATION AVEC BUT

La donation avec but impose au donataire d'affecter le bien aliéné à un but précis, défini par le donateur. «Par son objet, par le mobile qui la dicte¹⁸²», cette exigence est plus qu'une simple disposition accessoire; elle constitue la cause même de la libéralité. L'obligation mise à la charge du donataire «absorbe l'objet de la donation¹⁸³». La doctrine, allemande en particulier, dissocie ce cas de figure de la donation avec charge pour le qualifier de «Zweckschenkung¹⁸⁴».

Si le motif juridique tombe, il fait disparaître la cause de l'acte de disposition. Le donataire peut par conséquent réclamer son bien sur la base de l'enrichissement illégitime¹⁸⁵.

L'intérêt de la donation avec but est évidente dans un ordre juridique qui ne connaît pas le droit de révocation lorsque la charge n'est pas exécutée. En droit suisse, il a été peu nécessaire de distinguer clairement les deux institutions: l'article 249 CO garantit en effet au donateur le droit de révoquer la donation en cas de non exécution de la charge, ce qui conduit à la restitution de la prestation.

En pratique, il importe peu de distinguer. Nous adopterons cependant la donation avec charge, puisqu'elle fait l'objet d'une réglementation expresse. La donation avec but n'est pas codifiée et n'est pas souvent mentionnée, du moins dans la doctrine romande.

Nous cherchions à traduire en termes contractuels l'obligation faite au Centre d'affecter le produit du don à la transfusion. La charge paraît l'instrument idéal à cet égard. Nous retiendrons donc cette figure juridique.

D. Conclusion

En fin de compte, c'est à la figure de la donation qu'il s'agira de recourir pour expliquer les liens qui unissent le donneur au Centre de transfusion. Il est évident que le régime offert par le Code des obligations n'a jamais été conçu pour embrasser une relation de ce type. Pourtant, il s'y prête bien.

¹⁸² CAVIN, p. 182.

¹⁸³ CAVIN, p. 182.

¹⁸⁴ GUHL/KOLLER, p. 399; KSP-VOGT, No 4 ad 246 CO.

¹⁸⁵ KSP-VOGT, No 4 ad 246 CO.

Il faudra en outre considérer que la donation est conclue avec charge, cette obligation accessoire imposant au Centre de n'affecter le sang prélevé qu'aux activités de transfusion.

§ 3 Les relations entre le Centre de transfusion et l'hôpital

Le donneur est le premier élément d'une longue chaîne. La cession qu'il effectue est le point de départ d'une série d'opérations, juridiques ou non. Le sang est testé, traité, transformé, puis distribué. Seul ce dernier acte nous intéresse. La préparation des produits sanguins n'a pas de portée juridique directe. La distribution, par contre, fait intervenir un nouvel intermédiaire avec lequel des rapports vont se nouer, que le droit sera chargé d'appréhender.

I Les éléments essentiels

Les caractéristiques à retenir sont identiques à celles qui constituent le premier rapport. L'acte principal est fondamentalement le même: un élément corporel change de titulaire. Les questions de la gratuité et de l'obtention d'une autorisation se poseront aussi. Pourtant, les modalités et conditions de l'acte sont relativement différentes.

A. Le transfert d'une chose

La chose qui constituait l'objet de la première transaction était en général le sang complet, parfois le plasma. Ici, l'élément transféré peut être de différents types. Le Centre est en mesure de fournir du sang complet, mais les hôpitaux commandent à l'heure actuelle plutôt les composants du sang, qu'il s'agisse de produits stables ou labiles. L'objet de la transaction sera ainsi un certain nombre d'unités de concentrés plaquettaires, de concentrés érythrocytaires, de plasma, d'albumine, etc...

1. La chose aliénable¹⁸⁶

Au cours de l'exposé théorique de l'extra-commercialité, nous avons mis en évidence le caractère partiellement hors commerce du sang et des

¹⁸⁶ Pour la théorie, voir p. 290 ci-dessus.

produits sanguins¹⁸⁷. Il s'agit maintenant d'étudier plus précisément au prix du respect de quelles conditions le transfert est autorisé.

Nous retrouvons à ce stade de la chaîne du sang les dispositions légales applicables au transfert du sang par le donneur au Centre de transfusion. Il s'agit donc de l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants, de l'article constitutionnel relatif à la médecine de la transplantation (119a Cst.) et enfin du projet de Loi sur les produits thérapeutiques.

A. L'ARRETE FEDERAL SUR LE CONTROLE DU SANG

L'Arrêté fédéral prévoit également le système de l'autorisation pour l'activité de distribution des produits sanguins (art. 5, al. 1, *litt. c et d*). Ainsi, le transfert est possible, et régulier, si le Centre a obtenu la licence nécessaire. Dans certains cas, nous le verrons plus bas, aliénateur et acquéreur doivent être titulaires d'une autorisation. L'extra-commercialité reste partielle, mais elle est compliquée d'une restriction supplémentaire. Ainsi, le transfert est techniquement possible, mais il doit se faire dans le respect de cette condition¹⁸⁸.

B. L'ARTICLE 119a CST.

La disposition constitutionnelle ne fait pas preuve de la même précision que l'Arrêté fédéral. La première phrase du troisième alinéa, en évoquant le don, ne vise vraisemblablement que le premier acte de la chaîne, à savoir celui que nous avons étudié ici. Quant à la seconde phrase, elle stanne simplement: «Le commerce d'organes humains est interdit.» Elle ne contient d'indication d'aucune sorte quant au cas de figure visé. L'interprétation de ce texte soulève de nombreuses questions, notamment quant à l'objet de l'interdiction du commerce: le premier terme de l'alinéa mentionne les tissus, alors que le second s'arrête aux organes; quelle incidence cela a-t-il sur le régime du sang? A ce stade du raisonnement, il n'y a pas lieu de résoudre ce mystère, car la réponse est superflue. En effet, une analyse préalable a permis de conclure d'une part, que, contrairement à ce que suggère une interprétation littérale, cette formule ne commande pas l'inaliénabilité, même partielle, des objets dont elle vise à régenter le transfert¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Voir pp. 95-7 ci-dessus.

¹⁸⁸ La solution dictée par le projet de LPT est identique.

¹⁸⁹ Voir pp. 101-5 ci-dessus.

C. CONCLUSION

Les transactions relatives aux produits sanguins connaissent ainsi des limitations de même type dans les rapports entre la banque et le tiers qu'entre le donneur et la banque: le commerce juridique du sang et des produits sanguins est restreint dans la mesure où il ne peut se dérouler que sous le couvert d'une autorisation. Le Centre de transfusion ne peut pas fournir les hôpitaux en toute liberté et à l'insu de tout contrôle. Le sang et les produits sanguins labiles sont, de ce fait, des choses partiellement hors commerce. Cette qualité n'empêche pas le transfert de ces substances; elle le subordonne à certaines conditions.

2. *Le titre valable*¹⁹⁰

L'exigence de la cause juridique valable et de l'accord sur le transfert de propriété ne posent pas de problème spécifique.

A. LA CAUSE JURIDIQUE VALABLE

I. Contenu illicite

La cession de poches de sang ou de produits sanguins est autorisée par l'ordre juridique¹⁹¹. Au nom de la protection de la santé publique, le législateur a émis une réserve à ces transferts: il oblige l'aliénateur, l'acquéreur également dans certaines circonstances, à obtenir une autorisation administrative. Le détail de cette exigence sera exposé plus bas¹⁹². A ce stade, nous nous bornons à constater que le transfert est licite, si la ou les parties bénéficient de l'autorisation requise.

La question de la conformité de la convention aux droits de tiers se pose à ce stade de la chaîne. Le donneur n'est plus partie à l'acte, mais sa personnalité pourrait être atteinte par les étapes ultérieures du traitement de la substance aliénée. Cette analyse fera l'objet d'un paragraphe distinct, en raison de son importance¹⁹³.

II. Contenu immoral

Nous renvoyons sur ce point à ce qui a été dit plus haut, car l'échange ne soulève ici pas de questions différentes de celles abordées dans la première partie de ce chapitre¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Pour la théorie, voir pp. 291-4 ci-dessus.

¹⁹¹ Voir pp. 96-7 ci-dessus.

¹⁹² Voir pp. 331 sq. ci-dessous.

¹⁹³ Voir pp. 336-9 ci-dessous.

¹⁹⁴ Voir p. 293 ci-dessus.

III. Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité

Le seul titulaire de droits de la personnalité impliqué à ce stade est le donneur. Or, n'étant pas partie à la transaction qui nous occupe, il ne bénéficie pas de la protection offerte par l'article 27, al. 2, CC.

IV. Conclusion

Sous réserve de la conformité de l'acte aux droits de la personnalité du tiers qu'est le donneur, le transfert de propriété est toléré par l'ordre juridique, si les parties sont en possession de l'autorisation nécessaire.

B. L'ACCORD SUR LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

La convention qui nous occupe lie le Centre de transfusion à un hôpital. Le premier offre des concentrés de produits sanguins au second qui les affecte à son activité de soin. Plus précisément, l'établissement hospitalier acquiert les produits sanguins afin de les transférer à un tiers, à savoir au patient qui nécessite une transfusion. Pour être habilité à aliéner la chose, l'hôpital doit en être propriétaire. Ainsi, il ne peut souhaiter acquérir les poches de sang, de concentrés plaquettaires ou érythrocytaires qu'à titre de propriété.

3. *Le mode de transfert*¹⁹⁵

Que le Centre livre directement le sang aux hôpitaux ou que ceux-ci viennent le chercher sur place, peu importe. La tradition est effective à un moment ou un autre.

4. *Le véritable propriétaire*¹⁹⁶

Dans la mesure où un transfert de propriété effectif et valable a eu lieu entre le donneur et le Centre, ce dernier est le véritable propriétaire du sang complet. Il est donc habilité à le préparer, le fractionner, et le retransférer sous la forme choisie.

B. La gratuité

Le premier acte de la chaîne du sang, le don, est, à une exception près, totalement gratuit¹⁹⁷. Il n'en va, par contre, pas de même pour les opérations qui lui succèdent.

¹⁹⁵ Pour la théorie, voir pp. 294-5 ci-dessus.

¹⁹⁶ Pour la théorie, voir p. 296 ci-dessus.

¹⁹⁷ Voir pp. 297-300 ci-dessus.

1. Le principe de la gratuité

A. L'ARRETE FEDERAL SUR LE CONTROLE DU SANG

Le caractère gratuit des actes juridiques relatifs au sang et aux produits sanguins, au stade de leur distribution, ne découle pas de l'Arrêté fédéral topique. Ce texte ne précise cette exigence que pour les transplants (art. 17). Que faut-il en conclure?

Ce n'est pas par hasard que l'Arrêté fédéral renonce à imposer une exigence de gratuité aux activités de distribution de sang et de produits sanguins. A y regarder de plus près, il ne s'agit pas d'une lacune, puisque la réglementation traite de la «mise sur le marché» qui est «le transfert ou la mise à disposition d'un produit, gratuitement ou à titre onéreux» (art. 3, *litt. g*). Ainsi, le législateur est conscient que les échanges ne se font pas toujours à titre gratuit, en particulier pas au stade de la distribution après préparation.

B. L'ARTICLE 119a CST.

L'article 119a contient, quant à lui, une affirmation claire du principe de gratuité. Cependant, elle est exprimée par rapport au don d'organes ou de tissus¹⁹⁸. Le terme de «don» indique sans ambiguïté que la disposition tend à réglementer le premier acte de la chaîne, à savoir le prélèvement sur le donneur. La notion de gratuité ainsi formulée ne s'applique donc pas au stade qui nous occupe.

Il reste à se pencher sur le deuxième terme du troisième alinéa, à savoir l'interdiction du «commerce d'organes humains». A défaut de fournir une réponse à nos questions, cette disposition ouvre au contraire une pléiade de nouvelles interrogations.

1. L'activité de redistribution

En premier lieu, nous avons d'emblée admis que le don relevait du premier terme de l'alinéa. Faut-il pour autant admettre que l'alinéa 3 *in fine* s'applique à l'activité de redistribution des produits sanguins par les centres de transfusion? Ce texte a-t-il une incidence quelconque sur le transfert du sang au stade de sa distribution, par le Centre, à l'hôpital qui le lui commande? Il est difficile de répondre à cette question. Et ceci pour la simple raison que le législateur fédéral n'a toujours vu, dans la transplantation, qu'un rapport liant un donneur et un receveur. Il n'a pas pris en considération l'intervention d'éventuels intermédiaires, jamais pris la peine de décomposer l'activité de transplantation en une suite de rapports distincts.

¹⁹⁸ «Le don d'organes, de tissus et de cellules humaines est gratuit.» (art. 119a, al. 3. Cst.).

Cherchons malgré tout à clarifier le sens de cette disposition. A l'origine de l'article 119a Cst., et plus particulièrement de la phrase qui nous occupe, se trouve la motion Onken¹⁹⁹. Celle-ci demandait expressément l'interdiction du commerce d'organe. Pour défendre son projet, M. ONKEN a décrit l'activité d'intermédiaires polonais et hongrois entrés en contact avec des hôpitaux et cliniques suisses afin de leur proposer de faire venir en Suisse des individus disposés à vendre certains de leurs organes. Le Conseiller aux Etats a tout particulièrement incriminé les procédés de ces intermédiaires, qui recrutent leurs victimes par petites annonces, et dénoncé le «Schwarzhandel» qui réduisait à zéro tous les efforts de transparence dans ce domaine²⁰⁰. Dans sa réponse, Mme DREIFUSS est également revenue sur le «commerce clandestin de transplants»²⁰¹.

Sans qu'il soit permis d'être catégorique, le concept restant vague, l'interprétation à l'aide des éléments susmentionnés autorise à admettre que l'interdiction du commerce vise tous les types de transactions ayant pour objet des organes humains, et ce à quelque stade qu'elles soient conclues. Ce qui englobe les intermédiaires éventuels. Nous tenons ici la réponse à notre question: l'activité de redistribution est comprise dans le champ d'application de l'alinéa 3, 2e phrase.

II. Gratuité ou extra-commercialité?

Il reste à déterminer le sens à accorder à cette interdiction du commerce. A cet égard, nous pouvons être catégorique sur un point: il ne s'agit pas d'une affirmation d'extra-commercialité complète.

L'exposé ci-dessus, en particulier les interventions de M. ONKEN, mettent en évidence les activités que les autorités helvétiques ont souhaité incriminer par cette formule.

La rédaction définitive de l'article ne provient cependant pas du Conseil fédéral. La phrase émane des parlementaires, à qui il semblait «essentiel» d'ancrer cette interdiction du commerce dans la Constitution²⁰². Si le concept du danger que les parlementaires ont cherché à écarter est maintenant clairement défini, sa traduction juridique l'est nettement moins. Elle ouvre en particulier la porte à une double interprétation. En effet, l'existence d'un "marché noir" des organes fait appel à deux dimensions: le caractère onéreux des transactions et l'absence de tout contrôle étatique.

¹⁹⁹ BOCE 1994, p. 868.

²⁰⁰ BOCE 1994, pp. 868-9.

²⁰¹ BOCE 1994, p. 869.

²⁰² BOCN 1997, p. 2412, Mme DORMANN; p. 2415, M. HOCHREUTENER; p. 2416, M. MEIER; p. 2418, Mme DREIFUSS; p. 2423, M. GUIBAN; p. 2424, M. PHILIPONA.

Le concept de gratuité est confirmé par d'autres sources. D'une part, dans le Message accompagnant le projet de LPMA, le Conseil fédéral définit expressément l'interdiction du commerce comme la prohibition de transactions à titre onéreux²⁰³. Par recoupement, nous pouvons ainsi affirmer que les deux phrases de l'alinéa 3 ont exactement la même signification. D'autre part, cette conclusion est confirmée par une phrase anodine de Mme DREIFUSS, qui, au moment du vote sur le troisième alinéa de l'article 24*décies* aCst., exprime l'accord du Conseil fédéral quant à l'introduction de la «précision» que constitue la seconde phrase²⁰⁴.

Pourtant, et c'est l'autre dimension à laquelle fait appel l'idée de marché noir, l'absence de contrôle est l'une des composantes préoccupantes de tout commerce illégal. Cela n'est pourtant pas mentionné expressément ni dans le texte légal, ni dans les débats parlementaires. L'idée étant absente du texte constitutionnel et des explications qui l'accompagnent, nous limiterons l'interprétation de la seconde phrase de l'alinéa 3 à l'exigence de gratuité.

III. La notion d'organes humains

Nous savons ici que l'activité de redistribution des organes humains est incluse dans le champ d'application de l'alinéa 3, ce qui a pour principale conséquence qu'elle doit se dérouler à titre gratuit. Pourtant, tout n'est pas dit.

La dernière incertitude touche à la définition de l'objet de l'interdiction: le constituant ne mentionne que les organes, alors que la gratuité du don s'appliquait également aux tissus.

Nous savons que le Gouvernement n'est pas à l'origine de cette formulation, qui a été rajoutée par les députés en procédure parlementaire. Ce détail technique a pour conséquence que le texte n'a pas fait l'objet d'un examen aussi minutieux que la version concoctée par le Conseil fédéral. En particulier, il est probable qu'aucun expert de la branche ne s'est penché sur la question. C'est pourquoi nous n'accorderons pas d'importance démesurée à cette lacune. La volonté des Chambres ne pouvait être de prohiber la vente des organes, et de tolérer simultanément les transactions à titre onéreux portant sur le sang, la peau ou les os. Un exemple concret suffit pour s'en convaincre.

En février 1998, les médias rapportaient l'arrestation récente de deux ressortissants chinois, accusés de négocier la vente de reins, foies, pancréas, poumons et peau, tous prélevés sur des prisonniers exécutés²⁰⁵.

²⁰³ «L'interdiction du "commerce" signifie que le patrimoine germinal et les produits des embryons et des foetus ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction à titre onéreux.»
FF 1996 III 197, 274.

²⁰⁴ BOCN 1997, p. 2418.

²⁰⁵ 24 Heures du 25 février 1998.

Une interprétation littérale de l'article 119a Cst. commanderait de réagir au trafic des organes proprement dits, mais de tolérer celui de la peau, si une activité de ce genre venait à se dérouler à l'intérieur des frontières helvétiques. On ne peut imaginer qu'il en soit ainsi, et qu'il s'agisse d'une option délibérée des parlementaires ayant voté le complément au 3e alinéa. Deux éléments viennent confirmer cette première impression.

En premier lieu, à la demande d'interdire le commerce d'organes, Mme DREIFUSS répond par la nécessité de prohiber le commerce clandestin de «transplants²⁰⁶». Le terme employé par la Conseillère fédérale est défini dans l'Arrêté fédéral sur le contrôle du sang et comprend «les organes, les cellules ou les tissus d'origine humaine ou animale destinés à être greffés sur l'homme²⁰⁷». La notion est ainsi autrement plus large que celle d'organes.

En outre, l'acception courante et commune du terme organe est plus large que son acception scientifique, qui veut que soit dénommé ainsi tout «[é]lément anatomique distinct exerçant une fonction particulière²⁰⁸».

Au vu de ces trois arguments, nous nous permettrons d'élargir le champ d'application de l'interdiction du commerce aux tissus, voire aux cellules, du corps humain.

IV. Conclusion

En fin de compte, la disposition topique vise bel et bien l'activité de distribution des produits, notamment au stade postérieur au don. Ensuite, les transactions que cette activité comporte doivent être conclues à titre gratuit. Enfin, le champ d'application s'étend, comme celui de la première phrase de l'alinéa, aux organes, tissus et cellules du corps humain.

C. L'OPPOSITION ENTRE L'ARRETE FEDERAL SUR LE CONTROLE DU SANG ET L'ARTICLE 119a CST.

Les considérations relatives à l'Arrêté fédéral ainsi qu'à la disposition constitutionnelle débouchent sur des résultats différents et, semble-t-il, incompatibles.

I. Le rapport entre les deux réglementations

Il est pourtant indispensable de concilier les deux textes, afin de déterminer l'exigence à laquelle doit se plier toute transaction relative au sang et aux produits sanguins. La démarche est aussi délicate que l'opposition est flagrante. L'Arrêté fédéral, chronologiquement antérieur à la disposition constitutionnelle, envisage expressément «le transfert ou la mise à

²⁰⁶ BOCE 1994, p. 869.

²⁰⁷ Art. 3, *litt. e.*, de l'Arrêté.

²⁰⁸ GARNIER/DELAMARE.

disposition» d'un produit à titre onéreux, en en réglementant la mise sur le marché (art. 3, *litt. g*). L'article 119a Cst. interdit, par le biais d'une formulation maladroite, les transactions à titre onéreux.

Le rang constitutionnel de l'article 119a Cst. lui confère évidemment une priorité incontestable. Pourtant, il est peu satisfaisant qu'une disposition générale, certes de rang supérieur, soit en contradiction avec une loi spéciale. Cette question mérite que l'on s'y intéresse, d'autant plus qu'il paraît aberrant d'imaginer que, du jour au lendemain, à savoir depuis l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle, les Centres de transfusion, qui continuent à céder à titre onéreux les produits sanguins qu'ils préparent, se trouvent en situation d'illicéité.

II. Gratuité et contrôle étatique

Nous avons mis en évidence, plus haut, les perspectives auxquelles renvoyait la volonté d'incriminer le «marché noir» ou «commerce clandestin» d'organes, lesquelles relevaient du choix politique d'instaurer à la fois la gratuité et un contrôle par l'État des activités liées à la transplantation. A notre avis, c'est avant tout au second terme que fait appel l'activité prohibée. Des impératifs de santé publique commandent une surveillance étendue des éléments corporels destinés à la transplantation et de leur affectation.

Pour appuyer notre réflexion sur des faits avérés, citons l'exemple de ces médecins d'Arabie Séoudite qui ont vu, en cinq ans, quatorze des patients de l'unité de dialyse de leur hôpital se tourner vers Bombay pour y acquérir le rein nécessaire à leur survie²⁰⁹.

En Inde, en effet, la vente des différentes parties du corps est une activité lucrative. Le caractère alarmant de la situation découle surtout de ce que les opérations qui se déroulent dans le pays ne satisfont à aucun critère ni de salubrité, ni de contrôle de la compatibilité. Ainsi, les patients qui ont recours aux services des cliniques indiennes et de leurs rabatteurs, les *brokers*, courent des risques conséquents.

Les patients arabes en question en ont fait la triste expérience. Sur le nombre, deux décédèrent avant même leur retour de Bombay. Les autres durent être hospitalisés dès leur arrivée et soumis à un traitement pour lutter contre le rejet par le corps de l'organe implanté. Quatre autres patients sont malgré tout décédés dans un délai inférieur à une année²¹⁰. La somme versée pour l'acquisition de l'organe n'a aucune incidence sur les conséquences médicales du processus. Si la cession des reins transplantés avait eu lieu à titre gratuit, les effets auraient été exactement les mêmes. Ces considérations d'ordre pratique nous incitent ainsi à mettre l'accent sur

²⁰⁹ MOHAMED/VELASCO, *Lancet* 1990, p. 1384.

²¹⁰ MOHAMED/VELASCO, *Lancet* 1990, p. 1384.

la composante "contrôle" du problème, plutôt que sur la composante "gratuité".

La pratique helvétique vient d'ailleurs confirmer ce résultat²¹¹.

D. LE PROJET DE LOI FEDERALE SUR LES PRODUITS THERAPEUTIQUES

Alors que l'exigence de gratuité est inscrite dans la Constitution fédérale au rang de principe incontournable, le projet de Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux ne la mentionne même pas. Le texte de la loi, à l'instar de celui de l'Arrêté, mentionne indifféremment, à plusieurs reprises, le caractère onéreux ou non de certaines opérations. C'est ainsi que la distribution et la remise sont le transfert ou la mise à disposition «rémunéré ou non» d'un produit thérapeutique (art. 4, al. 1, litt. e et f. LPT). Si le projet de loi reconnaît ainsi que le transfert peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit, il n'attache aucune conséquence à cette distinction. Les termes de distribution et de remise sont employés en tant que tels, sans être accompagnés de la précision de leur caractère gratuit ou non.

Cette réglementation est une exception notable dans le statut des parties séparées: l'idée de rémunération est en règle générale systématiquement suivie de la précision qu'un montant versé en contre-partie d'un don ne peut représenter que le remboursement d'impenses occasionnées par le don ou éventuellement l'indemnisation du dédommagement causé par la démarche.

2. *L'application du principe de gratuité*

L'activité de distribution des produits sanguins ne relève pas, pour l'organisation caritative et contrairement à ce qui se fait pour le donneur, d'une optique de bénévolat. Les Prescriptions STS CRS introduisent la notion, plus subtile, de but non lucratif: «Le Service de transfusion sanguine n'a pas de but lucratif. Il fournit ses prestations dans des conditions aussi favorables que possible du point de vue de l'économie nationale. Les prix demandés doivent cependant couvrir les frais.²¹²»

Il apparaît ainsi que la gratuité, telle qu'elle est proclamée par le texte constitutionnel, a pour unique fonction d'affirmer le caractère idéal des activités ayant trait à la transplantation. En cela, le texte de la Croix-Rouge a le mérite de dire les choses telles qu'elles sont: la gratuité n'est pas de mise dans les rapports entre les centres de transfusion et les hôpitaux ou autres institutions qu'ils approvisionnent. Il existe une liste de prix des

²¹¹ Voir pp. 329-31 ci-dessous.

²¹² Prescriptions STS CRS, Chapitre 3, p. 1.

composants fournis. Ces prix sont calculés sur la base des frais engendrés par l'activité de prélèvement, de préparation, de dépistage, de stockage et de transport. Quant au flux financier ainsi généré, il est exclusivement affecté au développement et au fonctionnement du Service de transfusion.

Nous avons analysé plus haut le concept d'interdiction du profit²¹³. C'est précisément cette idée que la Croix-Rouge tente de mettre en pratique. Il y a deux choses essentielles à en dire.

En premier lieu, c'est une notion relative. Le concept est hors de portée de toute définition précise *in abstracto*. De surcroît, même face à un cas concret, il est délicat de situer exactement la portée du principe. La somme affectée par le Centre de transfusion à son développement et son fonctionnement est générée par l'activité du Centre. Si, une fois les charges assumées, un montant, même faible, est à disposition de la direction pour développer le centre, cela signifie, comptablement, un excédent de produits par rapport aux charges. Or, c'est là la définition précise du bénéfice ou profit. Dans son acception commune, cependant, la conception du Centre est parfaitement claire: la Croix-Rouge, en tant qu'organisation caritative, a pour but premier de porter secours. Ainsi que cela figure dans les Prescriptions du Service de transfusion, la philosophie n'est pas de dégager des bénéficiaires extraordinaires, mais de fournir un service d'intérêt public à des conditions aussi avantageuses que possible. Il n'en reste pas moins que la traduction juridique de ce mode de fonctionnement est délicate.

Ensuite, nous avons vu que, confrontée à l'idée de gratuité, cette notion perdait son sens. Dans une logique de gratuité pure, dans un système d'échange sans contre-partie aucune, l'interdiction du profit n'a pas de raison d'être. L'idée de profit, ou bénéfice, est l'essence même d'une logique de marché. Elle est le moteur de toute activité économique. Ainsi, la Croix-Rouge ne peut être gouvernée par la pleine gratuité, qu'en étant entièrement subventionnée. Or, ce n'est pas là le mode de fonctionnement de l'organisation. En conclusion, il est concrètement exclu de prescrire la gratuité aux activités de redistribution des produits sanguins.

Au regard de l'Arrêté fédéral comme du projet de Loi fédérale sur les produits thérapeutiques, et malgré le texte apparemment clair de l'article 119a Cst., l'analyse qui précède nous permet d'affirmer que l'activité de distribution du sang et des produits sanguins, telle qu'elle est pratiquée par les Centres de transfusion, n'est pas soumise à une exigence de gratuité. Même si l'alinéa 3 de la disposition constitutionnelle semble prescrire le

²¹³ Voir pp. 164-8 ci-dessus.

contraire, rien ne s'oppose, dans le droit positif, à ce que le Service de transfusion de la Croix-Rouge vende ouvertement les produits sanguins qu'il prépare.

Ajoutons, pour conclure, que l'incorporation du sang et des produits sanguins dans une loi consacrée aux produits thérapeutiques, et, surtout, l'assimilation expresse du sang et de ses dérivés aux médicaments laissent à penser que le législateur se dirige vers la suppression de la barrière qui sépare, aujourd'hui encore, les produits d'origine synthétique et les éléments d'origine humaine.

C. L'autorisation

1. Le principe de l'autorisation

L'Arrêté fédéral impose expressément la détention d'une autorisation aux personnes qui, d'une part, fabriquent des produits sanguins labiles, d'autre part, mettent sur le marché ou stockent ces produits ainsi que du sang complet (art. 5, al. 1, *litt.* c et d)²¹⁴. C'est précisément le type d'activités exercées par le Centre de transfusion, qui est à ce titre le maillon entre le donneur et l'hôpital, du prélèvement sur le donneur à la distribution aux hôpitaux. Le Centre devra donc satisfaire aux exigences relatives «aux qualifications professionnelles et à l'exploitation» et se doter d'un «système approprié permettant de garantir la qualité pharmaceutique» (art. 5, al. 2)²¹⁵.

L'hôpital devra se procurer également une autorisation s'il souhaite stocker une partie des produits sanguins qui lui sont livrés (art. 5, al. 1, *litt.* d)²¹⁶. Si l'activité se limite à la transfusion ou à l'administration de produits

²¹⁴ Le projet de LPT soumet à autorisation la fabrication (art. 5, al. 1, *litt.* a) et la mise sur le marché (art. 9) des médicaments, lesquels comprennent le sang et les produits sanguins.

²¹⁵ Les conditions de délivrance de l'autorisation sont les mêmes dans le projet de LPT (art. 6, al. 1). En matière de mise sur le marché, par contre, les exigences sont plus nombreuses: l'établissement doit apporter la preuve que le médicament est de qualité, sûr et efficace, il doit être titulaire d'une autorisation de fabriquer, d'importer ou de faire le commerce de gros, et doit avoir son domicile, son siège social ou fondé une filiale en Suisse (art. 10, al. 1).

²¹⁶ Le projet de LPT met également à la charge de l'hôpital qui stocke les produits sanguins l'obligation de se procurer une autorisation. Celle-ci sera cependant délivrée par le canton, qui fixe les conditions de l'octroi et la procédure (art. 34, al. 4, LPT).

sanguins, l'autorisation n'est pas nécessaire²¹⁷. Elle ne le devient que si l'hôpital envisage de conserver les produits au sein de l'établissement. L'Arrêté n'exige par contre pas l'obtention d'une autorisation pour stocker des produits stables. Seules les activités liées au sang complet ainsi qu'aux produits labiles y sont soumises.

Par ailleurs, dans la mesure où le centre hospitalier est effectivement détenteur d'une autorisation, il assume dès lors l'obligation de ne se fournir qu'auprès de personnes détentrices de cette même autorisation (art. 20 de l'Ordonnance).

2. *La mise en pratique de l'autorisation*

Il existe, nous le voyons, une différence par rapport au maillon précédent de la chaîne. L'acte du don met en présence un donneur, qui ne doit satisfaire qu'à des exigences de santé, et un centre qui doit, quant à lui, être au bénéfice d'une autorisation administrative. Dans la relation entre le Centre et son client, la législation impose des obligations aux deux parties en cause. Légalement, le transfert de produits ne sera parfait que si l'un et l'autre intervenants sont détenteurs de l'autorisation exigée.

3. *Le contrat conclu sans autorisation*

A. EN GENERAL

L'Arrêté réprime pénalement, de manière générale, le fait de procéder sans autorisation à des actes qui y sont soumis. La partie en situation irrégulière s'expose aux arrêts ou à une amende jusqu'à concurrence de 50'000 francs (art. 33, al. 1, *litr.* a)²¹⁸.

En matière civile, nous sommes en présence d'un contrat bilatéral, où l'une des parties au moins doit être en possession d'une autorisation pour pratiquer l'opération qui nous occupe. Dans un grand nombre de cas, les deux parties seront soumises à l'obligation d'obtenir l'autorisation.

Au regard de la validité du contrat, la situation est identique à celle ci-dessus: le défaut de l'autorisation n'entraîne pas automatiquement la nullité

²¹⁷ FF 1995 IV 945, 958.

²¹⁸ Le projet de LPT est plus sévère: il menace de l'emprisonnement ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 200'000 francs quiconque fabrique ou met sur le marché des médicaments sans autorisation (art. 86, al. 1, *litr.* b). Si l'auteur agit par métier, la peine d'emprisonnement peut aller jusqu'à 5 ans et la peine d'amende jusqu'à 500'000 francs.

du contrat²¹⁹. Il reste à voir si le sens ou le but de la norme instaurant la procédure commande le recours à l'article 20 CO.

On peut distinguer trois situations différentes, en dehors de la situation "régulière" où aliénateur et acquéreur sont tous deux en possession de l'autorisation d'exploitation.

B. L'HOPITAL NE DISPOSE PAS DE L'AUTORISATION

En premier lieu, le Centre peut avoir fait les démarches nécessaires, alors que l'hôpital est en situation irrégulière. Cette configuration n'est pas source de problème au regard des relations contractuelles. En effet, d'une part, le Centre n'a pas d'obligation de ne traiter qu'avec des détenteurs d'autorisation. D'autre part, la prestation de l'hôpital est uniquement financière. Elle peut ainsi être effectuée indépendamment du défaut de l'autorisation. Les éventuelles sanctions, décidées le cas échéant par l'OFSP, n'auront aucun impact sur la capacité de l'hôpital à exécuter sa part du contrat.

Vraisemblablement, si l'irrégularité est portée à la connaissance du service compétent, les produits stockés au sein de l'établissement hospitalier seront détruits. L'autorisation a pour raison d'être de permettre le contrôle des conditions de conservation. Si l'hôpital qui stocke les produits ne s'est pas soumis à la procédure, cela signifie qu'il n'a pas établi qu'il disposait du «système d'assurance de la qualité pharmaceutique» requis, qu'il était placé sous la responsabilité d'une personne exerçant «une surveillance directe» et possédant les «connaissances techniques nécessaires», que les locaux et équipements étaient «appropriés» et que la sécurité des produits était «assurée» (art. 3 de l'Ordonnance).

La nullité n'a aucun sens dans cette configuration. L'autorisation est délivrée si les conditions de conservation des produits sont adéquates. En l'absence d'autorisation, il n'est plus certain que les produits destinés à être transfusés aux patients répondent aux critères de qualité fixés par l'OFSP. Le but poursuivi par l'autorisation est clair et la solution quant au sort du contrat en découle directement: il s'agit d'empêcher que les concentrés ou les poches de sang acquis par l'hôpital ne soient transfusés. Si le contrat est annulé, les produits sanguins seront retournés au Centre de transfusion. Ils seront cependant inutilisables, puisque les conditions de leur conservation au sein de l'hôpital sont inconnues. L'intérêt sanitaire commande bien plutôt que ces produits soient détruits. Le service fédéral compétent est

²¹⁹ Voir pp. 302-5 ci-dessus.

habilité à prendre ces mesures²²⁰, qui suffisent à garantir la protection des receveurs, objectif premier de la réglementation.

C. LE CENTRE NE DISPOSE PAS DE L'AUTORISATION

La seconde situation est le schéma inverse de l'hypothèse envisagée ci-dessus. L'hôpital est en règle, alors que le Centre n'a pas obtenu ou pas requis l'autorisation d'exploitation. Ici, les deux parties sont en situation délicate et contreviennent à des prescriptions légales. Cela ne dit encore rien sur le sort du contrat.

Un impératif de santé publique rend nécessaire un contrôle par l'Etat des activités de transfusion sanguine. C'est ce but que poursuit directement la procédure d'autorisation: elle tend à garantir que les opérations de traitement, de préparation et de conservation du sang soient effectuées dans le respect des règles édictées par les organes compétents, et guidées par la préoccupation première d'assurer la qualité des produits sanguins. En particulier, les autorités cherchent avant tout à éviter que le sang ne redevienne un vecteur de contamination.

A la lumière de ces principes, la solution paraît claire: l'absence d'autorisation permet de mettre en doute la qualité des produits sanguins offerts par le Centre. Si l'autorisation n'a pas été demandée ou si elle a été refusée, personne n'est en mesure de garantir que le matériel utilisé répondait aux critères posés, que les tests obligatoires ont été effectués ou que les produits ont été correctement étiquetés. Le risque que cette incertitude fait courir à la sécurité des receveurs potentiels est trop grand pour être pris. Il s'impose donc, en tout cas, d'éliminer les produits acquis par l'hôpital. La nullité de la convention provoquerait la restitution des prestations: les concentrés ou les poches de sang seraient retournés au Centre, lequel rembourserait à son cocontractant le montant versé en exécution du contrat. Cette opération ne conduit pas à la seule solution compatible avec les impératifs sanitaires, à savoir la destruction des produits. Sous cet angle, il importe peu que le contrat soit maintenu ou non.

La seule différence tient à l'identité de la partie désavantagée. Si le contrat est maintenu, la prestation de l'hôpital restera due: il devra donc s'acquitter du montant de la transaction s'il ne l'a pas encore fait. Le maintien du contrat lui ouvrira par contre les actions y relatives. En effet, s'il est vrai que l'hôpital a le devoir de ne se fournir qu'auprès de personnes détentrices de l'autorisation, sous peine de perdre la sienne, cela n'affecte en rien ses droits de partie, si le contrat est maintenu.

²²⁰ Art. 25, al. 1, litt. b et c, de l'Arrêté fédéral.

Le Centre, par contre, s'expose non seulement aux sanctions pénales que nous avons décrites plus haut, mais court le risque que l'OFSP s'en prenne aux produits qui sont l'objet du contrat. Que l'OFSP choisisse de les libérer avec charge ou de les éliminer, le Centre est en mauvaise posture. L'hôpital qui a passé commande de plasma frais congelé en vue d'une transfusion refusera ce même produit, si l'OFSP interdit de l'utiliser à d'autres fins que le fractionnement et la fabrication de produits sanguins stables. Plus simplement, si l'OFSP opte pour l'élimination des produits fabriqués en violation des critères de l'Arrêté, le Centre ne sera pas en mesure d'exécuter le contrat. Dans un cas comme dans l'autre, l'hôpital sera habilité à agir en inexécution, ou mauvaise exécution, en vertu des articles 97 sq. CO.

Si l'article 20 CO est invoqué, par contre, les prestations effectuées seront restituées. Ainsi, le Centre verra détruire les produits qu'il se proposait de céder ou devra supporter que l'utilisation de ces produits soit grevée de charges²²¹. Quant à l'hôpital, il récupérera le montant versé en exécution du contrat, ou sera libéré de son obligation pécuniaire, s'il ne l'a pas encore fournie.

Dans les deux cas, l'intervention du service fédéral compétent permettra de sauvegarder les intérêts de santé publique. Le sort du contrat n'a rien à y voir. On ne peut donc pas affirmer que le but des normes en cause impose le recours à l'article 20 CO, puisque l'objectif poursuivi est atteint par la mise en œuvre des moyens déjà mis en place par la législation topique. En l'absence de circonstances qui commandent le recours à cette sanction, il faut y renoncer.

D. NI LE CENTRE, NI L'HOPITAL NE DISPOSENT DE L'AUTORISATION

La dernière hypothèse est celle d'un contrat conclu entre deux parties dont aucune n'est en possession de l'autorisation nécessaire. Les responsables du Centre comme ceux de l'hôpital sont passibles des arrêts ou de l'amende: les premiers n'étaient pas en mesure de céder les produits alors que les seconds n'étaient pas habilités à les stocker. L'hôpital viole en outre l'obligation qui lui est faite de ne se fournir qu'auprès de personnes détentrices de l'autorisation.

Le seul élément qui distingue ce cas de figure du précédent est l'interdiction faite à l'hôpital de conserver des produits sanguins. Cette restriction supplémentaire ne change rien à la solution retenue ci-dessus: le but de protection de l'Arrêté commande la destruction des produits ou leur utilisation avec charge. La nullité du contrat ne permet en aucun cas

²²¹ Art. 25, al. 1. de l'Arrêté fédéral.

d'atteindre cet objectif. Cette sanction n'est donc pas requise par les circonstances et ne doit dès lors pas être retenue.

II. La protection de la personnalité

Dans la chaîne contractuelle qui unit le donneur au Centre, puis le Centre à l'hôpital, le seul intervenant titulaire d'intérêts personnels est le premier maillon, à savoir le donneur. Dans le cadre de la seconde transaction, s'il est susceptible d'être protégé, il ne le sera que contre les atteintes de tiers. La protection interne assurée par l'article 27 CC n'intervient pas, puisqu'il n'est pas d'engagement juridique auquel la personne a souscrit. Le contrat en cause réunit le Centre et l'hôpital: le donneur n'y est pas partie.

L'article 28 CC protège le donneur contre les atteintes portées à ses droits de la personnalité par des tiers²²². Le seul intérêt personnel reconnu sur les parties séparées qu'est le sang est le droit à l'intégrité psychique. Il permet à l'individu de s'opposer à ce que l'élément corporel issu de son organisme soit traité de manière telle qu'elle heurte son équilibre ou sa santé mentale.

Le sang a subi un second transfert, depuis le moment où l'individu a choisi d'en faire don au Centre de transfusion. Il a en tout cas été traité et testé, et peut-être même séparé. Pourtant, même sous une forme dissociée ou sous la forme de concentrés, la substance existe toujours. Tant que le tissu n'est pas détruit, il est susceptible de faire l'objet de traitements dégradants ou répugnants; et tant que l'individu est vivant, il est susceptible d'être heurté dans son intégrité psychique. Ainsi, la protection doit subsister au-delà de la séparation, malgré le transfert à l'hôpital.

A. La cession du sang prélevé à l'industrie pharmaceutique

La cession du produit du don à l'industrie pharmaceutique n'est qu'un exemple d'affectation des produits sanguins à un but autre que la transfusion. On pourrait en imaginer d'autres, tel que l'utilisation du produit dans le cadre d'expériences sur l'être humain.

Le Centre est propriétaire du tissu. Il peut à ce titre en disposer à son gré. Le donneur est titulaire d'un droit de la personnalité, lequel porte notamment sur l'échantillon de sang en mains du Centre. En effet, le sang est un bien mobilier, investi d'un intérêt personnel. En cette qualité, il est propre à être le vecteur d'une atteinte à la personnalité. Le donneur

²²² Voir pp. 215 sq. ci-dessus.

pourrait en effet être heurté d'apprendre qu'un traitement qu'il juge dégradant a été réservé à la substance qu'il a cédée.

L'individu est, de ce fait, habilité à faire respecter ses intérêts. Il peut en particulier s'opposer à ce qu'il soit porté atteinte à ses attributs personnels. Si le comportement du Centre met en danger l'intégrité psychique du donneur, la prérogative réelle doit s'effacer pour laisser au droit de la personnalité la prédominance que commande sa nature idéale.

Le donneur pourrait alors s'opposer avec succès à la transaction en cours, ou réclamer réparation si l'action préventive devait ne plus être possible ou échouer. La démarche est en effet contraire à l'accord, implicite, conclu sur ce point entre le donneur et le Centre de transfusion²²³.

On se souvient que l'article 27 CC offre à l'individu un droit de résiliation spécial qui lui permet de se défaire des contrats qui entraînent pour lui un comportement exorbitant, ou une atteinte, auxquels il choisit de ne plus consentir²²⁴. Il habilite la personne à prévenir une atteinte future. Rien de tel en matière de protection externe de la personnalité: la défense de l'individu est organisée contre les atteintes en cours de concrétisation ou déjà portées aux intérêts personnels. La sanction ne peut être, en principe, que la réparation.

Si la solution à laquelle nous parvenons est dictée par les dispositions du Code civil qui assurent la protection de la personnalité, elle entre en contradiction avec la réglementation du même code qui organise la défense du droit de propriété.

C'est pourquoi, pour obtenir la préséance sur les prétentions réelles de son cocontractant, le donneur devra établir la persistance d'un intérêt personnel. Or, dans certaines circonstances, la preuve de l'atteinte sera particulièrement délicate à apporter. En effet, après sa collecte par le Centre, le sang est traité et séparé en ses divers composants, puisqu'il n'est pratiquement plus utilisé sous forme complète. La substance aliénée par le donneur est réduite à ce stade à la somme de différents concentrés, utilisables de manière indépendante les uns des autres.

En termes techniques, il s'agira de rattacher l'élément corporel à la personnalité, à la sphère de protection du donneur. La démarche n'est pas impossible, mais elle nécessite pour aboutir que soient en jeu des facteurs spécifiques, permettant de justifier qu'après toutes les opérations qu'il a subies, le tissu est encore porteur de l'intérêt personnel revendiqué.

Nous trouvons ici la confirmation, par la pratique, d'une théorie exposée par EUGEN BUCHER. L'auteur explique la difficulté à établir, parfois, le

²²³ Voir pp. 304-5 ci-dessus.

²²⁴ Voir pp. 264-6 ci-dessus

lien d'un élément avec la personne par la distance qui peut séparer les deux composantes du rapport personnel²²⁵. La complexité est évidente ici. Plus le produit du corps s'éloigne, à la fois concrètement et abstraitement du donneur, plus il est difficile d'établir son rattachement à la personnalité et plus il est délicat de faire reconnaître la violation.

En conclusion, les chances du donneur de faire constater l'atteinte qu'il a subie seront minces en pareille hypothèse.

B. La destruction du sang par le Centre

Sur tout prélèvement de sang, le Centre de transfusion se livre à une recherche des marqueurs d'infection, selon une liste établie par l'OFSP. Les prélèvements qui révèlent des marqueurs positifs sont incinérés.

Le sang est à ce stade propriété du Centre. L'institution est donc parfaitement habilitée à détruire l'objet de son droit si elle le souhaite. La question est de savoir si le donneur peut s'y opposer.

Il s'agit d'un cas particulier d'affectation du sang à un but autre que la transfusion. La différence avec les exemples mentionnés ci-dessus est que le non respect de la charge est motivé par un intérêt public prépondérant. Il y a en effet intérêt public «lorsque le sacrifice qui est imposé à la victime est jugé inférieur à l'avantage que peuvent en retirer une pluralité d'autres personnes ou la collectivité»²²⁶.

La destruction des produits tend à garantir la sécurité des receveurs potentiels. L'impératif de santé publique n'est pas d'emblée prioritaire. Il doit être prépondérant. En l'espèce, l'intérêt personnel en jeu consiste en l'éventuelle souffrance que pourrait ressentir le donneur à l'idée qu'une certaine quantité de sang provenant de son organisme soit incinérée. Face à la protection de la santé de nombreux patients, susceptibles d'être infectés par les produits sanguins contaminés, cet intérêt individuel ne pèse pas lourd. En conclusion, même si l'individu n'a pas consenti à l'atteinte que représente pour lui la destruction du tissu, l'intérêt public la légitime et confère au procédé sa licéité.

C. Le décès du donneur

Si le donneur venait à décéder, il ne subsisterait, sur la partie séparée, que les prérogatives réelles, à savoir, en l'espèce, le droit de propriété du Centre de transfusion. Le droit de la personnalité est en effet intransmissible à cause de mort, il s'éteint au décès de son titulaire.

²²⁵ E. BUCHER, p. 88.

²²⁶ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, No 686.

L'extinction du droit à l'intégrité psychique au décès du donneur ne pose pas problème: si le titulaire du droit disparaît, le bien à protéger disparaît avec lui. Il n'y aura plus d'équilibre mental ou de santé psychique à garantir.

Est-ce à dire que le Centre de transfusion est habilité à disposer à son gré de l'objet du don dès le décès du donneur? Est-il en particulier libéré de l'obligation d'affecter le sang à la transfusion? Le droit de la personnalité ne viendra pas s'opposer à une utilisation qui, du vivant du titulaire du droit, aurait donné lieu à réparation, la prétention personnelle s'éteignant au décès de l'individu. Il faudra ainsi admettre qu'au décès du donneur, le Centre est libre d'agir à sa guise à l'égard de la substance aliénée.

III. La qualification du contrat

Par rapport au rapport contractuel qui unit le donneur au Centre de transfusion, il existe deux éléments nouveaux.

En premier lieu, la contre-prestation, exceptionnelle entre le donneur et le Centre de transfusion, est usuelle dans le rapport qui unit le Centre à l'établissement hospitalier. Il nous faudra ainsi envisager de retenir la figure de la vente.

L'autre particularité du rapport qui nous occupe ici vient compliquer la discussion. Le rôle du donneur est purement et simplement de fournir la substance promise ou de se mettre à disposition afin qu'elle puisse être prélevée. Au stade suivant, le rôle de l'aliénateur est plus délicat. Il n'est, dans la majorité des cas, pas un simple intermédiaire: le Centre conserve le tissu, le teste et le transforme. Ainsi, les Centres de transfusion, entre le prélèvement du sang et la fourniture de concentrés aux hôpitaux, procèdent au dépistage de tous les marqueurs infectieux prescrits, séparent le sang complet en ses divers composants, préparent les substances de manière à ce qu'elles soient transfusables et, enfin, stockent tous les concentrés jusqu'à leur délivrance aux hôpitaux. Pour cette raison, il nous faudra élargir l'éventail des solutions offertes au contrat d'entreprise.

A. La donation

Dans la mesure où le rapport entre le Centre et l'hôpital comprend un échange réciproque de prestations, la donation est exclue, du moins dans sa forme classique. Nous verrons plus bas²²⁷ s'il est utile, et adéquat, de recourir à une version altérée de ce contrat.

²²⁷ Voir pp. 344-6 ci-dessous.

B. Le mandat

La figure du mandat est exclue pour des raisons identiques à celles qui ont empêché l'adoption de ce régime dans les relations entre le donneur et le Centre de transfusion²²⁸. Nous nous contenterons de les rappeler ici.

La prestation caractéristique du rapport qui lie le Centre de transfusion à l'hôpital est l'attribution d'un bien. Il est par conséquent peu adéquat d'envisager d'appliquer à cette opération les dispositions d'un contrat qui relève de la prestation de service, de la fourniture d'un travail.

Sur un point, pourtant, une précision s'impose. Le Centre effectue de nombreuses opérations préalables au transfert, lesquelles pourraient s'apparenter à des prestations de service. Pourtant, même si ces activités tiennent effectivement du service, elles sont suivies du transfert de la chose ainsi conçue ou transformée. Dès lors, si la prise en compte de l'aspect travail dans la procédure doit conduire à exclure les contrats d'aliénation, cela se ferait au profit du contrat d'entreprise et non du mandat, étant donné le caractère subsidiaire de ce dernier.

C. La vente

Un contrat de vente est un accord sur l'échange d'une chose ou d'un droit contre une prestation en argent²²⁹. Les éléments caractéristiques du contrat de vente sont «l'engagement de livrer et de transférer la propriété d'une chose» et «l'engagement de payer un prix»²³⁰. Ainsi, l'accord sur ces deux points est la condition à la fois nécessaire et suffisante de la vente²³¹.

1. Le transfert d'une chose

Le contrat de vente est un contrat d'aliénation. A ce titre, il entraîne le transfert définitif de la chose qui est l'objet du contrat²³². Le vendeur a l'obligation de procurer à l'acquéreur «la disposition de fait et de droit de la chose»²³³. La vente est un acte générateur d'obligations. En tant que tel, il ne procure pas directement la propriété de la chose vendue à l'acquéreur, mais fonde uniquement l'obligation de procéder à ce transfert²³⁴. Ainsi, si la vente est annulée, la propriété n'aura pas été

²²⁸ Voir pp. 310-3 ci-dessus.

²²⁹ HONSELL, p. 21; KSP-KOLLER, No 1 ad 184 CO.

²³⁰ TERCIER, *Partie spéciale*, No 123.

²³¹ CAVIN, p. 7; HONSELL, p. 29.

²³² KSP-KOLLER, No 6 ad 184 CO.

²³³ CAVIN, p. 7.

²³⁴ CAVIN, p. 23.

valablement transférée et le vendeur, demeuré propriétaire de la chose, pourra la revendiquer²³⁵.

L'aliénation peut porter sur un objet corporel, à savoir un meuble ou un immeuble, ainsi que sur un élément incorporel, comme une créance ou une servitude²³⁶. Cette prestation est un des éléments essentiels du contrat. C'est également un des éléments essentiels de la relation qui lie le Centre de transfusion à l'établissement hospitalier²³⁷. Sur ce point, les règles contractuelles rendent parfaitement compte de la réalité de l'échange.

2. La contre-prestation

D'un strict point de vue technique, le transfert d'une poche de sang ou d'un concentré érythrocytaire amène une contre-prestation, de nature financière de surcroît. Le caractère inhabituel de cette prestation pécuniaire réside dans son calcul: le montant est évalué de manière à couvrir les frais engagés, sans plus. L'idée de profit, essentielle à la vie économique, est évacuée au nom de considérations d'ordre éthique.

Les dispositions légales ne nous sont d'aucun secours quant à la qualification juridique de pareil procédé. En dehors des cas extrêmes tels que la lésion (21 CO), l'escroquerie (146 CP) ou l'usure (157 CP), la doctrine se borne à relever que le montant du prix est librement déterminé par les parties²³⁸. On trouve parfois l'idée de «gerechter Preis²³⁹». La disproportion entre les prestations ne suffit pas à conclure que le prix n'est pas "juste". Il devrait s'y ajouter un critère subjectif, en ce sens que la détermination du prix devrait reposer sur un intérêt égoïste injustifié ou sur une motivation critiquable²⁴⁰. Ces indications ne nous sont que d'une aide limitée, dans la mesure où elles tendent à définir l'éventuel caractère excessif de la prestation pécuniaire, alors que nous tentons précisément la démarche inverse.

Si le montant de la contre-prestation n'est pas déterminé par le contrat, l'article 212 CO renvoie au prix du marché au moment et à l'endroit de l'exécution²⁴¹. L'offre et la demande sur un marché libre devraient suffire

²³⁵ CAVIN, p. 28.

²³⁶ GUHL/KOLLER, p. 339; HONSELL, pp. 29-30; KSP-KOLLER, Nos 10-1 ad 184 CO.

²³⁷ Voir p. 320 ci-dessus.

²³⁸ BK-GIGER, Nos 163 et 165 ad 184 CO; GUHL/KOLLER, p. 339; HONSELL, p. 36; TERCIER, *Partie spéciale*, No 416.

²³⁹ BK-GIGER, Nos 164-5.

²⁴⁰ BK-GIGER, No 164 ad 184 CO.

²⁴¹ GUHL/KOLLER, p. 371.

à déterminer le "juste prix"²⁴². Il n'existe par ailleurs, dans le domaine qui nous intéresse, aucun tarif prescrit par une autorité administrative.

Nous pouvons exclure les cas de figure relevant du droit pénal. Reste alors la liberté, civile, des parties d'évaluer la valeur économique de la prestation. Or, c'est à notre avis précisément de cette marge de manoeuvre reconnue à l'individu que les Centres de transfusion tirent le fondement de leur action.

La Croix-Rouge est soumise à deux impératifs: d'une part, les Services de transfusion doivent être rentables; d'autre part, la gestion de l'entier des activités est gouvernée par des principes éthiques. Le premier terme représente la limite inférieure du prix à proposer aux hôpitaux: la vente des produits sanguins doit générer un flux financier suffisant pour couvrir les charges inhérentes à leur production. Quant au second terme, il est la limite supérieure de l'évaluation pécuniaire de la prestation fournie: l'organisation caritative se doit de ne pas dégager un revenu inconvenant, supérieur dans une large mesure à ses besoins réels.

Aucun des éléments développés ci-dessus n'est incompatible avec la thèse de la vente. En particulier, «les bénéfiques ne caractérisent pas le contrat de vente, qui est la simple délivrance d'une chose contre le paiement d'un prix.²⁴³» Ainsi, il paraît justifié de la retenir.

Il est intéressant de noter, en conclusion, qu'un tribunal français a précisément retenu cette figure contractuelle pour qualifier la distribution des produits sanguins par un centre de transfusion «même si le prix est qualifié de "défraiement" et «étant rappelé que la vente n'implique pas nécessairement la notion de profit»²⁴⁴.

3. *La vente et l'entreprise*

Nous avons exposé plus haut le travail considérable fourni par le Centre de transfusion, aboutissant à transformer le sang complet, prélevé sur les donneurs, en différents concentrés, testés contre les principales sources de contamination et prêts à être transfusés²⁴⁵. La question se pose de savoir si l'on a toujours affaire à une vente «lorsque, contre paiement d'un prix, le débiteur s'est obligé à livrer une chose déterminée, qu'il doit auparavant

²⁴² HONSELL, p. 36.

²⁴³ HERMITTE, p. 282.

²⁴⁴ HERMITTE, p. 281.

²⁴⁵ Voir pp. 282-6 ci-dessus.

fabriquer»²⁴⁶. En effet, l'exécution de l'ouvrage relève du contrat d'entreprise, alors que le transfert de la chose tient de la vente²⁴⁷.

Le caractère prépondérant de la prestation fournie est un critère communément utilisé²⁴⁸. Si l'élément matériel prédomine, l'acte est une vente. Si le travail l'emporte par contre sur l'aspect matériel, il s'agit d'un contrat d'entreprise. Ainsi, lorsqu'un homme acquiert un complet qui nécessite des retouches, le contrat reste une vente. Si l'objet de la convention est un complet sur mesure, l'acte relève de l'entreprise.

CAVIN se rallie à cette idée, dans la mesure où l'ouvrage est conçu comme une «prestation spéciale, ayant un caractère personnel, individuel», une prestation «engageant l'effort personnel, l'activité créatrice, l'habileté et les connaissances techniques de l'entrepreneur»²⁴⁹. Il relativise en outre le critère du caractère prépondérant en précisant que la prédominance de l'aspect travail n'est pas acquise dès que le coût du travail l'emporte sur celui de la matière²⁵⁰.

Pour TERCIER, la distinction «dépend des circonstances²⁵¹». L'auteur propose d'évaluer le «caractère personnel». Ainsi, «si la chose à produire a un caractère personnel marqué, qu'elle est spécialement créée pour les besoins de celui qui la commande, lequel peut par ses instructions en définir le caractère et les spécificités», c'est vers le contrat d'entreprise qu'il faut se tourner. Inversement, «si la production est impersonnelle ou du moins si le caractère personnel n'est que secondaire, que la chose peut être utilisée pour d'autres besoins et que les spécificités du contrat n'en modifient que les détails», on aura recours aux règles de la vente.

CAVIN fait appel à cette même idée du caractère personnel de l'ouvrage. Ainsi, l'ouvrage n'est pas exécuté spécialement pour l'acheteur lorsqu'il n'est que «la répétition, souvent mécanique, d'opérations bien antérieures au contrat». Dans cette hypothèse, l'acheteur attend de son cocontractant «qu'il lui livre l'un quelconque des produits de sa fabrication, répondant à des spécifications déterminées». A cet égard, il lui importe peu que la chose «soit prélevée sur des stocks existants ou qu'elle doive encore être fabriquée²⁵²». Par opposition à ce qui vient d'être dit, les relations

²⁴⁶ CAVIN, p. 16.

²⁴⁷ KSP-ZINDEL/PULVER, No 9 ad *Vorbemerkungen zu 363-379 CO*.

²⁴⁸ ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 435; CAVIN, p. 16.

²⁴⁹ CAVIN, p. 16.

²⁵⁰ CAVIN, p. 16.

²⁵¹ TERCIER, *Partie spéciale*, No 2406.

²⁵² CAVIN, pp. 16-7.

contractuelles relèveront de l'entreprise, lorsque la chose est unique, qu'elle a été «spécialement exécutée selon les indications du client²⁵³». Dans la même idée, HONSELL expose qu'il y a vente lorsque les produits sont construits en série et que l'acquéreur les achète sur catalogue²⁵⁴.

Le Centre prépare un certain nombre de produits, dont la liste est fournie aux hôpitaux en vue de leur commande. Ainsi, il propose des produits déterminés à l'ensemble des institutions intéressées. L'offre est adaptée à la demande, dans la mesure où les produits fabriqués le sont parce qu'ils répondent à la demande des établissements hospitaliers. Cette spécification de l'offre est cependant générale, et en aucun cas individuelle. Le Centre de transfusion adapte sa production aux besoins du marché sur lequel il entend la proposer. Il existe quelques cas où le Centre fournit une substance de nature particulière à un laboratoire, mais ce service reste exceptionnel.

Du point de vue des clients du Centre, la situation est encore plus évidente. Pour reprendre les arguments de CAVIN, il importe peu à l'établissement hospitalier, lorsqu'il passe sa commande, que les produits sanguins soient prélevés sur les stocks du Centre ou qu'ils doivent encore être préparés. L'acquéreur s'intéresse uniquement au produit fini, il veut obtenir «l'un quelconque des produits» de la fabrication du Centre, «répondant à des spécifications déterminées». Le Centre peut alors se libérer par «la livraison de n'importe quel produit de sa fabrication répondant aux spécifications convenues²⁵⁵».

Il paraît clair maintenant que le contrat d'entreprise doit être écarté. Il n'est pas exclu que le Centre puisse fonctionner selon ce schéma, mais uniquement dans le cadre de relations spécifiques, et de ce fait marginales. La relation type qu'entretient le Centre avec ses clients usuels, à savoir les établissements hospitaliers, ne relève pas du contrat régi par les articles 363 et suivants du Code des obligations.

D. La donation mixte

La vente semble une structure adéquate. Cela étant, il est intéressant d'envisager malgré tout la figure de la donation mixte, dont la caractéristique essentielle colle exactement au problème qui nous a occupée ci-dessus: les parties conviennent d'un prix dont elles sont conscientes qu'il est inférieur à la valeur de l'objet, dans le but d'attribuer gratuitement la

²⁵³ CAVIN, p. 17.

²⁵⁴ HONSELL, p. 23.

²⁵⁵ CAVIN, p. 17.

différence à l'acquéreur²⁵⁶. Dans cette hypothèse, la sous-évaluation du prix de vente acquiert une signification juridique propre²⁵⁷.

Il est inutile de revenir sur l'élément essentiel du contrat qu'est l'attribution de biens. Sur ce point, il suffit de renvoyer aux considérations faites plus haut. Tout l'intérêt du recours à ce contrat réside dans la présence d'une contre-prestation de nature mixte, tenant à la fois de la donation et de la vente. C'est donc sur ce point que nous allons concentrer notre analyse.

Les parties doivent connaître et vouloir la disproportion des prestations²⁵⁸. Il n'y a, d'une part, pas attribution à titre gratuit si elles ne sont pas conscientes de la valeur plus élevée d'une des prestations²⁵⁹. D'autre part, les parties étant libres dans l'estimation qu'elles font de ce qu'elles échangent, l'intention libérale doit être présente²⁶⁰. La donation mixte est à distinguer du "prix d'ami", lequel s'apparente à l'affaire avantageuse et qui est considéré comme une prestation «juste et équitable»²⁶¹. Tant que l'aliénateur considère que la somme fixée couvre le prix de vente, qu'elle représente une juste compensation pour l'objet aliéné ou un «équivalent complet»²⁶² de sa valeur, il n'y a pas attribution à titre gratuit²⁶³.

Ce dernier critère est inutilisable. Est-ce que la somme fixée couvre le prix de vente lorsqu'elle correspond au coût de fabrication du produit ou uniquement lorsqu'elle représente le coût de fabrication augmenté de la marge bénéficiaire?

Il existe un autre critère à prendre en compte: l'intention libérale est présumée lorsque la différence de valeur entre les prestations est

²⁵⁶ ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 123; GUHL/KOLLER, p. 395; KSP-VOGT, No 5 ad 239 CO; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, No 31 ad 239 CO.

²⁵⁷ BK-GIGER, No 166 ad 184 CO.

²⁵⁸ ATF 98 II 352, JT 1973 I 322; ATF 84 II 247, JT 1959 I 145, 149; ATF 84 II 338, JT 1959 I 130, 138; ATF 77 II 36, JT 1951 I 438, 441; CAVIN, p. 178; KSP-VOGT, No 5 ad 239 CO.

²⁵⁹ ATF 116 II 225, JT 1991 I 226, c. 3a.

²⁶⁰ BK-GIGER, No 166 ad 184 CO; TERCIER, *Partie spéciale*, No 887.

²⁶¹ ATF 77 II 36, JT 1951 I 438, 441.

²⁶² ATF 84 II 247, JT 1959 I 145, 150.

²⁶³ ATF 98 II 352, JT 1973 I 322, 326; ATF 77 II 36, JT 1951 I 438, 441; HONSELL, p. 184; KSP-VOGT, No 5 ad 239 CO.

conséquence²⁶⁴. A l'inverse, un léger écart entre le prix convenu et la valeur de l'objet du contrat ne suffit pas à imposer la donation mixte²⁶⁵.

Le Centre fixe ses prix de manière à assurer le bon fonctionnement de son service. Ainsi, tous les coûts doivent être amortis et un bénéficiaire doit être dégagé de la fourniture des produits pour permettre d'éventuels nouveaux investissements. Le Centre ne fonctionne donc pas à perte. La contre-partie qu'il exige est certes inférieure à ce qu'elle serait sans l'entrave que représente l'option caritative, mais elle n'en est pas moins d'un montant non négligeable²⁶⁶. Sans nous décider à rejeter la figure de la donation mixte, cette conclusion nous interdit de présumer l'intention libérale sur la seule base de la différence de valeur entre les prestations.

En conclusion, il n'existe qu'une certitude à l'égard du prix d'échange des produits sanguins fournis par la Croix-Rouge: les Centres de transfusion refusent volontairement et en toute connaissance de cause de percevoir l'entier du montant qu'ils pourraient exiger de leurs cocontractants, et que ceux-ci seraient par ailleurs probablement prêts à assumer. En d'autres termes, les prix fixés par les Centres sont inférieurs à ceux qui seraient pratiqués en l'absence des principes éthiques qui régissent les activités du Service de transfusion. Sous cet angle, la démarche du Centre s'apparente clairement au geste du donateur.

E. Conclusion

En fin de compte, le droit positif connaît deux types de contrats dont le régime serait propre à rendre compte des opérations et interactions liées à l'activité de la transfusion. La vente comme la donation mixte peuvent prétendre à s'appliquer.

Juridiquement, il n'est pas nécessaire de trancher, puisqu'en pratique la solution a peu d'impact. En effet, si les dispositions relatives à la donation trouvent application pour la partie gratuite de l'acte, la fraction synallagmatique du contrat sera régie par les règles de la vente²⁶⁷. Le contrat onéreux comporte une libéralité²⁶⁸ et la prestation du donateur

²⁶⁴ CAVIN, p. 178; ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 123.

²⁶⁵ ATF 84 II 338, JT 1959 I 130, 134; ATF 77 II 36, JT 1951 I 438, 440; ATF 54 II 93, 99; ATF 54 II 106, 109; BK-GIGER, No 166 ad 184 CO; HONSELL, p. 184.

²⁶⁶ Voir pp. 285-6 ci-dessus.

²⁶⁷ GUHL/KOLLER, p. 395; HONSELL, p. 185; TERCIER, *Partie spéciale*, No 886.

²⁶⁸ CAVIN, p. 178.

relève alors simultanément de deux types de contrats distincts²⁶⁹. Nous retrouvons ainsi la figure juridique citée plus haut.

Il est cependant peu satisfaisant de ne pas opter pour l'une ou l'autre forme contractuelle. C'est pourquoi nous allons confronter les solutions retenues sur un terrain plus pratique que théorique.

En premier lieu, pèse en faveur de la vente le fait que, parmi les parties au contrat, seul le Centre est guidé par des préoccupations éthiques. Il a, face à lui, un acteur de la vie économique, qui se comporte dans l'ensemble de son activité selon les règles classiques du marché. D'abord, les considérations éthiques ne sont d'aucune pertinence pour l'hôpital ou la clinique clients du Centre, dont l'activité n'est pas régie par des principes analogues à ceux guidant l'action de l'organisation caritative. Ensuite, une évaluation du prix des produits sanguins effectuée selon les seules lois du marché n'aurait aucun impact direct sur l'acquéreur. Ce dernier n'achète en effet que pour revendre. En pratique, le coût des produits sanguins est reporté sur les patients qui en bénéficient. Certes, des produits onéreux renchérissement le coût global des prestations fournies par l'établissement hospitalier, mais la différence n'est perceptible que par le dernier maillon de la chaîne, à savoir le receveur. Une éventuelle augmentation n'affecterait en rien la situation de l'intermédiaire qu'est l'hôpital.

Un second argument en faveur de la vente vient appuyer le premier. Nous avons admis la donation pour le premier acte de la chaîne, à savoir l'intervention du donneur bénévole. Si l'on compare la nature de chacun des actes, ils sont en opposition flagrante. Le volontaire qui se présente au Centre est animé par un sentiment altruiste, purement idéal puisque le don n'est pour lui d'aucun profit. Le Centre de transfusion, même affranchi de toute visée lucrative, n'en reste pas moins un acteur de la vie économique, que son action se déroule ou non à l'abri des règles ordinaires de la concurrence.

Si ces considérations autorisent à penser que la vente serait plus adéquate, nous n'allons pourtant pas opter pour ce contrat. Il existe en effet, à notre avis, un facteur essentiel qui commande d'opter pour la donation mixte. Le Service de transfusion sanguine est dominé, nous l'avons vu, par des principes éthiques qui le conduisent à ne pas tirer exagérément profit d'un commerce qui pourrait, ne serait-ce l'option caritative, se révéler hautement lucratif. Le monde médical ne pourrait, à l'heure actuelle, se passer du sang ou des concentrés qui en sont dérivés; la demande existe, elle est forte et destinée à se maintenir, du moins tant que les substituts artificiels ne l'emporteront pas. Au caractère vital du produit en cause, qui

²⁶⁹ BK-GIGER, No 166 ad 184 CO; KSP-KOLLER, No 8 ad 184 CO.

contribue à donner au service assuré par les Centres une valeur inestimable, vient s'ajouter la position privilégiée, de quasi-monopole, dont jouit le Service de transfusion sanguine de la Croix-Rouge. Réunis et dûment exploités, ces deux éléments permettraient aux Centres de transfusion de fixer unilatéralement le prix de leurs produits, sans avoir à craindre de ne pas trouver d'acquéreurs.

Le Service de transfusion a en mains un potentiel financier conséquent, qu'il renonce sciemment à exploiter. Cette démarche éthique doit, nous semble-t-il, être traduite en termes juridiques. Or, s'offre à nous précisément le moyen de le faire, en renonçant à la figure de la vente, à connotation négative, pour adopter celle de la donation mixte, qui laisse transparaître, ne serait-ce que partiellement, le souci éthique qui guide l'activité de transfusion de la Croix-Rouge.

§ 4 Les relations entre le donneur et l'hôpital

Le donneur de la substance est l'acquéreur à titre originaire. Par rapport à ce dernier, l'hôpital est le deuxième acquéreur à titre dérivé. Dans la mesure où les transferts de propriété successifs ont eu lieu conformément aux règles étudiées ci-dessus, le donneur a perdu toute prérogative réelle sur l'élément, au moment du premier transfert déjà. Il ne peut donc y avoir de prétentions réelles d'aucune sorte entre le premier maillon de la chaîne et le dernier.

La question se pose de savoir si, au vu de la nature humaine du tissu, le donneur est en mesure d'influer sur son utilisation ultérieure. En pratique, la réponse est absolument négative. Le Centre de transfusion n'entre pas en matière quant aux requêtes éventuelles relatives à la transfusion du sang à des catégories de personnes déterminées. Il semble même que le fait de poser de telles conditions entraîne la non-admission au don.

§ 5 Conclusion

La relation telle que nous l'avons décrite ci-dessus n'est pas complète. Un quatrième, et dernier, maillon intervient dans la chaîne: il s'agit du receveur. Les rapports qui s'établissent entre ce dernier et l'hôpital qui s'est fourni auprès du Centre ne sont pas différents de ceux qui unissent le Centre aux hôpitaux. Ils sont simplifiés sur un point: le receveur n'est pas soumis à la procédure d'autorisation prévue par l'Arrêté.

Ceci dit, l'exposé qui précède met en lumière le caractère à la fois central et complexe du principe de gratuité.

Le principe de gratuité n'est pas aussi répandu qu'on a parfois tendance à le croire. Les Etats-Unis sont et resteront un cas particulier. Nous ne reviendrons pas sur les spécificités du système américain. Plus près de nous, l'Allemagne s'obstine à rémunérer ses donneurs, en dépit de directives européennes claires en la matière. Ainsi, un donneur de sang touche jusqu'à 50 DM, alors qu'un donneur de plasma ou de plaquettes peut espérer recevoir le double. Il semble qu'en France également, l'approvisionnement ne repose pas entièrement sur des donneurs bénévoles²⁷⁰.

Le fondement de ces compensations pécuniaires est évidemment la pénurie de donneurs. Le caractère incitatif de la prestation est clairement reconnu en Allemagne, même si on choisit d'y voir un remboursement de frais plutôt qu'un paiement pur et simple²⁷¹.

En Suisse aussi, certains aspects de la transfusion pourraient conduire à l'introduction, du moins partielle, d'une indemnisation des donneurs.

Nous avons vu plus haut que le plasma était fractionné pour préparer des produits sanguins stables. Parmi ces produits, on trouve les gammaglobulines. Il s'agit de protéines situées notamment dans le sérum sanguin et dotées d'une activité anticorps²⁷². Le champ d'application et d'activité de ces protéines a été fortement élargi avec le temps, au regard notamment des maladies immunitaires. L'augmentation des indications a entraîné des besoins croissants et donc une pénurie. Pour remédier au manque, une solution pourrait être d'encourager le don de plasma uniquement, en organisant sa rémunération.

L'instauration d'un système rémunéré ne serait pas une innovation. En 1980, les journaux américains rapportent le cas d'une femme de Floride qui déclarait, au titre de ses revenus, un montant de 7170 dollars, provenant de la vente de son plasma d'un groupe rare, à savoir AB négatif²⁷³.

²⁷⁰ CASH, *BMJ* 1994, Vol. 309, p. 1160; LEIKOLA, *BMJ* 1994, Vol. 309, p. 1585; PEERENBOOM, *Nature Medicine* 1998, Vol. 4 (2), p. 139.

²⁷¹ PEERENBOOM, *Nature Medicine* 1998, Vol. 4 (2), p. 139.

²⁷² GARNIER/DELAMARE.

²⁷³ L'affaire fut portée devant les tribunaux, parce que l'Américaine revendiquait un abattement du tiers de la somme au titre de frais professionnels. Le tribunal saisi déclara que la contribuable se livrait à un commerce «semblable à celui du miel, du lait ou de la farine», lequel justifiait une déduction de près de 200 dollars pour le régime riche en protéines que son activité requérait, ainsi que 500 dollars pour les frais de

En outre, la logique de rémunération se justifie également sous l'angle des coûts de fonctionnement. Il est en effet plus rentable de convoquer des donneurs à heure fixe, quitte à les indemniser, que de laisser aux individus la liberté de se présenter quand ils le souhaitent sans les rémunérer. La gestion des stocks de produits sanguins est gravement compliquée par l'incertitude qu'entraîne l'imprévisibilité du nombre de candidats quotidiens au don.

Ces quelques éléments témoignent d'un danger potentiel: le risque de pénurie est réel. Or, un moyen simple et adéquat d'y remédier est le recours à l'incitation financière. Si le législateur est rigoureusement opposé à cette pratique, il devra l'affirmer de manière plus consistante qu'il ne le fait à l'heure actuelle. Il devra en particulier se pencher sur la question de l'indemnisation de certaines classes de donneurs et fixer un cadre strict pour la poursuite de cette pratique, s'il la juge admissible.

Précisons pour conclure que l'argument de santé publique fréquemment évoqué ne suffit pas à imposer la gratuité. Les études conduites ne parviennent pas à montrer de manière concluante que les risques de transmission diminuent significativement avec la disparition des donneurs professionnels²⁷⁴.

transport du sang chez l'acheteur «dans son propre corps» (FÄTKENHEUER, *Marchands de sang, un commerce dangereux*, p. 11).

²⁷⁴ MUDUR, *BMJ* 1998, Vol. 316, p. 172; HOWDEN-CHAPMAN ET AL., *BMJ* 1996, Vol. 312, p. 1132; FIEDLER, *Lancet* 1992, Vol. 339, p. 551; VOLKOW, *JAIDS* 1992, Vol. 5 (9), p. 949; CHATTOPADHYA/RILEY/KUMARI, *WHO Bulletin* 1991, Vol. 69 (3), p. 319-23; JAYARAMAN, *Nature Medicine* 1998, Vol. 4 (2), p. 139.

Chapitre VII La banque de sperme

«Au-delà des apparences de l'expression consciente du désir de donner, chaque homme inconsciemment organise son acte selon son histoire personnelle et ses ancrages¹».

Que la démarche du donneur de sperme relève d'un processus d'identification avec le père stérile, qu'elle s'apparente à la réparation d'une injustice ou encore à la réalisation de son propre désir d'enfant, elle est toujours complexe. L'insémination avec donneur est synonyme à la fois de la démarche altruiste, narcissique selon certains, d'un homme fertile, de la souffrance d'un couple stérile et de la concrétisation d'un désir de parentalité².

De nombreux intérêts, convergents ou divergents selon les circonstances, interagissent. Méritent-ils tous une protection légale équivalente, certains d'entre eux doivent-ils céder le pas à d'autres, jugés prépondérants? C'est à l'étude de ces questions que nous allons consacrer ce chapitre.

§ 1 La banque de sperme du CHUV

L'exposé qui suit a été réalisé sur la base d'un entretien avec M. le Professeur Marc GERMOND, médecin responsable de l'Unité de médecine de la reproduction du Centre Hospitalier Universitaire Vaudois.

I. La médecine de la reproduction

Le Centre Hospitalier Universitaire Vaudois (CHUV) possède une Unité de médecine de la reproduction, qui a pour mandat d'investiguer et de traiter toutes les stérilités de couple. Le personnel de l'Unité ne travaille pas dans l'objectif "un enfant à tout prix". Au bout du processus, seuls certains couples auront un enfant. Quant aux autres, ils parviendront, s'ils le peuvent, à faire le deuil de leur stérilité. Le contrat médical inclut en effet l'accompagnement dans l'acceptation du diagnostic d'infertilité.

¹ MAOANI/PERRET, *L'insémination artificielle*, p. 83.

² LEBOVICI/BOUAZIZ, *Psychiatrie de l'enfant* 1994 (2), pp. 640-7.

La prise en charge inclut, dans un premier temps, les investigations permettant le diagnostic de la stérilité, puis, soit le soutien psychologique que nécessite l'acceptation de l'infertilité, soit, le cas échéant, le recours à des méthodes de procréation médicalement assistée (PMA).

Nous allons nous limiter à décrire les cas où la procréation, assistée, est possible. Lorsqu'un diagnostic est posé, les médecins ont un éventail thérapeutique à proposer aux patients. La gamme des solutions va de la micro-chirurgie coelioscopique³ aux traitements endocriniens et à la PMA, terme générique qui désigne à la fois les inséminations artificielles, avec ou sans donneur, et la fécondation *in vitro*.

II. Les donneurs

L'insémination artificielle est réalisable avec le sperme du mari ou celui d'un tiers. Dans le second cas, l'hôpital fournit à la patiente les spermatozoïdes d'un donneur sain, pour pallier la stérilité du conjoint. C'est pourquoi il est nécessaire de mettre sur pied une banque de sperme. Cette institution a pour activités principales de recruter les donneurs, les sélectionner, recueillir les prélèvements, effectuer les tests nécessaires et enfin conserver les gamètes jusqu'à leur utilisation.

A. Le recrutement des donneurs

Les donneurs sont recrutés de façon absolument aléatoire, par le bouche à oreille. Un médecin de la banque se charge de lancer le mot dans un groupe de personnes, lorsque le besoin s'en fait sentir. Une série de donneurs se présentent alors sur une période relativement limitée. Le système fonctionne bien, puisque la banque ne connaît pas la pénurie.

Les seules contingences dans l'acceptation d'un donneur sont les contingences cliniques, anamnestiques. Il n'y a pas d'autres critères de sélection, et donc pas d'exclusion *a priori* de certaines catégories de donneurs. L'âge n'est pas un critère en soi, mais la sélection se fait en réalité toute seule, puisque seuls les hommes jeunes se présentent. En pratique, l'âge maximum est environ 35 ans, en Suisse comme à l'étranger⁴. Les CECOS, banques de sperme françaises, ont, par contre,

³ La coelioscopie est l'examen visuel direct de la cavité abdominale au moyen d'un endoscope. La chirurgie coelioscopique est la chirurgie effectuée sous coelioscopie.

⁴ MAHLSTEDT/PROBASCO, *Fertil Steril* 1991 (56), No 4, pp. 748-9; PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 703.

choisi de limiter l'âge, lequel est fixé à 55 ans afin d'éviter «les mélanges de génération»⁵.

Contrairement à ce qui se fait en France, la banque ne pose aucune exigence quant à l'état civil des donneurs. En particulier, peu importe qu'ils soient mariés ou non. Relevons au passage que les règles de fonctionnement strictes des CECOS ont pour conséquence une pénurie de donneurs et donc un manque chronique de sperme.

Les donneurs ne sont pas interrogés sur les raisons de leur démarche. Si la motivation de donneurs animés d'intérêts uniquement financiers est jugée nettement insuffisante, il n'y a pas de contrôle pour autant.

Tous les candidats au don acceptent que leur identité soit révélée aux enfants issus de leur don de sperme. Ils signent un formulaire par lequel ils autorisent la communication de leurs données, ils renoncent à connaître leur éventuelle descendance, ainsi qu'à se renseigner sur leur progéniture potentielle, et à émettre des prétentions contre le CHUV.

Avant l'entrée en vigueur de la LPMA déjà, la banque de sperme était gérée de façon à respecter, de manière anticipée, les principes directeurs de la future législation. En particulier, les donneurs répondaient aux exigences sanitaires que fixe la loi (art. 19, al. 1, LPMA).

B. Le don de sperme

Le donneur de sperme se voit remettre un stock de récipients, qu'il a le choix de remplir à domicile, ou dans une salle de la maternité prévue à cet effet. Chaque semaine, il dispose de quatre moments déterminés pour déposer le récipient dans une alcôve, située dans un couloir de la maternité. Il est impératif que le sperme soit livré dans les trente minutes suivant la production. Pour identifier le don, le donneur inscrit un code sur l'étiquette du récipient. Il doit également indiquer le nombre de jours d'abstinence précédant le don.

Si la LPMA ne limite pas le nombre de dons par donneur, le Laboratoire le fait. En pratique, un donneur se présente environ dix fois à la banque. Cela permet d'avoir un nombre de paillettes suffisant pour qu'il vaille la peine de les mettre en quarantaine et que l'investissement en argent comme en travail soit amorti. Inversement, il ne sert à rien de collecter une quantité de semence démesurée: la banque ne peut inséminer indéfiniment

⁵ CLAVERT, *L'heure du doute*, p. 20.

avec les gamètes d'un seul individu, le nombre de grossesses induites par le sperme d'un même donneur étant limité à huit (art. 22, al. 2, LPMA).

Précisons encore que la LPMA interdit aux hommes de donner à plusieurs centres (art. 19, al. 2), ce qui renforce les possibilités de contrôle.

A titre de comparaison, les banques américaines ont eu accepté, dans les années quatre-vingts, jusqu'à 250 dons d'un même individu⁶. Dans d'autres pays également, les donneurs sont souvent actifs pendant une longue période⁷.

Les dépôts dont les marqueurs infectieux se révèlent positifs sont jetés immédiatement. A la banque du CHUV, il n'est jamais arrivé que les tests effectués après la mise en quarantaine mettent en évidence une maladie grave qui interdise d'utiliser le produit du don. La population qui vient donner est donc tout à fait saine à cet égard.

Le donneur ne peut exprimer de désirs ou d'interdictions quant à l'insémination projetée. Les médecins de l'Unité n'accueilleraient aucune demande si un homme s'avisait de donner des directives quant au couple qui bénéficiera du don.

C. L'indemnisation des donneurs

Selon les termes mêmes des responsables de la banque, les donneurs ne sont pas rétribués, mais défrayés. Ils reçoivent 90 francs, censés couvrir les frais de trajet et la perte de temps qu'engendre le don. Il s'agit d'un forfait, tous les donneurs touchant un montant identique.

Relevons que si l'on souhaitait entrer dans une véritable optique de rémunération, il serait difficile de savoir comment rétribuer les gens. Le taux fixe est erroné, par définition. En effet, si l'on cherche à évaluer pécuniairement la prestation des donneurs, il faudrait tenir compte du nombre de spermatozoïdes⁸, de leur motilité, de la qualité du sperme ou du nombre de grossesses effectivement induites.

III. La conservation du sperme

Les spermatozoïdes sont congelés et mis en quarantaine pour une période de trois à six mois. A l'échéance de ce délai, les médecins revoient les

⁶ ARANETA ET AL., *JAMA* 1995, Vol. 273 (11), p. 856.

⁷ PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 703; ARANETA ET AL., *JAMA* 1995, Vol. 273 (11), pp. 855-6.

⁸ 1 ml de sperme compte en moyenne 50 millions de spermatozoïdes.

donneurs et prélèvent une seconde fois du sang afin de procéder à de nouveaux tests, principalement dans l'idée d'exclure la présence du virus du SIDA. Le sperme n'est utilisé qu'au terme de cette procédure.

La substance humaine est identifiée dès sa collecte à la banque et le reste jusqu'à son utilisation. Les pools de sperme, tels qu'ils se pratiquaient avant l'apparition du SIDA, sont désormais proscrits. La future LPMA le précise d'ailleurs expressément (art. 22, al. 1). Ainsi, les responsables de la banque du CHUV sont-ils toujours en mesure de faire le lien entre un donneur et le ou les enfants que ses gamètes ont permis d'engendrer.

Pour ce faire, les donneurs sont fichés par l'attribution d'un numéro et d'un nom de code. Dès ce moment, ils ne sont identifiés que de cette manière. Seul le médecin avec lequel ils ont un contact direct connaît leur véritable identité. Le numéro du donneur est inscrit au feutre sur chacune des paillettes de son sperme. Enfin, les cycles d'insémination sont enregistrés, répertoriés. On peut donc tracer le chemin d'une paillette à travers la banque.

Les paillettes, qui contiennent environ 0,25 ml de sperme, sont conservées dans des cuves d'azote liquide. Celles-ci sont mises sous alarme, afin qu'un éventuel dysfonctionnement du système ne passe pas inaperçu. Plongé dans l'azote liquide, le sperme est totalement inerte. Dans ces conditions, il se conserve sans limite de temps, du moins selon les connaissances actuelles. La cryoconservation n'entraîne en particulier aucune altération ni chromosomique ni génétique. La LPMA cependant limite sévèrement la conservation, en fixant sa durée maximale à cinq ans (art. 15, al. 1)

Quant aux données relatives au don, la LPMA impose qu'elles soient conservées pendant quatre-vingts ans (art. 26). A l'échéance de ce délai, elles doivent être détruites (art. 20 OPMA). En pratique, il est extrêmement rare que la banque de sperme remonte aux informations relatives au donneur. Cela se produirait, par exemple, si un pédiatre, connaissant l'origine de l'enfant, informait le CHUV que son patient est atteint d'une maladie génétique grave. Il se justifierait alors d'interpeller le donneur afin qu'il se soumette aux tests permettant de déceler la pathologie en question.

IV. L'insémination

A. Le choix des gamètes

Le nombre d'enfants provenant d'un même donneur est limité à huit par la LPMA (art. 22, al. 2). Ce nombre est très bas⁹. Avec un nombre même quatre fois supérieur, le risque de consanguinité est encore inférieur à celui de la nature. Il a en particulier été établi que les risques de consanguinité liés aux enfants adultérins sont plus élevés que ceux découlant de l'IAD.

En France, les CECOS ont choisi une ligne plus restrictive encore, puisque le nombre de grossesses menées à terme est fixé à 5 par donneur¹⁰.

Aux Etats-Unis, la pratique actuelle se situe dans des chiffres de même ordre. Les directives actuelles recommandent de limiter le recours à un même donneur à dix grossesses au maximum, une ligne de conduite qui n'est pas toujours strictement respectée¹¹. Pourtant, les abus actuels n'ont rien à voir avec la manière dont les procédures d'insémination étaient conduites à l'époque. Au début des années quatre-vingts, on recensait des donneurs dont le sperme avait été utilisé pour un nombre d'inséminations supérieur à cinq cents¹².

Lorsqu'un couple est candidat à l'insémination, la LPMA limite les critères de choix du donneur au groupe sanguin et à la ressemblance physique (art. 22, al. 4, LPMA). Ce dernier élément comprend les critères morphologiques, tels que la corpulence, la couleur des yeux et des cheveux, la taille, la couleur de la peau, ainsi que d'éventuels signes particuliers¹³. Le choix du groupe sanguin permet aux parents, s'ils le souhaitent, de ne pas communiquer à l'enfant l'origine de sa naissance: l'utilisation de paillettes d'un donneur de même groupe sanguin que le père évitera que l'enfant ne déduise, de la comparaison de son groupe sanguin avec celui de ses parents, que sa filiation n'est pas entièrement biologique.

Le problème se pose des examens génétiques à effectuer. L'intermédiaire entre le donneur et le couple peut osciller entre le «désengagement médical

⁹ Une étude hollandaise a établi que, pour les Pays-Bas, un nombre maximum de 25 enfants par donneur constituait un seuil parfaitement sûr (DE BOER/OOSTERWIJK/RIGTERS-ARIS, *Fertil Steril* 1995, Vol. 63 (2), p. 419).

¹⁰ LE LANNOU/SAINT POL, *L'insémination artificielle*, p. 73.

¹¹ BAKER/PATERSON, *Fertil Steril* 1995 63 (5), p. 950.

¹² ARANETA ET AL., *JAMA* 1995, Vol. 273 (11), pp. 855-6.

¹³ Formulaire pour la consignation des données relatives aux donneurs de sperme, Annexe de l'OPMA.

complet» et le «perfectionnisme médical pointilleux»¹⁴, frisant l'eugénisme. La première attitude néglige l'intérêt du couple demandeur aussi bien que celui de l'enfant à naître. Quant à la seconde, elle flirte dangereusement avec certains principes éthiques¹⁵.

En Suisse, le législateur n'a rien prévu à cet égard. En France, au contraire, les CECOS ont établi une liste des affections génétiques les plus communes et les plus sévères. Il en résulte un groupe de facteurs d'exclusion, définis en fonction des antécédents du donneur et conduisant à le refuser au don. Il existe une autre catégorie, celle des facteurs de risque, qui obligent à attribuer un donneur à une femme indemne des mêmes antécédents. Les facteurs de chacune des catégories font l'objet d'une enquête génétique auprès des donneurs, menée par un spécialiste du domaine. En outre, un caryotype, à savoir un examen des chromosomes, est établi de façon systématique¹⁶.

B. Le couple receveur

L'insémination artificielle avec donneur ne sera proposée au couple que si les autres traitements ont été épuisés et ont échoué. La procréation médicalement assistée sera également admise si elle permet d'écarter le risque de transmission d'une maladie grave pour l'enfant (art. 5, al. 1, LPMA). En pratique, la moyenne d'âge des femmes qui donnent naissance à un enfant issu d'une insémination artificielle est de 32 ans.

La LPMA limite à plusieurs égards l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée. Le législateur a choisi de restreindre l'offre aux couples «à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 CC)¹⁷» (art. 3, al. 2, *litt.* a, LPMA). En outre, le mari et la femme doivent paraître «en considération de leur âge et de leur situation

¹⁴ JALBERT, *L'insémination artificielle*, p. 77.

¹⁵ ALNOT/LANSAC, *L'insémination artificielle*, p. 21.

¹⁶ JALBERT, *L'insémination artificielle*, pp. 78-9.

¹⁷ Les dispositions auxquelles il est fait référence statuent que la femme qui donne naissance à l'enfant est dans tous les cas considérée comme la mère, et qu'à l'égard du père, la filiation résulte soit de la présomption de paternité du mari de la mère, soit, si l'enfant résulte d'un couple non marié et n'est pas reconnu par le père génétique, d'une action en paternité. La référence à la réglementation du Code civil a pour principale conséquence qu'une femme seule ou un couple homosexuel ne peuvent avoir recours aux méthodes de procréation médicalement assistée (FF 1996 III 197, 244).

personnelle [...] à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité» (art. 3, al. 2, *lit.* b, LPMA).

Enfin, seul un couple marié peut recevoir un don de sperme (art. 3, al. 3, LPMA).

V. Le dépôt de sperme

Le CHUV fonctionne également comme dépositaire pour les hommes qui effectuent un don dans le but d'assurer leur propre descendance. Il s'agit souvent d'individus atteints de tumeurs. Si la démarche du dépôt est relativement fréquente, il est curieux de constater que, par la suite, peu de ces patients ont recours au sperme congelé pour une insémination.

La banque de sperme du CHUV a conçu un formulaire intitulé «accord concernant la conservation et l'utilisation du sperme déposé», qui énumère les droits et obligations du déposant.

A l'instar des gamètes issus du don, les spermatozoïdes déposés sont congelés. Les frais du dépôt s'élèvent à 100 francs par an pour les trois premières années. Ensuite, le contrat est prolongé année par année et les frais de conservation adaptés, si besoin est. En principe, la prolongation ne peut se faire que deux fois. Cette règle est compatible avec la LPMA, qui réserve cependant la possibilité d'étendre la durée de conservation dans certains cas. La loi permet une conservation d'une durée supérieure à cinq ans pour les déposants qui font la démarche «pour assurer leur propre descendance avant un traitement médical ou l'exercice d'une activité qui peut les rendre stériles ou endommager leur patrimoine héréditaire.» (art. 15, al. 2, LPMA). La banque ne peut s'opposer à la requête de prolongation que pour des raisons majeures.

Le contrat est caduc d'office si la prolongation n'est pas demandée en temps utile. Il en va de même si le patient ne s'acquitte pas des frais après deux rappels.

Le patient peut résilier le contrat en tout temps, sans délai et sur simple demande écrite. Quant au Laboratoire, il ne peut le faire que «pour des raisons majeures». Celles-ci comprennent notamment l'altération du sperme à la suite d'une défaillance technique des installations de conservation.

A l'échéance du contrat, ou en cas de résiliation, le patient accepte de renoncer à tous ses droits sur les paillettes congelées, lesquelles seront détruites par la banque. Il en va de même si le patient vient à décéder: ses paillettes seront décongelées. De surcroît, la LPMA proscribit explicitement l'utilisation des gamètes d'un individu après sa mort (art. 3, al. 4).

§ 2 Les relations entre le donneur et la banque

Les différents textes législatifs suisses qui abordent le statut des gamètes font usage de l'expression «patrimoine germinal». Cette notion comprend les ovules, fécondés, non fécondés et imprégnés, les spermatozoïdes vivants, ainsi que les glandes génitales, à savoir ovaires et testicules¹⁸.

Notre analyse se bornera à décortiquer les relations s'articulant autour des spermatozoïdes entre les trois parties au processus d'insémination artificielle avec donneur: le donneur, la banque et le couple. Remarquons en passant que le premier et le dernier intervenants ne peuvent être n'importe qui. Le don de sperme ne peut être effectué que par un homme, alors que seule une femme peut être inséminée.

Le don de sperme est central dans l'activité sur laquelle nous nous penchons. Il permet l'insémination artificielle de l'épouse d'un homme stérile. La démarche du donneur est le premier maillon de la chaîne qui conduira à la naissance d'un enfant. A l'instar du don de sang, il déclenche une série d'actes, médicaux ou non. Ceux-ci aboutiront non à sauver des vies, mais à en créer de nouvelles.

L Les éléments essentiels

Deux des éléments qui caractérisent le don de sperme sont identiques à ceux relevés pour le don de sang. La relation comprend le transfert d'une chose, et ce sous le couvert d'une autorisation. Quant au caractère onéreux ou gratuit, il est plus délicat à traiter et doit faire l'objet d'une interprétation.

A. Le transfert d'une chose

1. La chose aliénable¹⁹

Pour être l'objet d'un transfert, la chose doit être d'une certaine qualité. Le droit de disposer dont jouit le propriétaire à son égard doit être entier, ou du moins doit exister pour l'opération envisagée. Si ce n'est pas le cas, l'objet n'est pas aliénable et le transfert ne peut avoir lieu.

Nous avons vu plus haut qu'il ne résultait pas du droit positif une exclusion totale du commerce²⁰. Le régime organisé contient par contre une

¹⁸ FF 1996 III 197, 274.

¹⁹ Pour la théorie, voir p. 290 ci-dessus.

²⁰ Voir pp. 109-113 ci-dessus.

exclusion partielle. C'est pourquoi il s'agit de déterminer si la transaction que nous étudions ici est autorisée par la réglementation en vigueur.

La Loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA) entoure les activités portant sur les spermatozoïdes de différents garde-fous, dont une procédure d'autorisation. La conservation de sperme, en particulier, est subordonnée à l'obtention d'une autorisation cantonale (art. 8, al. 1, *lit.* b, LPMA; art. 1, *lit.* b, et 8 OPMA).

Cette réglementation influence les modalités pratiques d'échange du sperme. Les dispositions de la LPMA sont un frein à l'aliénabilité: la banque qui recueille le sperme des donneurs et le conserve doit être titulaire d'une autorisation. L'ordre juridique suisse confère par ce biais le statut de chose partiellement hors commerce au sperme issu du don. En conclusion, le transfert qui nous occupe peut être effectué sans autre si la banque a obtenu la licence nécessaire.

2. *Le titre valable*²¹

La seconde condition posée au transfert du droit réel sur une chose est celle de l'exigence d'un titre.

A. LA CAUSE JURIDIQUE VALABLE

Nous ne tenterons pas ici de qualifier l'acte qui lie les parties au don de sperme²². Nous pouvons simplement affirmer qu'il s'agira d'un acte juridique bilatéral, réunissant le donneur d'une part et la banque de sperme de l'autre. Cette constatation suffit à établir que la condition de la cause juridique est remplie.

Le don doit en outre être licite et moral²³.

1. Contenu illicite

GUINAND reconnaissait déjà la licéité du don de sperme avant l'entrée en vigueur de la LPMA, mais il la subordonnait toutefois au respect de diverses conditions liées au droit de la personnalité du donneur²⁴.

Quant à la conservation qu'entraîne forcément le don de sperme, elle ne comporte aucun risque pour la santé et aucun danger d'abus inhérent à la substance. C'est pourquoi il est exclu de l'interdire de manière générale²⁵. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer que l'interdiction

²¹ Pour la théorie, voir pp. 291-4 ci-dessus.

²² Voir pp. 383 sq. ci-dessous.

²³ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 71.

²⁴ GUINAND, *SJ* 1986, p. 127.

²⁵ SCHWEIZER, No 70 ad 24^{novies} aCst.

générale de la conservation de gamètes constituait une atteinte disproportionnée à la liberté personnelle²⁶.

Aujourd'hui, l'ordre juridique suisse autorise expressément le don de sperme (art. 3, al. 3, et 18 sq. LPMA). Cet acte fait partie intégrante d'un processus médical reconnu, ce qui légitime son existence.

Nous avons vu cependant que le législateur subordonnait la licéité du don de sperme au respect de deux conditions; le don doit avoir lieu à titre gratuit et en faveur d'une institution titulaire de l'autorisation nécessaire²⁷.

Ainsi, le transfert est licite s'il est effectué sans contre-partie et si la banque de sperme a obtenu la licence imposée par la LPMA. Nous étudierons le détail de ces conditions plus bas²⁸.

La conformité de la convention aux droits de tiers n'a pas à être analysée ici. Les seules prétentions en jeu, hormi les prérogatives réelles impliquées par le contrat, sont les droits de la personnalité du donneur, lequel est partie à l'acte.

II. Contenu immoral

Aujourd'hui, l'insémination artificielle avec donneur est une pratique médicale établie²⁹. Or, cette technique doit sa réalisation au don de sperme, ce qui légitime indirectement cet acte. Le caractère moral du don de sperme suscite encore quelques remises en question, mais ceci uniquement eu égard à la compensation pécuniaire à laquelle il donne parfois lieu³⁰.

III. Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité

Il importe de s'assurer que l'accord conclu ne porte pas atteinte, dans une mesure réprouvée par l'ordre juridique, aux droits de la personnalité de l'individu qui se lie. Il sera répondu à cette importante question plus bas³¹.

IV. Conclusion

Le don de sperme peut se dérouler dans un cadre juridique compatible avec le droit positif, mais au prix du respect des conditions énumérées ci-dessus.

²⁶ ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586, cons. 9; ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194, cons. 8.

²⁷ Voir pp. 173-4 ci-dessus.

²⁸ Voir pp. 363-76 et 373-7 ci-dessous.

²⁹ BRÜCKNER, *SJZ* 1985, p. 381; PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 701.

³⁰ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 70; SCHWEIZER, No 87 ad *24novies* aCst.

³¹ Voir pp. 377-83 ci-dessous

B. L'ACCORD SUR LE TRANSFERT DE LA PROPRIETE

L'homme qui se présente à la banque de sperme répond à l'appel lancé par les médecins et le fait donc en connaissance de cause, du moins quant aux grandes lignes du processus. Même s'il n'est pas parfaitement orienté sur les tenants et aboutissants de sa démarche, les responsables de la banque se chargent de l'informer sur les détails de la procédure. En outre, le donneur est appelé à signer un formulaire, lequel rappelle sans équivoque possible l'engagement contracté par l'individu³².

Une certaine confusion pourrait régner pourtant dans la coexistence de deux cas de figure propres à amener un individu à la banque. S'il existe en effet la possibilité de céder définitivement son sperme en vue de l'insémination d'une femme inconnue, il est également possible de le déposer afin qu'il soit conservé pour le compte du donneur en vue d'une utilisation ultérieure³³. Au CHUV, le risque d'erreur est minime, car la banque a élaboré des formulaires distincts à faire signer dans chacun des cas.

L'accord sur le transfert aura lieu au moment du don. On pourrait imaginer également qu'un déposant décide de renoncer à utiliser le sperme à son profit et offre de le céder à la banque. Le dépôt se transformerait en don et l'accord sur le transfert aurait lieu après la remise en possession du sperme à la banque. Juridiquement, cette configuration est tout à fait imaginable. Médicalement, cependant, elle est exclue. En premier lieu, cette démarche est contraire aux règles d'éthique de la banque. Mais surtout, le sperme provenant d'un déposant est souvent de très mauvaise qualité. Il a en général été congelé dans des circonstances de maladie grave. Enfin, aucun test n'est effectué puisque les spermatozoïdes sont destinés aux patients eux-mêmes. Pour toutes ces raisons, le sperme déposé n'est jamais utilisé pour l'IAD.

³² Le formulaire, intitulé «Banque de sperme: Déclaration-donneur» contient le texte suivant: «Par la présente, je soussigné ... déclare m'être porté "donneur" de ma propre initiative après avoir pris connaissance des conditions définies par les directives régissant la banque de sperme du Département de Gynécologie-Obstétrique.»

³³ Voir p. 358 ci-dessus.

3. *Le mode de transfert*³⁴

Le donneur dépose dans les locaux de la banque un récipient contenant les gamètes qu'il est disposé à céder³⁵. Il y a donc un transfert effectif de la possession, qui accompagne et complète le transfert de la propriété.

4. *Le véritable propriétaire*³⁶

Le donneur est le titulaire légitime des produits de son corps. Il en est donc le véritable propriétaire. Cette construction se fonde sur une application par analogie de l'article 643 CC. Les gamètes sont assimilés à des fruits des corps. En cette qualité, ils tombent dans la propriété du donneur, lequel peut alors valablement en céder la titularité.

B. *La gratuité*

«[D]onner son sperme n'a pas de prix, et donc en aucun cas ne peut être réductible à une valeur marchande.³⁷» Règle d'or des CECOS, les banques de sperme françaises, cette maxime perd rapidement de sa portée à la lumière de la pratique quotidienne des banques à travers le monde.

En Suisse, il se trouve de nombreux auteurs pour soutenir l'optique de la gratuité. Pour GUINAND, le principe de la gratuité va de soi: «S'agissant d'une prestation qui porte sur un droit de la personnalité, pour laquelle le consentement doit être libre, éclairé et surtout révocable, on ne saurait admettre qu'une rémunération puisse le conditionner.³⁸» L'auteur juge normal, par contre, d'indemniser les frais du donneur. Il invoque à cet égard l'article 402 CO, qui impose au mandant l'obligation de rembourser au mandataire les frais liés à l'exécution du contrat.

BRÜCKNER, même s'il reconnaît qu'elle peut prêter lieu à des critiques de nature éthique, est partisan d'une certaine rémunération. Il considère que le souci d'une procédure de recrutement satisfaisante sous l'angle sanitaire doit l'emporter sur des considérations éthiques. La rémunération ne doit cependant pas être trop élevée, afin de ne pas pousser les individus à dissimuler les maladies qui entraîneraient le refus de leur admission. Quant à la gratuité pure et simple, elle comporterait le risque d'entraîner une pénurie de donneurs. Ce rétrécissement du cercle de candidats au don aurait l'inconvénient de restreindre l'éventail de choix du médecin et donc

³⁴ Pour la théorie, voir pp. 294-5 ci-dessus.

³⁵ Voir pp. 353-4 ci-dessus.

³⁶ Pour la théorie, voir p. 296 ci-dessus.

³⁷ MADANI/PERRET, *L'insémination artificielle*, p. 84.

³⁸ GUINAND, *SJ* 1986, p. 128.

de faire baisser les standards de sélection. Plus le nombre de postulants est large, plus le médecin peut être strict, estime BRÜCKNER³⁹. L'auteur relève en outre qu'une indemnisation d'un montant raisonnable est conforme aux directives de l'Association Suisse des Sciences Médicales⁴⁰.

1. Le principe de gratuité

Deux textes différents proclament et répètent la gratuité des transactions relatives au sperme.

A. L'ARTICLE 119 CST.

Chronologiquement, le principe découle en premier lieu de la Constitution fédérale, à son article 119, al. 2, *litt. e*. Cette disposition contient le principe selon lequel «[i]l ne peut être fait commerce du patrimoine germinal humain». L'exégèse de la disposition doit se faire en deux temps: l'interprétation requiert l'explication des termes "patrimoine germinal" et "commerce".

Le sens de la première de ces notions n'est pas explicité dans le Message. Il ressort vaguement du texte que le sperme est inclus dans cette désignation⁴¹. Curieusement, la définition précise est fournie par la loi d'application de l'article 119 Cst., la LPMA. Le Conseil fédéral profite de l'occasion pour offrir une définition précise du patrimoine germinal, qui comprend, à son sens, les ovules, fécondés ou non, les ovules imprégnés, les spermatozoïdes vivants, ainsi que les glandes génitales⁴². La transaction qui nous occupe est donc effectivement soumise à cette disposition.

Quant à l'interdiction du commerce, elle trouve son sens sept ans après la proposition d'article 24^{novies} aCst., également dans le Message accompagnant la LPMA. Le Conseil fédéral indique alors explicitement que la terminologie employée a pour fonction de prohiber les transactions à titre onéreux⁴³. L'interprétation nous conduit ainsi au résultat suivant: les conventions d'aliénation de spermatozoïdes doivent être conclues à titre gratuit.

B. LA LOI FEDERALE SUR LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

A son article 21, la LPMA, qui a été élaborée en exécution de l'article 119 Cst., statue, expressément cette fois, la gratuité du don: «Le don de sperme ne peut donner lieu à rémunération.» Le texte ne contient aucune

³⁹ BRÜCKNER, *SJZ* 1985, p. 388.

⁴⁰ BRÜCKNER, *SJZ* 1985, p. 388, note 58.

⁴¹ FF 1989 III 945, 976.

⁴² FF 1996 III 197, 274.

⁴³ FF 1996 III 197, 274.

indication supplémentaire. Cependant, le Message relatif à la loi réserve «les indemnités pour les frais et les inconvénients liés au don⁴⁴». Est ainsi admis «le dédommagement des dépenses pouvant être justifiées, comme par exemple les frais d'un test médical» ou «les frais de voyage». Le Conseil fédéral insiste sur le fait qu'une «indemnité des dépenses n'est pas une rémunération» et qu'il faut éviter «qu'une indemnité des impenses ne serve à cacher une rémunération»⁴⁵. Ni la disposition légale, ni le commentaire contenu dans le Message n'ont suscité la moindre discussion aux Chambres. Quant à l'OPMA, elle n'aborde pas cet aspect du problème.

En conclusion, nous retiendrons que le don de sperme ne peut donner lieu à aucune rémunération proprement dite. Est seule autorisée à titre de contre-partie une indemnité pour les frais et les inconvénients induits par le don.

2. *L'application du principe de gratuité*

Le principe est clair: la gratuité est de mise dans les échanges relatifs au corps humain. Pourtant, ici, la pratique contredit de manière flagrante la solution théorique retenue. A l'inverse de ce qui se fait en matière de don du sang, la banque de sperme du CHUV effectue une prestation financière en faveur de ses donateurs. Ceux-ci reçoivent 90 francs par don, ainsi que nous l'avons expliqué en introduction.

A. LA NATURE DE L'INDEMNITE

«Reasonable compensation⁴⁶», «sensible allowance⁴⁷»: les termes utilisés dans la littérature médicale ne résolvent rien.

En Suisse, dans l'esprit des médecins responsables de la banque en particulier, il est absolument clair que cette somme représente une indemnité, destinée à couvrir les frais de transport et compenser la perte de temps que la démarche occasionne. Il ne s'agit, à leurs yeux, en aucun cas d'une contre-partie du sperme fourni. Cette conception est fréquente⁴⁸. Le caractère forfaitaire de la prestation nous incite cependant à douter de la réalité de cette appellation.

⁴⁴ FF 1996 III 197, 261.

⁴⁵ FF 1996 III 197, 274-5.

⁴⁶ SAUER, *Fertil Steril* 1999, Vol. 71 (1), p. 7.

⁴⁷ CRAFT, *BMJ* 1997, Vol. 314, p. 1400.

⁴⁸ BAKER/PATERSON, *Fertil Steril* 1995, Vol. 63 (5), p. 948; PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 702; SAUER, *Fertil Steril* 1999, Vol. 71 (1), p. 7.

GUINAND, nous l'avons vu, fait appel à la figure du mandat pour justifier le remboursement des frais encourus par le donneur⁴⁹. Pourtant, cette structure juridique ne cadre pas avec le type de prestation fournie par le CHUV. Le sens de l'article 402 CO est que «toute diminution du patrimoine du mandataire, due à l'exercice du mandat en faveur du mandant, soit effacée, supprimée⁵⁰». Afin de connaître le montant de la créance du mandataire, il faut «déterminer ce que le mandataire a fait et dépensé pour le mandant» et évaluer «si cela était commandé objectivement»⁵¹. Il y a donc deux conditions à remplir. La première est que le mandataire «doit avoir fait des impenses», à savoir des «prestations en principe pécuniaires que le mandataire a faites volontairement en faveur du mandant.⁵²» La seconde condition est que l'impense dont le mandataire requiert le remboursement soit objectivement nécessaire pour l'exécution du contrat ou corresponde aux instructions du mandant.

La transposition de ces deux conditions au cas qui nous occupe montre à l'évidence que la structure juridique proposée n'est pas adéquate. En premier lieu, si le mandataire doit établir les avances et frais encourus, le donneur n'est quant à lui jamais interrogé sur les éventuelles dépenses effectuées. Quant à la seconde condition, elle n'a aucune raison d'être. Dans la mesure où la banque de sperme effectue sa prestation sans se soucier des impenses occasionnées par le don, cela n'a aucun sens que de se demander si les avances et frais à rembourser sont justifiés par l'exécution régulière du mandat.

Le concept de remboursement des frais de manière indemnitaire existe pourtant. On le trouve notamment dans le contrat de travail. Au sens de l'article 327a CO, l'employeur rembourse au travailleur «tous les frais imposés par l'exécution du travail». Il s'agit en principe, et au sens de l'alinéa 1, des dépenses effectives de l'employé. Le deuxième alinéa, cependant, permet à l'employeur de se satisfaire d'une indemnité fixe de type forfaitaire. Cette indemnité doit couvrir «tous les frais nécessaires». On retombe ainsi dans la problématique précédente. Pour établir que l'indemnité est d'un montant suffisant, il faut estimer les dépenses effectivement encourues par le travailleur dans l'exercice de son activité. Il convient ainsi dans tous les cas d'évaluer la charge sur une période d'une certaine durée.

⁴⁹ GUINAND, *SJ* 1986, pp. 128-9.

⁵⁰ ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 488.

⁵¹ ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 488.

⁵² TERCIER, *Partie spéciale*, No 3053.

B. L'INDEMNITE ET L'ARTICLE 21 LPMA

Force est de constater qu'on ne peut donc parler d'indemnité sans travestir les faits. La qualification juridique doit de ce fait être autre.

Nous avons vu plus haut qu'au sens du Message, la banque de sperme ne peut promettre une rémunération à ses donneurs, mais doit se limiter à leur verser une somme servant à indemniser «les frais et les inconvénients liés au don»⁵³. Au vu de ce qui précède, il est exclu de ranger sous la rubrique "indemnisation des frais" la somme perçue par le donneur. Quant aux inconvénients, il est délicat de savoir ce que le législateur entendait exactement par là.

L'incertitude semble ne pas être strictement helvétique. En Angleterre, les instances médicales dédaignent, officiellement, le recours au paiement pour remédier à la pénurie de donneurs. Cependant, elles sont peu pressées de définir ce que les «expenses» autorisées recouvrent exactement. Tant que les sommes versées ne le sont pas expressément à titre de paiement pur et simple, la compensation est admise, ce qui laisse une marge de manoeuvre importante aux instituts et cliniques⁵⁴.

En France, où la rémunération est prévue pour certaines catégories de produits d'origine humaine, le versement d'une indemnité se fait toujours sur une base réelle, à savoir en fonction des frais encourus ou de l'éventuelle perte de gain subie. Les dispositions légales qui mettent le système en place contiennent nombre de précisions à cet égard. Ainsi que le relève GALLOUX, «[c]es mesures [...] sont destinées à dissiper tout doute sur la nature des versements effectués: il s'agit bien d'une indemnisation c'est-à-dire d'une compensation, sans possibilité d'enrichissement.»⁵⁵

Ce dernier critère nous paraît être la clé du problème. S'il y a enrichissement, il y a paiement effectif ou avantage pécuniaire. Dans le cas contraire, on peut effectivement parler de remboursement des frais.

En considérant le cas particulier de la banque de sperme du CHUV, nous avons établi qu'il était exclu de parler de remboursement. La base est forfaitaire; le versement est fait sans prise en compte aucune des éventuels frais supportés par le donneur. Ainsi, si celui-ci est étudiant et qu'il est domicilié à côté du CHUV, il ne pourra faire valoir ni la perte de gain pour le temps consacré à l'opération, ni les frais de transport pour rejoindre l'hôpital. Pourtant, il touchera 90 francs à l'issue du don, au même titre qu'un salarié domicilié à l'autre extrémité du canton. Force est de constater que dans le premier cas, l'enrichissement est réel. Le

⁵³ FF 1996 III 197, 261.

⁵⁴ CRAFT, *BMJ* 1997, Vol. 314, p. 1401.

⁵⁵ GALLOUX, *Revue de droit sanitaire et social* 34 (1), p. 4.

patrimoine de l'étudiant est augmenté du montant de l'indemnité, sans être simultanément diminué de quelque manière que ce soit, par ailleurs. Ainsi, dans la mesure où l'absence de rémunération de l'article 21 LPMA signifie l'absence d'enrichissement, la pratique du CHUV n'est pas conforme à la législation en vigueur.

C. INDEMNITE ET REMUNERATION

La pratique américaine nous offre un exemple concret mettant en relief de manière idéale le caractère ténu de la démarcation entre remboursement des frais et rémunération.

Il existe à l'heure actuelle, en Angleterre ainsi qu'aux Etats-Unis, une vive controverse relative à la rémunération des donneuses d'ovocytes⁵⁶. En Amérique, le don d'ovules est autorisé et pratiqué avec succès depuis bon nombre d'années. En raison des inconvénients que le procédé occasionne pour les femmes désireuses de céder leurs gamètes, celles-ci reçoivent une compensation financière.

L'année dernière, un Institut de médecine de la reproduction du New Jersey a décidé de doubler le montant octroyé à ses donneuses. De 2'500 dollars, celui-ci est passé à 5'000 dollars par cycle. En outre, cette décision a fait l'objet d'une large publicité, accompagnée d'une campagne de recrutement au travers des quotidiens et magazines de la région.

Il s'est trouvé un médecin, notamment, pour s'insurger par article interposé contre cette manière de faire. L'auteur de la contribution fait appel, entre autres, à l'éthique pour affirmer qu'une compensation d'un tel montant est inacceptable, puisqu'elle force de jeunes femmes à se prêter au don. Le médecin américain se livre à un calcul afin de traduire le capital versé en salaire horaire, lequel se monterait à 300 dollars. Enfin, l'auteur estime que si l'on se tient à la conception selon laquelle les donneuses «are not selling eggs», le montant est injustifiable⁵⁷. Cette démonstration tend à convaincre le lecteur que le système américain se livre à une exploitation commerciale indécente des produits du corps humain.

L'attaque n'est pas restée sans réponse. Un médecin de l'institut incriminé a pris la plume pour réfuter les accusations de son confrère. Il précise d'emblée que le montant incriminé correspond aux standards en la matière. Le praticien relève ensuite que son collègue est d'accord sur le principe même de la rémunération, ne trouvant rien à redire à la «reasonable compensation» de 2500 dollars versée jusque là. Au contraire, deux ans plus tôt, l'auteur de la critique affirmait expressément que les donneuses

⁵⁶ CRAFT, *BMJ* 1997, Vol. 314, p. 1400; JOHNSON, *BMJ* 1997, Vol. 314, p. 1401; SAUER, *BMJ* 1997, Vol. 314, p. 1403.

⁵⁷ SAUER, *Fertil Steril* 1999, Vol. 71 (1), p. 7.

d'ovocytes méritaient cette somme, étant donné la complexité de la procédure, le temps qu'elle nécessitait et la prise de médicaments qu'elle occasionnait⁵⁸. La question est alors évidente: «Since we agree that donors should be compensated, how does one decide what is reasonable compensation?» Le médecin incriminé se livre à une comparaison instructive. Les donneurs de sperme sont rétribués entre 50 et 75 dollars par don, alors que cette expérience n'a rien à voir avec le prélèvement d'un ovocyte, tant sous l'angle du temps qu'il nécessite que des désagréments qu'il occasionne. En reprenant l'idée du salaire horaire avancée par le premier médecin, le second aboutit à une rémunération de 300 à 450 dollars par heure pour les donneurs de sperme.

L'auteur expose ensuite que, dans notre économie, tout service obtient rémunération. La valeur monétaire de ces services est complexe à établir, mais elle est largement déterminée par la société. En l'occurrence, au regard de l'importance que les patients stériles placent en l'opportunité qui leur est offerte de fonder une famille, «5'000 \$ is not only reasonable, but it may not be enough.» La demande d'ovocytes est forte et le manque de donneuses a pour conséquence de longues listes d'attente⁵⁹. Le marché est ainsi gouverné par la loi de l'offre et la demande, comme pour n'importe quel bien⁶⁰.

La dispute exposée n'apporte aucune réponse, mais elle pose les bonnes questions. Elle a en particulier le mérite de mettre en évidence le caractère subjectif de la démarche consistant à traiter de raisonnable ou non la compensation offerte.

D. DON DE SPERME ET DON DE SANG

On peut se poser la question de savoir ce qui différencie le don de sang du don de sperme au point que, dans la pratique et malgré un traitement juridique identique, le second est rémunéré alors que le premier ne l'est pas. Il n'est pas à proprement parler de caractère essentiel qui saute aux yeux. Sous l'angle financier, tous deux donnent lieu à une contre-prestation après traitement, au stade de la redistribution. Dans un cas comme dans l'autre, cette prestation pécuniaire n'est pas calculée de manière à engendrer un bénéfice allant au-delà de ce qui est nécessaire à la couverture des frais engagés. La réponse n'est pas là.

Il faut chercher ailleurs l'origine de la différence. Elle réside à notre avis à la fois dans la nature du don et dans la motivation des donneurs.

⁵⁸ SAUER, *BMJ* 1997, Vol. 314, p. 1403.

⁵⁹ BERGH, *Fertil Steril* 1999, Vol. 71 (1), p. 9.

⁶⁰ SAUER, *BMJ* 1997, Vol. 314, p. 1403.

I. La nature du don

«L'acte de donner son sperme n'est pas anodin⁶¹», relève un auteur français. A la grande différence du don de sang, le don de sperme implique le donneur bien au-delà du simple abandon de matériel biologique. La transfusion à un tiers n'a rien de comparable avec la naissance d'un enfant, de surcroît génétiquement lié à son parent biologique. Pour cette raison, essentielle, le don de gamètes est psychiquement d'ordre infiniment plus lourd que le don de n'importe quelle autre substance.

Cette distinction tient à la nature même de la substance aliénée. Il en existe une autre, liée à la motivation des donneurs.

II. La motivation du donneur

Le donneur de sang s'affiche ouvertement, il revendique son acte et l'assume d'autant plus facilement que la société lui prête un caractère noble et altruiste. Conséquence ou source de ce comportement, le don de sang jouit à la fois d'une cote de popularité élevée et d'une large publicité. Les donneurs sont recrutés publiquement, notamment par le biais des médias.

Il en va tout autrement du don de sperme. A l'heure actuelle, le sexe est un sujet encore tabou et le don de gamètes y est trop évidemment lié pour ne pas pâtir de ce silence: «Donner son sperme, c'est donner une partie intime de soi, sa semence, dans une répétition d'actes masturbatoires de l'adolescence, souvent mal assumés tant ils sont imaginativement vécus comme transgressifs.⁶²» Ainsi, «la sollicitation au don de sperme provoque l'apparition de fantasmes, en lien avec des tabous sociaux, qui expliquent l'immense difficulté des hommes à être donneurs de sperme.⁶³» Le problème est là, dans la connotation fortement négative que la société attache à l'acte qu'implique le don.

Ce malaise se traduit dans la méthode de recrutement: la procédure est discrète, orale et reste consignée à un cercle de personnes limité. Aucune publicité n'est faite en dehors du signal adressé par le médecin responsable à un cercle de donneurs potentiels. Indépendamment du fait que la banque du CHUV constitue des stocks suffisants et n'a, de ce fait, aucun besoin d'une publicité accrue, la discrétion est probablement due, pour une part, au tabou qui entoure ce type de don.

Le mécanisme est simple: le don de sperme ayant mauvaise presse, l'altruisme ne suffira pas à conduire les donneurs à la banque sans source de motivation supplémentaire, en l'occurrence une incitation financière.

⁶¹ MADANI/PERRET, *L'insémination artificielle*, p. 82.

⁶² MADANI/PERRET, *L'insémination artificielle*, p. 82.

⁶³ CLÉMENT, *L'insémination artificielle*, p. 85.

L'interdépendance étroite entre un comportement individuel et sa perception sociale apparaît nettement dans les problèmes que connaît le système allemand de collecte du sang. Si de nombreux organismes sont contraints de rémunérer leurs donateurs, c'est que l'atmosphère entourant le don de sang est négative. Les donateurs ne sont pas perçus comme des «lifesavers»: «they are seen as stupid people that give something valuable away for nothing⁶⁴». La Croix-Rouge allemande en particulier jouit d'une image déplorable. Or, elle s'est précisément mise à rémunérer ses donateurs⁶⁵.

La restauration de l'image du donneur ou de l'institution n'est pas forcément la solution à tous les problèmes, mais c'est une option à envisager. Les Français l'ont bien compris, comme nous allons le voir.

III. La "réhabilitation" du donneur

En France, les CECOS ont voulu sortir de la clandestinité qu'imposait l'interdit moral. Plutôt que d'opter pour l'incitation financière, ils ont adopté certains principes, fixés «dans le but de moraliser et même de valoriser le don du sperme⁶⁶». La France a, en d'autres termes, «recherché une réhabilitation du donneur», lequel était semble-t-il «ignoré et même méprisé du fait de la vénalité de sa démarche⁶⁷».

En particulier, le don individuel d'un homme célibataire est devenu un don de couple. Il existe différentes raisons à cette option, d'ordre scientifique notamment: la fertilité est établie; les risques de transmission du SIDA sont faibles. Le problème de la rémunération est pourtant également pris en compte. Les responsables des CECOS ont en effet considéré qu'un homme célibataire «ne peut en général trouver de motivation pour le don que par un bénéfice financier». Par contre, la motivation du couple donneur est «tout à fait altruiste⁶⁸». Encore une fois, on peut relever que l'on considère comme acquise la générosité des donateurs de sang, alors que l'on doute fondamentalement de la motivation altruiste des donateurs de sperme.

Les responsables des CECOS parent la gratuité de toutes les vertus. Non seulement elle diminue les risques de contamination pour la femme inséminée en améliorant la qualité du sperme aliéné, mais encore elle «constitue une garantie pour le donneur» en le mettant «à l'abri d'une décision hâtive, insuffisamment réfléchie, suscitée principalement par l'attrait financier immédiat, mais qui pourrait être à l'origine de regrets

⁶⁴ PEERENBOOM, *Nature Medicine* 1998, Vol. 4 (2), p. 139.

⁶⁵ CASH, *BMJ* 1994, Vol. 309, p. 1160; PEERENBOOM, *Nature Medicine* 1998, Vol. 4 (2), p. 139.

⁶⁶ LE LANNOU/SAINT POL, *L'insémination artificielle*, p. 71.

⁶⁷ DAVID, *L'insémination artificielle*, p. 5.

⁶⁸ LE LANNOU/SAINT POL, *L'insémination artificielle*, p. 72.

secondairement.» Enfin, comme nous l'avons déjà exposé, les Français sont convaincus que ce principe a pour effet de «valoriser socialement le don de sperme» et «de permettre une sollicitation très large du public»⁶⁹.

IV. La mesure incitative

«I favour egg donation without financial reward, but the demand for eggs far outstrips the supply from women who donate for altruistic reasons.⁷⁰» Cet aveu du directeur d'une *fertility clinic* anglaise, pays dans lequel les instances médicales prêchent le recours aux donneurs bénévoles, résume parfaitement le problème. En matière de don d'ovocytes, le procédé est médicalement lourd pour la femme qui s'y soumet. Il n'en va pas de même du don de sperme et les raisons qui incitent ou non chacun des sexes à donner sont probablement différentes. Pourtant, le schéma est identique: les donneurs ne sont pas assez nombreux, il faut chercher à les motiver.

En l'absence de reconnaissance sociale et face à certaines réticences d'ordre moral, une mesure incitative est particulièrement nécessaire pour recruter les hommes. On trouve confirmation de cette idée dans quelques études menées à l'étranger et relatives aux motivations des donneurs de sperme. Au Danemark, la proportion de donneurs interrogés dont la motivation est purement ou partiellement financière s'élève à 92 %⁷¹. En Amérique, une étude semblable aboutit à un taux de 63 % de donneurs citant la compensation pécuniaire au rang de leurs motivations⁷². Les auteurs danois relèvent que même une compensation pécuniaire d'un faible montant est importante⁷³.

V. Conclusion

Le système français a certainement ses avantages, mais il comporte l'immense inconvénient de conduire régulièrement à une pénurie de donneurs⁷⁴, alors que les banques helvétiques, américaines, suédoises ou danoises fonctionnent en autarcie. Même si l'on admet que la démarche française a permis de redorer le blason de l'insémination artificielle et du don de sperme en particulier, il n'en reste pas moins que ce dernier n'est pas entré dans les mœurs. Ainsi, un sondage d'opinion effectué en 1985 révélait que 36 % des personnes interrogées étaient prêtes à faire don de leur sperme. Un an plus tard, deux CECOS organisaient une opération de recrutement dans deux départements, par le moyen d'un courrier adressé

⁶⁹ DAVID, *L'insémination artificielle*, p. 5.

⁷⁰ CRAFT, *BMJ* 1997, Vol. 314, p. 1400.

⁷¹ PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 703.

⁷² MAHLSTEDT/PROBASCO, *Fertil Steril* 1991 (56), No 4, p. 749.

⁷³ PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 704.

⁷⁴ LE LANNOU/SAINT POL, *L'insémination artificielle*, p. 73.

aux abonnés de l'hebdomadaire *Le Nouvel Observateur*. Sur treize mille personnes sollicitées, seules 65 (0,5 %) ont effectivement répondu à cet appel⁷⁵.

3. *La violation du principe de gratuité*

Sur le plan pénal, la législation fédérale punit de l'emprisonnement ou de l'amende quiconque aliène ou acquiert du matériel germinal humain à titre onéreux (art. 32, al. 2, LPMA).

En matière civile, GUINAND considère qu'un contrat comprenant une véritable rétribution du donneur, allant au-delà de la simple indemnisation des frais encourus, «est illicite et donc nul au sens de l'art. 20 CO»⁷⁶.

L'auteur affirme cela en l'absence de norme expresse prohibant la rémunération. A l'heure actuelle, l'illicéité découle explicitement d'une norme fédérale (art. 21 LPMA). La nullité de la convention n'en découle cependant pas automatiquement. En l'absence d'indication dans la législation d'interdiction, l'article 20 CO ne doit être appliqué que si le sens ou le but de la norme le commande⁷⁷. En l'espèce, la prestation du donneur n'est ni illicite, ni immorale. Le droit positif tolère le don de sperme, mais il tient à ce qu'il se déroule dans des conditions respectueuses de la dignité humaine.

Ainsi, si seul le caractère onéreux de l'accord entre en conflit avec le droit édicté, la sanction pourrait n'être que la nullité partielle⁷⁸. La clause organisant la contre-partie pourrait être tracée, sans priver la convention de sa raison d'être et sans porter démesurément atteinte à son contenu. Encore faut-il que le donneur soit disposé à maintenir sa prestation en l'absence de rémunération. Si c'était le cas, il suffirait d'annuler la clause prévoyant la contre-partie pour conférer au contrat un caractère licite.

C. *L'autorisation*

La mise sur pied d'une procédure d'autorisation permet de garantir un niveau de qualité défini des procédures de manipulation de gamètes, en gardant le contrôle des institutions qui la pratiquent.

⁷⁵ CLÉMENT, *L'insémination artificielle*, p. 86.

⁷⁶ GUINAND, *SJ* 1986, p. 129.

⁷⁷ Voir pp. 174-6 ci-dessus.

⁷⁸ Voir pp. 173-4 ci-dessus.

1. Le principe de l'autorisation

La Confédération soumet à autorisation la conservation de gamètes et la cession de sperme (art. 8, al. 1, *litt.* b, LPMA). Les individus sont soumis à cette contrainte, qu'ils pratiquent ces activités pour elles-mêmes, ou dans le cadre des processus de procréation médicalement assistée qu'ils offrent (art. 1, *litt.* a et b, OPMA). La procédure imposée par la Confédération a pour but de «garantir que la conservation et la consignment des données seront conformes aux règles de l'art et contrôlables.⁷⁹»

La personne qui souhaite importer du sperme est soumise à cette même obligation⁸⁰.

La loi fédérale limite l'accès aux pratiques de procréation médicalement assistée aux seuls médecins (art. 10, al. 1, LPMA). Ces derniers doivent en outre garantir qu'ils exerceront leur activité avec sérieux et conformément à la loi (*litt.* a), qu'ils choisiront les donneurs de sperme avec soin (*litt.* b) et qu'ils conserveront les gamètes conformément à l'état des connaissances scientifiques et techniques (*litt.* c).

L'ordonnance distingue en outre selon que le titulaire de l'autorisation pratique la procréation médicalement assistée⁸¹ ou se contente de conserver et céder le sperme provenant de dons sans mettre en oeuvre les méthodes de PMA (art. 2 et 3 OPMA). Dans la première hypothèse, le requérant doit être titulaire d'un titre postgrade fédéral en gynécologie et obstétrique, alors que dans la seconde, il peut bénéficier d'un postgrade dans n'importe quel domaine de la médecine. Dans tous les cas, le requérant doit au surplus avoir l'autorisation cantonale d'exercer sa profession à titre indépendant (art. 2, al. 1 *in fine*, al. 2 *in fine*, et 3, al. 1 *in fine*, OPMA).

Outre les compétences professionnelles qu'il doit posséder, le requérant qui souhaite pratiquer la PMA en utilisant le sperme provenant de dons doit également exposer dans sa demande les moyens qu'il entend mettre en oeuvre pour recruter les donneurs et les informer sur la situation juridique, ainsi que pour écarter les risques pour la santé de la femme (art. 5, al. 1, OPMA). Relevons que la personne qui se contente de conserver le

⁷⁹ FF 1996 III 197, 255.

⁸⁰ FF 1996 III 197, 255.

⁸¹ Les compétences requises sont encore différentes selon que la personne entend pratiquer la PMA de manière générale ou pratiquer uniquement l'insémination avec du sperme provenant de dons. Dans le premier cas, le requérant doit être titulaire du postgrade fédéral en gynécologie et obstétrique avec une formation approfondie en endocrinologie gynécologique et en médecine de la procréation. Dans le second, le postgrade fédéral en gynécologie et obstétrique suffit (art. 2, al. 1 et 2, OPMA).

sperme sans pratiquer la procréation médicalement assistée n'est pas soumise à cette exigence.

Par ailleurs, la demande d'autorisation doit comprendre une «conception des conseils et de l'accompagnement» sur la plan de la psychologie sociale, ainsi que de la consultation génétique (art. 6 OPMA).

Chaque année, le titulaire d'une autorisation doit présenter un rapport à l'autorité compétente (art. 11). La LPMA énumère les indications qui doivent figurer dans le document. Cette mesure est censée avoir un effet préventif et doit permettre de faciliter la découverte d'éventuelles irrégularités. En outre, l'OPMA contient une annexe, intitulée Formulaire pour la consignation des données relatives aux donneurs de sperme auprès de l'Office fédéral de l'état civil. Pour chaque donneur, le médecin a pour mission de remplir ce document, avant de le transmettre à l'office. Ce dernier complète sur cette base le registre des donneurs de sperme qu'il est appelé à tenir (art. 15 OPMA). Ce registre permet en particulier à l'office de s'acquitter de son devoir d'information, lorsqu'un enfant issu d'une insémination avec donneur cherche à connaître son ascendance.

Enfin, l'autorité cantonale compétente exerce une surveillance sur les titulaires d'autorisation, laquelle se traduit notamment par des contrôles non annoncés dans l'année qui suit l'octroi de l'autorisation, puis tous les deux ans (art. 12 LPMA et 9, al. 1, OPMA).

Quant à la procédure, l'octroi de l'autorisation et l'exercice de la surveillance sont confiées aux départements chargés du domaine de la santé des cantons où s'exerce l'activité concernée (art. 8, al. 1, OPMA). Il est à préciser que les cantons peuvent déléguer ces tâches à une autre autorité (art. 8, al. 2, OPMA).

2. La mise en pratique de l'autorisation

Dans le cadre de la cession du sperme par le donneur à la banque, cette dernière doit être titulaire d'une autorisation, qu'elle entende ou non pratiquer la procréation médicalement assistée à l'aide des gamètes ainsi récoltés. En effet, dès l'instant où un établissement conserve la semence issue du don, il doit solliciter une autorisation et se soumettre aux exigences qu'elle implique.

Cependant, si l'activité de la banque est uniquement celle de la conservation, et éventuellement de la cession, sans mise en oeuvre des méthodes de PMA, les conditions de l'autorisation sont moins strictes.

Les médecins concernés doivent être simplement titulaires d'un titre postgrade fédéral en médecine, sans que celui-ci ne soit forcément obtenu

dans le domaine de la gynécologie-obstétrique. En outre, dans sa demande d'autorisation, le futur titulaire n'est pas soumis à l'exigence de l'article 5, al. 1, OPMA, à savoir notamment exposer les moyens qu'il entend mettre en oeuvre pour recruter les donneurs et les informer sur les implications juridiques du don. Enfin, les exigences relatives à l'accompagnement des patients en psychologie sociale et conseil génétique tombent également (art. 6 OPMA).

En pratique, la LPMA a eu des conséquences importantes avant même son entrée en vigueur. De nombreux établissements ont dû cesser leur activité en prévision des exigences posées par la législation fédérale. La gestion d'une banque de sperme est un travail énorme. Le contrôle des donneurs est à lui seul une charge conséquente. Quant à la sécurité, c'est une exigence primordiale. Or, l'activité de surveillance et de maintenance coûte extrêmement cher.

Les banques de sperme sont donc devenues extrêmement rares. Seuls les centres hospitaliers de Lausanne, Lugano et Zurich gèrent une banque grâce à laquelle ils pratiquent l'IAD. De surcroît, les banques existantes ont l'interdiction de fournir des établissements qui ne sont pas au bénéfice d'une autorisation (art. 20). La seule solution est donc d'envoyer les couples se faire soigner dans les centres autorisés.

C'est ainsi que pratique le CHUV: les hôpitaux sollicités pour un traitement de la stérilité adressent leurs patientes au CHUV. Les médecins de l'hôpital cantonal prennent en charge le traitement et, le cas échéant, ont recours à la banque de l'hôpital pour fournir les gamètes nécessaires.

3. Le contrat conclu sans autorisation

Les conséquences de la violation des règles en matière d'autorisation sont en principe réglées par le texte qui la prévoit.

La LPMA contient des dispositions pénales à cet égard. L'article 34, al. 2, menace de l'emprisonnement ou de l'amende quiconque conserve des gamètes ou en pratique la cession sans autorisation.

Au titre des conséquences civiles du défaut d'autorisation, la loi fédérale prévoit une sanction spécifique à la situation qui nous occupe. Le donneur qui, sciemment, donne son sperme à une institution qui n'est pas titulaire de l'autorisation requise s'expose à l'ouverture d'une action en paternité par l'enfant issu de son don (art. 23, al. 2, LPMA). En effet, le législateur a choisi de punir la violation par le donneur des dispositions relatives à l'autorisation par la perte de l'"immunité" qu'offre la LPMA aux donneurs.

La loi ne contient par contre aucune précision quant aux conséquences du défaut sur un éventuel contrat.

A en croire HEGNAUER, la violation de telles dispositions étant contraire au droit, le contrat doit être déclaré nul en vertu de 20, al. 1, CO⁸². SCHAUMANN est d'avis contraire, soulignant que le défaut ne concerne pas le contenu du contrat, mais la participation subjective d'une des parties⁸³. Dans ce cas de figure, le contrat n'est pas nul. La jurisprudence du Tribunal fédéral va, nous l'avons vu⁸⁴, dans le sens de SCHAUMANN.

Plus précisément, l'accord ne doit être déclaré nul que si le sens ou le but de la norme d'interdiction commande ce résultat.

SCHAUMANN relève que si l'autorisation fait défaut, le sperme sera probablement retiré, afin d'éviter que des gamètes infectés soient utilisés pour être inséminés⁸⁵. En effet, dans la mesure où la pratique a eu lieu à l'insu de tout contrôle légal, nul ne peut garantir que les précautions relatives à la sécurité des prélèvements ont été prises. Ce constat n'indique pourtant rien quant au sort du contrat.

Le don en soi n'est pas concerné par l'absence d'autorisation. Il sera valablement exécuté et la contre-prestation sera due. La LPMA intervient au stade suivant: elle cherche à empêcher que du sperme traité et conservé dans des conditions non conformes à l'état des connaissances scientifiques et techniques soit destiné à l'insémination. La destruction de la substance douteuse est parfaitement indépendante de la nullité du contrat. Le but de la loi peut ainsi être respecté sans déclarer nulles les conventions conclues en violation des dispositions relatives à l'autorisation.

La différence essentielle a trait à la position du donneur: en cas de nullité, il perd son droit à la prestation pécuniaire, alors que si le contrat est maintenu, il peut exiger le paiement de l'indemnité, quel que soit le sort du sperme issu du don.

En conclusion, il ne nous semble pas indispensable d'annuler les conventions conclues entre le donneur et une banque qui n'est pas titulaire de l'autorisation prévue par la LPMA.

II. La protection de la personnalité

Par principe, chaque individu est libre de ses actes au sein de l'ordre juridique et doit conserver cette liberté. Il en découle une protection particulière, qui ne se recoupe pas avec celle assurée par les principes

⁸² HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 69.

⁸³ SCHAUMANN, p. 98.

⁸⁴ Voir pp. 174-6 ci-dessus.

⁸⁵ SCHAUMANN, p. 98.

d'illicéité et d'immoralité. Si l'article 20 CO interdit l'engagement en lui-même, l'article 27, al. 2, CC couvre par contre le cas de figure d'un engagement en soi licite et moral, mais dont les modalités sont incompatibles avec la liberté assurée à l'individu au sein de l'ordre juridique suisse. Ici, c'est ce dernier aspect que nous allons envisager. En outre, contrairement à la protection découlant de la propriété, qui cherche à garantir les droits de tiers, c'est ici les droits du contractant lui-même qui font l'objet de l'attention du législateur. Protégé contre lui-même, l'individu voit sa liberté d'action réduite.

La protection offerte par l'article 27, al. 2, CC trouve application lorsque l'individu engage sa liberté par un acte juridique, en particulier un acte générateur d'obligations. Nous sommes, dans le cas qui nous occupe, en présence d'un acte de ce type. Il contient certes un acte de disposition, lequel ne peut être soumis à l'article 27 CC⁸⁶, mais cet acte est l'exécution d'une obligation contenue dans le contrat qui unit les parties. La relation contractuelle qui nous occupe se doit par conséquent d'être conforme à l'article 27 CC.

Il faut ainsi vérifier que l'acte auquel le donneur souscrit ne consiste pas en l'aliénation pure et simple d'un bien de la personnalité, ou que, si un tel bien est engagé, il ne l'est pas dans une mesure excessive et que la décision qui fonde l'obligation demeure révocable en tout temps⁸⁷.

A. La validité de l'engagement du donneur

L'individu est libre de contracter des engagements, même à l'égard de biens que le législateur considère indissociables de la personnalité. Ainsi, la seule implication d'un bien personnel dans un engagement contractuel ne suffit pas à faire de ce dernier un acte illicite.

L'accord pourrait cependant acquérir cette qualité, si l'obligation assumée par l'individu était d'une mesure jugée excessive. Concrètement, dans le cas qui nous occupe, l'homme qui fait don de son sperme à la banque s'engage à ne pas exploiter le potentiel de reproduction des spermatozoïdes cédés. Il assume donc une obligation d'abstention⁸⁸: il renonce à exercer son droit de la personnalité sur l'objet du don.

Il existe différents critères pour apprécier le caractère excessif ou non de cette obligation.

⁸⁶ Voir p. 262 ci-dessus.

⁸⁷ Pour le détail de ces notions, voir pp. 264-6 ci-dessus.

⁸⁸ Voir pp. 260-1 ci-dessus.

1. La durée de l'engagement

La durée est un facteur important: il importe de considérer la période pendant laquelle l'individu assume effectivement l'obligation contractuelle, le laps de temps effectif pendant lequel il effectue sa prestation.

Le donneur qui cède ses gamètes à la banque s'engage définitivement: il transfère la propriété des cellules sexuelles avec l'intention de les aliéner irrévocablement. Nous sommes donc en présence d'un engagement d'une durée illimitée. Or, même s'il est impossible de fixer des critères quant à la durée admissible d'une obligation contractuelle en matière de droits de la personnalité, il est en tout cas fait défense à l'individu de s'obliger pour le restant de ses jours.

La sanction d'une restriction à la liberté jugée excessive est, en règle générale, la nullité de la convention. Pourtant, en matière de contrats conclus pour une durée illimitée, le Tribunal fédéral offre à l'individu un droit spécial de résiliation, lequel permet au donneur de se libérer de son engagement, le jour où celui-ci contrecarre ses ambitions personnelles⁸⁹.

Le droit de la personnalité vient ainsi tempérer le caractère définitif de la cession. Concrètement, le donneur sera habilité à révoquer l'engagement, dès que la promesse faite à la banque de sperme de s'abstenir de toute prétention ne lui conviendra plus.

Depuis l'entrée en vigueur de la LPMA, ce régime spécifique est expressément ancré dans le droit positif. L'article 15, al. 3, LPMA autorise l'individu à révoquer en tout temps son consentement à la conservation et à l'utilisation de ses gamètes. La justification de la réglementation figure dans le Message. L'utilisation du sperme «relève des droits de la personnalité du donneur.⁹⁰» C'est pourquoi, toujours selon le Conseil fédéral, «[u]n donneur ne saurait céder définitivement son sperme⁹¹».

L'organisation de la banque permet la concrétisation de cette exigence légale. Le donneur ne perd pas complètement sa maîtrise sur les gamètes aliénés. Concrètement, il est vrai, le donneur n'a plus accès aux spermatozoïdes qu'il a remis à la banque. Cependant, les paillettes de sperme restent identifiées de bout en bout. De son arrivée à la banque de sperme à son utilisation en vue d'une insémination, le sperme est "traçable".

A *contrario*, le droit de revenir en tout temps sur une obligation contractée, dès qu'elle représente une restriction intolérable, signifie, que

⁸⁹ Voir pp. 261-2 ci-dessus.

⁹⁰ FF 1996 III 197, 260.

⁹¹ FF 1996 III 197, 260.

si l'homme s'accommode de la cession à long terme de ses gamètes à la banque, s'il ne ressent pas les effets de la restriction, il devrait être autorisé à supporter cette limitation de sa liberté d'action⁹². La protection de la personnalité commande uniquement qu'il ne renonce pas à la porte de sortie que représente le droit spécial de résiliation.

Pourtant, la LPMA limite dans le temps l'obligation assumée par le donneur, indépendamment des dispositions contractuelles adoptées par les parties: la banque ne peut conserver les gamètes destinés à l'IAD que cinq ans (art. 15, al. 1, LPMA).

En matière de don de sperme, le délai de cinq ans a pour but de garantir les intérêts des enfants à naître. Le législateur souhaite éviter que soient conçus des enfants dont les parents génétiques, le père en l'occurrence, soit décédé⁹³. C'est au nom de ces préoccupations, de nature à la fois sociale et éthique, que l'ordre juridique choisit de restreindre aussi bien la propriété dont sont titulaires les banques de sperme, que le droit du donneur d'assumer, sur le long terme, une obligation dans un domaine hautement personnel.

2. *L'intensité de l'engagement*

Le second critère essentiel à prendre en compte concerne l'intensité de l'engagement. A cet égard, il est intéressant de reprendre le critère du choix restant suggéré par THÉVENAZ⁹⁴. Selon la théorie du choix restant, l'engagement n'est pas excessif si l'individu dispose, malgré l'exécution de l'obligation, d'une liberté d'action importante. Il en découle en premier lieu qu'une obligation d'abstention doit être jugée moins sévèrement qu'une prestation positive. En l'espèce, le donneur s'engage à ne pas mettre en oeuvre le potentiel de reproduction supporté par les spermatozoïdes cédés à la banque; il assume donc un devoir d'abstention. Quant au choix restant, cette obligation ne signifie pas, et c'est évident, renoncer à son projet d'enfant. Le donneur pourra, avant comme après le don, décider de fonder une famille. En ce sens, l'engagement n'est pas excessif puisque l'individu conserve intacte sa liberté de procréer.

B. *L'acte de disposition*

Le donneur cède à titre définitif un élément sur lequel il est titulaire d'un droit de propriété. Le propriétaire perd son droit sur la chose, en la

⁹² Voir p. 261-2 ci-dessus.

⁹³ FF 1996 III 197, 258.

⁹⁴ Voir pp. 260-1 ci-dessus.

transférant à autrui. Le don provoque une véritable altération de la propriété globale de l'aliénateur, laquelle est autorisée par le législateur. Il est par contre fait défense à l'individu d'agir de même à l'égard de ses biens personnels. L'individu n'est pas habilité à disposer d'un attribut de sa personnalité. L'ordre juridique l'autorise cependant à aliéner la manifestation concrète de ce bien personnel.

En aliénant un nombre indéterminé de gamètes, le donneur ne renonce pas au bien personnel qui les protège. Le bien de la personnalité sur lequel porte le droit est la liberté de procréer. Le spermatozoïde est une chose, qui a, en l'occurrence, la particularité de permettre à l'individu de concrétiser la prérogative découlant du droit. En ce sens, le gamète matérialise le bien de la personnalité, il lui confère une existence physique. Il n'en demeure pas moins que ces deux entités sont distinctes l'une de l'autre. Ainsi, le donneur ne fait que céder un support, lequel peut être ou non investi d'un intérêt personnel. A ce titre, l'acte est conforme à la réglementation de l'article 27, al. 2, CC.

C. Conclusion

Le donneur peut céder son sperme, sans engager sa personnalité dans une mesure condamnée par l'ordre juridique. Le transfert, s'il se fait dans le respect des conditions posées, est donc conforme à la réglementation de l'article 27, al. 2, CC.

Lorsque le donneur fait don de sa semence, son intérêt pour la quantité transférée est faible, voire nul. Il ne renonce en aucune manière à engendrer une progéniture en faisant don d'une certaine quantité de sperme. Il décide, du moins temporairement, que la quantité cédée n'a, sur le moment, pas de valeur intime pour lui, car il n'a pas de «projet parental personnel⁹⁵». L'individu voit dans la semence un moyen, soit de porter secours à un couple stérile, soit d'améliorer ses fins de mois. A ce stade, elle n'incarne pas la concrétisation de son propre désir de descendance. Elle en est potentiellement porteuse, ce que traduit la subsistance du droit, mais cet aspect est secondaire à ce stade, ce qui justifie la prédominance du droit réel concurrent.

Au vu de ce qui précède, il ne se justifie pas d'accorder la priorité au droit de la personnalité. Au cours du processus dont le transfert est le point final, le donneur s'abstient provisoirement de faire valoir les prérogatives que lui confère la protection de la personnalité. Cette protection subsiste, elle ne s'éteint pas avec le transfert. Pourtant, les contingences pratiques

⁹⁵ ALNOT/LANSAC. *L'insémination artificielle*, p. 218.

imposent de la mettre entre parenthèses, afin de laisser le régime réel gouverner, du moins provisoirement, le déroulement des faits.

Ainsi, c'est le désintérêt marqué par le donneur lui-même, à savoir le titulaire du droit de la personnalité, qui explique le choix opéré.

La description qui précède met en évidence la perte de l'intérêt personnel du donneur. Cette considération juridique et théorique est confirmée par la réalité des banques de sperme à travers le monde.

Le phénomène apparaît en relation avec la disparition du principe d'anonymat du donneur. Admise jusque là dans le fonctionnement des banques de sperme, cette règle s'efface au profit du droit de l'enfant à connaître son origine. Nous savons que la Suisse suit en cela la tendance internationale et garantit à l'enfant l'accès aux données concernant son ascendance (art. 27 LPMA).

Or, il semble que les donneurs soient attachés à l'anonymat du don⁹⁶. En Suède par exemple, cette "personnalisation" du processus a provoqué une diminution du nombre de donneurs⁹⁷. Une étude danoise révèle, quant à elle, que seuls 20 % des donneurs interrogés poursuivraient leur activité si l'anonymat était levé⁹⁸. Aux Etats-Unis, le taux est un peu supérieur, mais il reste faible: il oscille autour de 35 %⁹⁹. Précisons que le taux d'incertitude en réponse à cette question est toujours élevé. En France, un sondage d'opinion tout à fait général révèle que 60 % du millier de personnes interrogées estiment que l'anonymat doit être complet¹⁰⁰.

La perte d'intérêt personnel transparaît également dans d'autres aspects. Ainsi, 80 % des donneurs interrogés dans l'étude danoise ne souhaitent pas être informés d'une éventuelle grossesse résultant de leur don. 88 % de ces mêmes individus refuseraient de rencontrer les enfants dont ils sont le père génétique. Le questionnaire offrait la possibilité de laisser un message à la descendance potentielle: aucun donneur n'a profité de cette occasion¹⁰¹. Les études américaines obtiennent des chiffres plus élevés, mais les hommes intéressés par ce qu'il advient de la semence aliénée représentent en tout état de cause moins de la moitié des donneurs. Par contre, 72 % des

⁹⁶ ALNOT/LANSAC, *L'insémination artificielle*, p. 222.

⁹⁷ PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 701; ALNOT/LANSAC, *L'insémination artificielle*, p. 223.

⁹⁸ PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 704.

⁹⁹ MAHLSTEDT/PROBASCO, *Fertil Steril* 1991 (56), No 4, p. 750; SCHOVER/ROTHMANN/COLLINS, *Human Reproduction* 1992 (7), p. 575.

¹⁰⁰ CLÉMENT, *L'insémination artificielle*, p. 85.

¹⁰¹ PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 703.

donneurs américains sollicités ont rédigé un message à l'intention de leur descendance potentielle¹⁰².

En conclusion, les hommes disposés à céder leurs gamètes ne semblent ressentir qu'un intérêt très mince pour leur descendance génétique. Les faits confirment ainsi la prépondérance de l'aspect réel et la disparition presque complète des considérations de nature personnelle.

Une atténuation s'impose cependant: les chiffres exposés ci-dessus varient de manière sensible selon les études consultées. Cela semble montrer que le désintérêt du donneur est étroitement lié à la conception culturelle de l'insémination artificielle et, en particulier, aux habitudes de secret qui l'entourent. Les auteurs établissent souvent un parallèle avec l'adoption¹⁰³. A l'origine, le secret de l'adoption et l'interruption totale des relations avec la famille de sang ne se discutaient pas. Aujourd'hui, les mentalités ont évolué et de nombreux principes apparemment irréfutables ont été remis en question¹⁰⁴. Ainsi, même si la fonction de verrou de l'anonymat est soi-disant investie de fantasmes à préserver¹⁰⁵, elle cédera probablement, à l'avenir, le pas à la transparence.

III. La qualification du contrat

HEGNAUER, devant la difficulté de concilier les particularités du don de sperme avec un cadre contractuel existant, opte pour la solution du contrat innommé¹⁰⁶. SCHAUMANN fait de même, en précisant cependant que l'acte juridique présente toutes les caractéristiques de la donation manuelle¹⁰⁷. Quant à GUINAND, il propose la figure contractuelle du mandat¹⁰⁸. Nous allons entamer notre étude par cette figure contractuelle.

Les éléments théoriques de la discussion ont en principe été exposés au chapitre précédent. Afin d'éviter des répétitions, nous y renvoyons¹⁰⁹. Nous ne soulignerons ici que les éléments nouveaux ou essentiels.

¹⁰² MAHLSTEDT/PROBASCO, *Fertil Steril* 1991 (56), No 4, p. 750.

¹⁰³ CLÉMENT, *L'insémination artificielle*, p. 86; MAHLSTEDT/PROBASCO, *Fertil Steril* 1991 (56), No 4, pp. 752-3; PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 701.

¹⁰⁴ MAHLSTEDT/PROBASCO, *Fertil Steril* 1991 (56), No 4, p. 752-3.

¹⁰⁵ ALNOT/LANSAC, *L'insémination artificielle*, p. 222.

¹⁰⁶ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 84.

¹⁰⁷ SCHAUMANN, p. 76.

¹⁰⁸ GUINAND, *SJ* 1986, p. 127.

¹⁰⁹ Voir pp. 310-20 ci-dessus.

Deux remarques préalables s'imposent. D'abord, comme en matière de transfusion sanguine, l'expression consacrée est celle de "don de sperme". Le terme de donation n'est jamais employé. Nous avons démontré qu'il n'y avait pas moyen de faire échapper au droit le phénomène du don¹¹⁰. En d'autres termes, le don ne peut être autre chose qu'une donation au sens du Code des obligations.

Ensuite, l'article 21 LPMA exclut la rémunération du don de sperme. La figure de la vente est donc directement exclue par cette interdiction législative expresse.

A. Le mandat¹¹¹

Si l'on en croit GUINAND, «le don de sperme [...] ne peut être considéré que comme un service rendu par le donneur de sperme [...], c'est-à-dire comme un mandat au sens des art. 394 ss. CO¹¹²».

Dès lors qu'un auteur refuse de considérer le gamète comme une chose, il exclut d'emblée, pour régir le rapport qui unit le donneur à la banque, tous les contrats d'attribution de biens. Il ne reste ainsi guère que le mandat qui soit encore susceptible de s'appliquer. Le recours au mandat semble en outre justifié par le fait que c'est un contrat qui trouve fréquemment à s'appliquer dans le domaine des prestations médicales.

Même si notre postulat de base diffère de celui des auteurs favorables au mandat, le choix que ces derniers font n'est pas irrationnel. Certains arguments pèsent en faveur de la structure contractuelle du mandat, lesquels tiennent à la nature même de la relation juridique.

1. La rémunération

En premier lieu, le mandat reposait à l'origine sur la motivation altruiste du mandataire. S'agissant d'un service non rémunéré, il présupposait amitié et confiance réciproque entre les partenaires¹¹³. Le caractère altruiste est très présent dans le cas du don. Malgré l'aspect financier, l'acte du donneur représente une forme de service à autrui.

Ensuite, le mandat, dans sa forme la plus pure, était conclu uniquement *mea gratia*, à savoir dans le seul intérêt du mandant. La structure classique a évolué en un mandat rémunéré, conclu désormais *mea et tua gratia*, à savoir dans l'intérêt de l'un comme de l'autre des cocontractants¹¹⁴. Le

¹¹⁰ Voir pp. 308-10 ci-dessus.

¹¹¹ Pour la théorie, voir pp. 310-3 ci-dessus.

¹¹² GUINAND, *St* 1986, p. 127.

¹¹³ BK-GAUTSCHI, No 70a ad 394 CO.

¹¹⁴ BK-GAUTSCHI, No 73a ad 394 CO.

contrat de don de sperme, dans la mesure où il est rémunéré, satisfait à la fois le donneur et la banque. La configuration est parfaitement compatible avec le caractère actuel du mandat. Nous serions en présence d'un contrat bilatéral parfait, à savoir un contrat synallagmatique.

2. *L'obligation de moyens*

Le mandat est un contrat de prestation au sens large¹¹⁵. Le mandataire prend en charge les affaires d'une autre personne, il garantit les intérêts d'un tiers¹¹⁶. Il doit, afin de satisfaire à sa tâche, faire de son mieux. Il n'a ainsi qu'une obligation de moyens, et non une obligation de résultat¹¹⁷. La prestation de service doit avoir lieu en vue d'un certain résultat, lequel ne doit pas absolument être atteint pour que l'obligation soit remplie.

Cette configuration est typique d'un contrat de prestation de services, d'un contrat de travail. Le transfert d'un bien est par contre inconcevable avec une obligation de moyens. Le propriétaire qui s'engage à aliéner l'objet de son droit assume l'obligation de transférer la propriété d'une chose, acte ponctuel, concret, parfaitement défini. Dans la mesure où l'acte en question repose sur la simple mise en oeuvre du pouvoir de disposition, il dépend de l'aliénateur et de lui seul. A ce titre, il ne peut constituer qu'une obligation de résultat, lequel est atteint ou non.

Le don de sperme n'est exécuté que lorsque le donneur dépose le récipient dans l'alcôve conçue à cet effet dans les couloirs du Département de Gynécologie-Obstétrique. Peu importe, par la suite, si le sperme n'est pas retenu pour une raison ou une autre. Le donneur a exécuté sa prestation dès la remise de l'éprouvette à la banque. La fourniture d'une chose est typiquement une obligation de résultat et non une obligation de moyens. Sur ce point, le mandat ne parvient pas à rendre compte des interactions en cause.

3. *La prestation caractéristique*

La prestation du donneur se limite strictement au transfert d'un bien mobilier. Nous avons démontré plus haut que les spermatozoïdes étaient des choses mobilières au sens de l'article 713 CC. Ils satisfont en effet à tous les critères établis par la doctrine en la matière¹¹⁸. La prestation caractéristique est par conséquent la fourniture d'une chose mobilière.

¹¹⁵ KSP-WEBER, No 2 ad *Vorbem. zu* 394-406 CO.

¹¹⁶ KSP-WEBER, No 2 ad 394 CO.

¹¹⁷ KSP-WEBER, No 2 ad 394 CO.

¹¹⁸ Voir Chapitre II ci-dessus.

Par opposition, la nature de la prestation du mandataire est un service, un ensemble d'actes tendant à un but. Il incombe au mandataire de gérer une affaire, de rendre des services. HEGNAUER écarte la figure du mandat, au motif précisément que la prestation caractéristique, à savoir la cession du sperme, n'est pas un produit immatériel du travail au sens du droit du mandat¹¹⁹.

On pourrait admettre un mandat conclu pour une affaire unique. Cependant, l'affaire unique consisterait ici dans le transfert d'une chose. Or, si la transaction a un sens lorsque la chose est dans la propriété ou même la possession d'autrui, elle perd tout son sens du moment qu'il s'agit d'un bien mobilier en possession et propriété du mandataire. Quel est l'intérêt de conclure un mandat pour transférer un bien du mandataire au mandant?

On peut tout au plus concevoir le transfert de la propriété comme l'une des modalités d'exécution du mandat. Cela se justifierait, si l'aliénation du bien représentait une prestation accessoire, découlant d'un ensemble d'actes à exécuter.

Dans la mesure cependant où l'attribution de biens est la prestation à la fois caractéristique et unique du rapport qui nous occupe, il ne se justifie pas de retenir le mandat. Même s'il se trouvait un motif valable d'appliquer le droit du mandat au même titre que les règles d'un autre contrat nommé, ces dernières auraient la préséance. En effet, en vertu de l'article 394, al. 2, CO, les dispositions relatives au mandat ont un caractère subsidiaire: elles ne s'appliquent qu'aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats.

4. La révocation du don

Enfin, il existe un problème directement provoqué par la nature particulière du don de sperme. Le caractère révocatoire du don, et donc du transfert de propriété, ne s'accorde absolument pas avec le droit du mandat.

Toute l'activité développée par le mandataire dans le cadre de l'exécution de ses obligations contractuelles est guidée par l'intérêt du mandant. Or, la reconnaissance d'un droit de révocation laisse supposer un intérêt prioritaire du mandataire à l'objet de la transaction, ce qui est parfaitement étranger au mandat, ou du moins à la structure classique de cette forme de relations contractuelles. Il est inconcevable, dans l'optique du service rendu, que le mandant n'acquiert pas de droit définitif sur les gamètes,

¹¹⁹ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piolot*, p. 84.

mais reste dépendant de l'accord révocable du mandataire quant à leur utilisation¹²⁰.

5. Conclusion

Même s'il existe des motifs valables de recourir au mandat pour décrire et régler les rapports qui unissent le donneur à la banque de sperme, la nature de ce contrat est trop éloignée des prestations caractéristiques en cause pour être adéquate. En outre, elle est inconciliable avec les exigences légales en matière de procréation médicalement assistée, qui limitent la liberté contractuelle des parties. Il nous faut donc envisager un autre type de relations contractuelles.

Si l'on garde à l'esprit le sentiment altruiste censé animer le donneur, la prochaine figure contractuelle à envisager est la donation.

B. La donation¹²¹

La donation est un contrat unilatéral qui a pour objet une attribution de biens à titre gratuit.

1. Le transfert d'un bien

Certains auteurs suisses tentent d'éliminer la qualification de donation qu'appelle inévitablement l'expression "don de sperme"¹²². GUINAND, en particulier, écarte l'application des articles 239 sq. CO. Selon l'auteur, si l'on «parle usuellement de "don" (...), il ne peut s'agir d'un don au sens du contrat de donation des art. 239 ss. CO.¹²³» Il relève effectivement que ce type de contrat implique la cession d'un bien. L'auteur préfère qualifier la prestation de «service rendu», c'est-à-dire, en terme juridique, de mandat au sens de 394 ss CO¹²⁴. Refusant fermement d'user du qualificatif de chose à l'égard des gamètes, l'auteur est contraint de recourir à cette construction juridique. HEGNAUER également exclut d'emblée la donation, au motif qu'un gamète ne peut être objet d'un droit patrimonial¹²⁵. Il a pourtant recours aux règles de la responsabilité de l'article 248 CO¹²⁶.

¹²⁰ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 84.

¹²¹ Voir pp. 314-20 ci-dessus.

¹²² GUINAND, *SJ* 1986, p. 127.

¹²³ GUINAND, *SJ* 1986, p. 127.

¹²⁴ GUINAND, *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, p. 244.

¹²⁵ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 84.

¹²⁶ HEGNAUER, *Mélanges Paul Piotet*, p. 85.

Les développements qui précèdent nous conduisent à réfuter les thèses de ces auteurs. Nous avons en effet opté pour le qualificatif de chose, même en ce qui concerne les gamètes. Ce postulat initial permet d'avoir recours aux formes contractuelles d'attribution des biens.

La prestation caractéristique du rapport qui unit le donneur à la banque de sperme est l'aliénation d'un bien. Plus précisément, la prestation du donneur consiste en la remise d'un élément matériel, le sperme, à un acquéreur qui est la banque. Sous cet angle, la donation est parfaitement adéquate, puisqu'un de ses éléments essentiels est l'attribution de biens¹²⁷.

2. La contre-prestation

Nous venons de décrire l'élément essentiel de la donation qu'est l'attribution de bien. Il ne suffit pas que le contrat comprenne cette obligation de transférer la propriété d'une chose, il faut encore que la convention qui unit les parties soit conclue à titre gratuit.

Sur ce point, la figure contractuelle de la donation est en exacte concordance avec la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, qui règle notamment les conditions du don de sperme. L'article 21 LPMA interdit aux parties de prévoir une rémunération à l'aliénation des spermatozoïdes.

Par contre, la donation est moins en phase avec la réalité du don. Nous avons établi plus haut que la rémunération des donneurs était une véritable contre-partie à la fourniture du sperme. Le caractère forfaitaire du montant perçu défendait en particulier son assimilation au remboursement des dépenses¹²⁸.

3. La révocation du don

Le droit contractuel organise la révocation de la donation exécutée, au même titre que le législateur autorise la révocation du don de sperme. A cet égard, les règles de la donation s'adaptent parfaitement à la réglementation de la LPMA. Elles permettent de garantir les intérêts personnels du donneur.

Le Code des obligations énumère les hypothèses dans lesquelles l'individu est autorisé à réclamer la restitution des biens (art. 249 CO). C'est ainsi notamment le cas lorsque la donation était assortie d'une charge et que celle-ci n'a pas été exécutée par le donataire.

¹²⁷ Voir pp. 314-6 ci-dessus.

¹²⁸ Voir pp. 365-6 ci-dessus.

Cette disposition est digne d'intérêt dans le cadre du don de sperme. L'homme qui se présente à la banque le fait avec l'idée que sa démarche profitera à un certain nombre de couples stériles. Pour tenir compte de cette motivation, dans le rapport contractuel qui unit les parties, on pourrait admettre que la banque assume implicitement l'engagement de n'utiliser le sperme donné que pour l'insémination artificielle. Cette obligation accessoire constituerait la charge, dont l'inexécution serait susceptible d'entraîner la révocation du don.

Dans le cadre du don de sang, la charge occupe une place importante¹²⁹. Le recrutement des donneurs est public. Il est ainsi aisé de constater l'accent mis sur la solidarité, à savoir sur l'affectation du produit du don à la transfusion. Rien de tel en matière de don de sperme. Le caractère confidentiel de la procédure de recrutement interdit tout constat de ce type. On ne peut que présumer que la solidarité est un thème de recrutement pour les donneurs de sperme comme pour les donneurs de sang.

Pourtant, il se trouve un second facteur pour tempérer l'importance de la charge. Alors que seules des motivations d'ordre idéal peuvent conduire l'individu au Centre de transfusion, l'intérêt pour l'indemnité versée aux donneurs de sperme est susceptible d'accompagner, voire de supplanter le sentiment de solidarité. Si la rémunération perçue par le donneur représente pour ce dernier la seule motivation au don ou du moins la motivation principale, il n'attachera probablement aucune importance ou qu'une importance limitée à l'affectation du produit du don.

Il est ainsi plus délicat d'affirmer de manière tout à fait générale la présence, dans le contrat qui lie le donneur à la banque, d'une clause qui impose à l'institution de faire un usage défini du produit du don.

C. La donation mixte¹³⁰

En théorie, la donation classique colle parfaitement aux relations entre le donneur et la banque de sperme, du moins telles que les conçoit le législateur. En pratique, la qualification se heurte à la rémunération offerte par la banque. La donation mixte est intéressante à ce titre, puisqu'elle est présente les caractéristiques de la donation, dans une forme altérée cependant, puisqu'elle tolère une contre-prestation.

La donation mixte tient à la fois de la donation et de la vente¹³¹. Nous sommes toujours en présence d'un acte juridique bilatéral portant sur une

¹²⁹ Voir pp. 304-5 ci-dessus.

¹³⁰ Voir pp. 344-6 ci-dessus.

¹³¹ Voir pp. 344-5 ci-dessus.

attribution de biens. La donation mixte se caractérise cependant par le fait que si elle comporte, comme la vente, un échange de prestations, celles-ci sont disproportionnées l'une par rapport à l'autre.

Pour admettre la donation mixte, il faut que les parties aient sciemment et en toute connaissance de cause fortement sous-estimé la valeur de l'une des prestations. L'intention libérale est essentielle. La partie qui offre plus qu'elle ne reçoit doit vouloir le déséquilibre.

Sans suffire à elle seule, la présence d'une forte disproportion entre les obligations peut laisser présumer la donation mixte. Qu'en est-il ici? La Suisse est fermement accrochée au système de la gratuité; il ne s'y trouve donc pas d'exemple de contrat ouvertement onéreux, lequel nous munirait d'un indice quant à la valeur du sperme sur le marché libre. Nous trouverons cependant un point de comparaison à l'extérieur des frontières helvétiques.

Aux Etats-Unis, les donneurs rémunérés côtoient les donneurs bénévoles. Ainsi, le don de sperme à un réseau américain gouvemé par la logique de la rémunération est payé entre 50 et 75 dollars (entre 75 et 110 francs suisses)¹³². Au Danemark, les donneurs touchent un montant de 50 à 60 dollars (75 à 90 francs), destiné à couvrir les frais de transport¹³³. En Angleterre, les individus se voient rembourser leurs «reasonable expenses», ainsi qu'un montant de 15 livres (35 à 40 francs suisses) par don.

Le Danemark et l'Angleterre se réclament d'une logique de non rémunération. Les montants signalés ne sont donc qu'une indication, puisqu'ils sont, comme en Suisse, officiellement destinés à couvrir les frais directement liés au don. Le prix américain, par contre, est plus significatif, puisqu'il procède ouvertement d'un système de marché soumis uniquement à la loi de l'offre et de la demande. Le don de sperme est évalué sur le marché américain des gamètes à un montant qui oscille entre 75 et 110 francs. Concrètement, cela signifierait que la valeur effective de la prestation du donneur se situe entre 75 et 110 francs, alors qu'elle est contractuellement fixée à 90 francs.

Même en ne retenant que la limite supérieure de l'estimation fournie par le marché américain, la disproportion entre les prestations ne paraît pas suffisante pour nous autoriser à présumer une donation mixte.

Pourtant, l'argument de la disproportion n'est pas seul déterminant. S'il ne permet pas d'imposer la figure de la donation mixte, il n'exclut pourtant pas définitivement le recours à cette institution juridique.

¹³² BERGH, *Fertil Steril* 1999, Vol. 71 (1), p. 9; www.midwestspermbank.com.

¹³³ PEDERSEN/NIELSEN/LAURITSEN, *Acta Obstet Gynecol Scand* 1994 (73), p. 702.

Au contraire, il faut bel et bien la retenir. En effet, la rémunération dont nous avons cherché à estimer l'importance, est illégale. Nous avons vu qu'elle n'était pas compatible avec la réglementation adoptée par la LPMA¹³⁴. La banque de sperme peut rémunérer ses donneurs, dans la mesure où la somme offerte correspond à l'indemnisation des frais engagés en vue du don. Si la règle légale était suivie, les donneurs percevraient un montant probablement inférieur à celui versé aujourd'hui. La figure de la donation mixte serait alors adéquate sans discussion possible.

D. Conclusion

La donation, sous sa forme mixte, régit, en parfaite adéquation avec les dispositions topiques, les rapports entre le donneur de sperme et la banque. Cette figure juridique permet de traduire contractuellement à la fois la protection de la personnalité du donneur et l'affirmation du caractère indemnitaire de la contre-prestation de la banque.

§ 3 Les relations entre la banque et le couple receveur

Le rapport contractuel qui lie le donneur à la banque est analysé. Il est temps de faire de même avec la seconde étape du processus de l'IAID. En traitant les spermatozoïdes issus des dons, la banque constitue un stock de paillettes, grâce auxquelles elle est en mesure d'offrir l'insémination aux couples stériles.

I. Les éléments essentiels

Les éléments caractérisant la relation qui lie la banque de sperme au couple stérile sont pour l'essentiel identiques à ceux de la relation liant le donneur à la banque. La législation fédérale a cependant introduit un élément supplémentaire, qui est l'obligation faite au médecin de n'inséminer qu'une femme mariée.

A. Le transfert d'une chose

L'objet de la transaction est toujours une quantité déterminée de spermatozoïdes. Les gamètes cédés par le donneur ont cependant subi une série de manipulations. Le sperme frais est dilué dans une substance

¹³⁴ Voir pp. 363-8 ci-dessus.

chimique, appelée glycérol. Le mélange est ensuite coulé dans des tubes de plastique de 14 cm de long sur 2 mm de diamètre. Ces éprouvettes sont obturées à une extrémité par un bouchon poreux. Quant à l'orifice de remplissage, il est soudé aux ultrasons. Ces tubes sont les fameuses paillettes, unités de mesure des transactions à suivre. Elles contiennent en moyenne 0,25 ml de sperme, ce qui représente la dose nécessaire pour une injection. Ces paillettes sont maintenues une dizaine de minutes dans des vapeurs d'azote, puis plongées dans l'azote liquide, substance dont la température, à cet état, est de -196°C . La conservation a ainsi lieu dans des bonbonnes remplies d'azote liquide.

Au moment de l'insémination, la paillette est sortie de la bonbonne et laissée à température ambiante. Il faut trente secondes au liquide pour retrouver sa fluidité¹³⁵.

1. *La chose aliénable*¹³⁶

Nous avons vu plus haut que les spermatozoïdes étaient visés par l'article 119, al. 2, *litt. e*, Cst. L'exégèse a montré que l'interdiction du commerce que contient cette disposition devait être interprétée, à la lumière du régime général des gamètes, comme une simple exigence de gratuité¹³⁷.

Quant à l'étape du processus visée par la disposition, la formulation toute générale de l'alinéa en question autorise à penser que la règle concerne toutes les transactions, de quelque nature qu'elles soient et à quelque stade qu'elles se produisent. Le Message contient la simple indication que l'article porte «sur les banques de sperme»¹³⁸.

La LPMA ne contient aucune indication expresse quant au statut hors commerce des spermatozoïdes. Elle institue cependant une procédure d'autorisation que nous verrons en détails plus bas¹³⁹. Or, nous savons que la présence d'une autorisation dans un régime d'échange équivaut à une exclusion partielle du commerce¹⁴⁰.

Dans la relation qui nous occupe, la banque de sperme doit être effectivement titulaire d'une autorisation, et ceci à double titre. En premier lieu, elle conserve des gamètes, aspect que nous avons abordé ci-dessus. Ensuite, la banque «pratique la cession de sperme provenant de dons». L'article 8, al. 1, *litt. b*, LPMA subordonne l'exercice de ces deux

¹³⁵ CHEVROLET, p. 57.

¹³⁶ Pour la théorie, voir p. 290 ci-dessus.

¹³⁷ Voir pp. 109-10 ci-dessus.

¹³⁸ FF 1989 III 945, 976.

¹³⁹ Voir pp. 400-3 ci-dessous.

¹⁴⁰ Voir pp. 90-2 ci-dessus.

activités, étroitement dépendantes l'une de l'autre, à l'obtention d'une licence administrative délivrée par l'autorité cantonale.

En conclusion, le sperme est une chose partiellement hors commerce, statut créé par la LPMA. Son aliénation est possible, mais elle doit avoir lieu dans le respect des conditions mises à son échange.

2. *Le titre valable*¹⁴¹

Le transfert d'une chose n'est reconnu par le droit suisse que s'il repose sur un titre valable. Cette condition suppose l'existence, à la fois, d'une cause juridique valable et de l'accord des parties sur le transfert de propriété.

A. LA CAUSE JURIDIQUE VALABLE

Le transfert doit reposer sur une cause juridique valable. L'invalidité de la cause juridique entraîne, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'invalidité du transfert.

C'est toujours dans le cadre du traitement d'une stérilité que le sperme, congelé sous la forme de paillettes, est cédé à une patiente. Un contrat médical, en termes juridiques un mandat, lie ainsi la partie qui acquiert la substance à celle qui l'aliène. Quant à savoir si le transfert des gamètes est englobé par le mandat ou s'il fait l'objet d'un acte juridique indépendant, nous le verrons plus bas¹⁴². Quoi qu'il en soit, le transfert des gamètes repose dans tous les cas sur un acte juridique, comme le veut la loi.

L'ordre juridique suisse ne tolère pas qu'un transfert de propriété ait lieu en vertu d'un acte nul ou annulé. Ainsi, il subordonne la validité de la cession à celle du contrat qui la motive. Il s'agit donc d'étudier la conformité à l'ordre juridique et moral de l'acte sur lequel repose le transfert.

I. Contenu illicite

Le Tribunal fédéral a, à diverses reprises, affirmé que l'interdiction générale de l'insémination artificielle hétérologue serait contraire à la liberté personnelle, puisque le désir d'avoir des enfants représente un phénomène élémentaire de l'épanouissement de la personnalité¹⁴³.

¹⁴¹ Voir pp. 291-4 ci-dessus.

¹⁴² Voir pp. 410-1 ci-dessous.

¹⁴³ ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586, cons. 5a-b; ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194, cons. 5a.

Une initiative «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle», lancée en novembre 1992 et déposée en janvier 1994¹⁴⁴, demandait notamment une interdiction de l'insémination artificielle hétérologue¹⁴⁵. Cette initiative a été rejetée en votation populaire le 12 mars 2000¹⁴⁶, résultat qui a permis l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), élaborée en contre-projet à l'initiative¹⁴⁷.

La LPMA règle expressément les différents aspects juridiques de l'insémination artificielle avec le sperme d'un donneur. Ainsi, la cession par la banque d'une certaine quantité de sperme à une patiente, dans le cadre du traitement d'une stérilité, ne peut qu'être valable, puisque reconnue par l'ordre juridique. Le législateur subordonne cependant la licéité au respect de deux conditions: la banque de sperme doit être au bénéfice d'une autorisation¹⁴⁸ et la patiente qui acquiert les gamètes destinés à l'insémination doit être mariée¹⁴⁹.

Contrairement à la transaction réunissant le donneur et la banque, le contrat entre la banque et le couple receveur implique les droits d'une tierce personne, à savoir les droits de la personnalité du donneur. Il s'agira de veiller à ce qu'ils ne soient pas lésés, analyse à laquelle nous nous prêterons plus bas¹⁵⁰.

II. Contenu immoral

Il y a trente ans que l'on pratique l'insémination hétérologue en Suisse¹⁵¹. Si cette méthode a pu être jugée contraire à la morale par le passé¹⁵², en raison notamment de l'implication d'un tiers dans la procréation¹⁵³, la notion de bonnes moeurs a évolué, en particulier dans le domaine de la morale sexuelle¹⁵⁴.

La question ne fait pourtant pas l'unanimité, même aujourd'hui. L'initiative «pour la protection de l'être humain contre les techniques de

¹⁴⁴ FF 1994 V 877.

¹⁴⁵ Les initiants souhaitaient modifier l'actuel article 119 Cst. dans le sens suivant: «l'utilisation de gamètes de tiers à des fins de procréation artificielle est interdite».

¹⁴⁶ FF 2000 III 2814.

¹⁴⁷ FF 1996 III 197, 210.

¹⁴⁸ Voir pp. 400-3 ci-dessous.

¹⁴⁹ Voir pp. 403-4 ci-dessous.

¹⁵⁰ Voir pp. 404-10 ci-dessous.

¹⁵¹ SCHWEIZER, No 1 ad 24^{novies} aCst.

¹⁵² GROSSEN, RDS 1960 II 52a.

¹⁵³ SCHWEIZER, No 68 ad 24^{novies} aCst.

¹⁵⁴ GUINAND, SJ 1986, p. 128.

reproduction artificielle» cherchait précisément à interdire l'insémination avec donneur, au motif que cette méthode était immorale¹⁵⁵. L'argument principal des initiants tenait au «bien de l'enfant et la famille¹⁵⁶»: la double paternité (père génétique et père social) causerait à l'enfant, au cours de sa croissance, «une lourde charge psychique difficilement surmontable et guère prévisible au moment du traitement»¹⁵⁷. L'individu né par IAD souffrirait à la fois d'incertitude sur son ascendance génétique et de doutes sur les sentiments de son père social. A ces arguments liés à l'enfant, les initiants ajoutent que le couple receveur court le risque «de graves perturbations psychiques»: le mariage pourrait être mis en danger par le sentiment de la femme d'avoir trompé son mari, d'une part; d'autre part, le père pourrait avoir des difficultés à surmonter le fait que son enfant a une origine génétique étrangère¹⁵⁸.

L'initiative susmentionnée a cependant été rejetée¹⁵⁹. Le peuple suisse, en sa majorité du moins, ne partage pas la position des auteurs de l'initiative. En se prononçant contre le projet en question, il a implicitement exprimé son désir que l'insémination artificielle avec donneur soit élevée au rang des méthodes de procréation médicalement assistée admises en Suisse. Si les moeurs font appel aux sentiments «naturels et innés» des individus¹⁶⁰, on peut, sur la base de ce rejet, affirmer la compatibilité avec l'ordre moral de ce processus médical.

III. Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité

Cette question est sans pertinence à ce stade du processus. Le sperme aliéné par la banque est certes porteur d'un intérêt personnel, mais le titulaire de cet intérêt, à savoir le donneur, n'est pas partie au contrat. Il ne bénéficiera, de ce fait, pas de la protection offerte par l'article 27, al. 2, CC.

Quant au couple receveur, il investira certes la substance d'un intérêt personnel, mais ceci uniquement après la cession¹⁶¹.

IV. Conclusion

La transaction est licite, dans la mesure où elle a lieu entre une banque autorisée à pratiquer la cession des gamètes et une femme mariée. Le

¹⁵⁵ FF 1996 III 197, 213.

¹⁵⁶ FF 1996 III 197, 213.

¹⁵⁷ FF 1996 III 197, 213.

¹⁵⁸ FF 1996 III 197, 213-4.

¹⁵⁹ Voitation populaire du 12 mars 2000 (FF 2000 III 2814).

¹⁶⁰ THÉVENAZ, No 116.

¹⁶¹ Voir pp. 409-10 ci-dessous.

contrat satisfait également à l'exigence de la moralité. Le titre qui fonde le transfert de la propriété est donc valable.

B. L'ACCORD SUR LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

Le couple stérile qui s'adresse au Département de Gynécologie-Obstétrique du CHUV pour une insémination artificielle avec donneur cherche à acquérir la substance qui permettra de pallier la stérilité du conjoint. La démarche n'est pas très éloignée de celle du patient qui se rend à la pharmacie pour y acquérir un médicament.

DAVID considère comme révolu le temps où le médecin se chargeait de trouver le sperme à inséminer, l'achat de la semence faisant du donneur un «fournisseur, comme un autre, de matériel à usage médical». Le fondateur de la première banque de sperme française juge cette conception réductrice et matérialiste¹⁶². Il nous est difficile de mettre le doigt sur l'évolution prétendue. A l'heure actuelle, le donneur fournit toujours la semence, et le souci prépondérant d'effacer autant que possible le souvenir de son intervention dans la suite de la procédure restreint sérieusement son rôle en tant qu'individu.

Il est évident que l'insémination s'inscrit dans un processus médical global, dans lequel la fourniture du sperme ne représente qu'un acte parmi beaucoup d'autres. Il n'en reste pas moins que le mari est atteint dans sa santé et que le recours à la substance qu'est le sperme lui permet de jouir, certes partiellement, des facultés dont un homme sain dispose. L'analogie n'est que lointaine, il est vrai. Elle permet cependant de mettre en évidence le fait que le couple se porte acquéreur d'une substance, laquelle va lui rendre la liberté de procréer dont un couple sain est titulaire. Ainsi, il est évident que l'acquisition ne peut avoir lieu qu'à titre de propriété.

3. *Le mode de transfert*¹⁶³

Le transfert de propriété doit se traduire par un transfert de possession. L'alinéateur doit se séparer physiquement de l'objet, afin que ce dernier entre dans la sphère de maîtrise de l'acquéreur.

En matière d'insémination artificielle avec donneur, il existe deux cas de figure.

A. L'INSEMINATION ARTIFICIELLE

Dans un premier cas, la patiente est inséminée directement avec le sperme du donneur. C'est le cas le plus simple. Le sperme, provenant de paillettes

¹⁶² DAVID, *L'insémination artificielle*, pp. 4-5.

¹⁶³ Pour la théorie, voir pp. 294-5 ci-dessus.

décongelées, est déposé dans l'appareil génital féminin¹⁶⁴. Le transfert de possession a lieu lors de l'insertion des gamètes par le médecin directement dans le corps de la femme.

B. LA FECONDATION IN VITRO

Le second cas de figure est plus compliqué. Il s'agit toujours d'un cas d'IAD, c'est-à-dire d'insémination avec donneur. Cependant, dans cette hypothèse, le sperme n'est pas introduit dans le corps de la femme. La fécondation a lieu *in vitro*.

Les ovules sont contenus dans le liquide folliculaire ponctionné chez la future mère. Une fois repérés, ils sont déposés dans une éprouvette, qui contiendra par la suite également les spermatozoïdes du donneur. Ce qui sera un embryon au moment d'être implanté chez la mère aura vécu quarante-huit heures environ à l'extérieur du corps de la femme.

Le transfert de possession a lieu, à notre avis, au moment où les spermatozoïdes sont déposés dans l'éprouvette. C'est la figure du constitut possessoire: l'aliénateur demeure en possession de la chose, mais l'acquéreur en acquiert la possession originaire¹⁶⁵. Au stade où les gamètes sont réunis dans le récipient, la patiente en acquiert la propriété, même si l'éprouvette reste techniquement en mains de l'équipe médicale. La preuve en est à notre avis que si la fécondation échoue, le couple se verra selon toute probabilité facturer de nouvelles pillettes.

4. *Le véritable propriétaire*¹⁶⁶

La légitimité de la propriété de la banque repose sur celle du donneur. Nous avons établi que le premier transfert, dans la mesure où il respectait les conditions légales existantes, était valable. La banque peut donc à son tour céder en toute légitimité la propriété des gamètes stockés dans ses cuves.

B. La gratuité

Le don lui-même, acte initial permettant la mise en circulation des gamètes, ne peut donner lieu à rémunération, si l'on en croit la LPMA. Nous avons vu que dans les faits, cette interdiction n'était pas respectée. Lors de la seconde étape du processus, l'échange a lieu, en pratique, également à titre onéreux. Nous verrons ce qu'il en est de la conformité de ce transfert avec le droit positif.

¹⁶⁴ CHEVROLET, p. 48.

¹⁶⁵ STEINAUER, No 281.

¹⁶⁶ Pour la théorie, voir p. 296 ci-dessus.

1. Le principe de gratuité

A. L'ARTICLE 119 CST.

Nous avons vu plus haut que la Constitution interdisait le commerce du patrimoine germinal humain (art. 119, al. 2, *litt. e*)¹⁶⁷. Nous en avons déduit que, puisqu'il ne pouvait s'agir d'une interdiction d'aliéner le sperme, le sens de la disposition était d'imposer la gratuité dans l'échange. Cette conclusion s'est trouvée renforcée par un passage du Message relatif à la LPMA, exprimant explicitement cette idée¹⁶⁸.

Il n'est fait cependant nulle mention des actes précisément soumis à cette exigence. Le Message accompagnant la LPMA relève simplement que «[l']interdiction du commerce du patrimoine germinal humain vise en particulier la commercialisation des banques de sperme.¹⁶⁹» Le texte constitutionnel manquant de précision, il nous faut nous tourner vers la LPMA qui a précisément pour but de mettre en oeuvre la réglementation constitutionnelle.

B. LA LOI FÉDÉRALE SUR LA PROCREATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

La LPMA reprend expressément le principe de gratuité, mais uniquement en ce qui concerne le don de sperme (art. 21). Rien ne figure dans le texte de loi en ce qui concerne l'étape ultérieure.

Cette lacune n'est pas étonnante, puisque la démarche qui préside à l'adoption de ce genre de disposition est toujours identique et transparait dans l'ensemble de la réglementation articulée autour des parties séparées du corps humain. Le législateur n'envisage pas le problème de manière globale. D'une part, le législateur helvétique est un partisan déclaré du bénévolat des donneurs. A ce titre, il se doit de statuer expressément l'exigence de gratuité du don. D'autre part, les parlementaires sont hantés par la crainte de voir s'instaurer un commerce clandestin d'organes ou de tissus. C'est pourquoi ils inscrivent, parallèlement au premier axe du raisonnement, une interdiction du commerce.

Le tout manque évidemment de cohérence, puisqu'il ne procède pas d'une démarche uniforme. En outre, le recours à des concepts mal définis juridiquement complique à l'excès l'interprétation des dispositions qui les contiennent. Enfin, la répétition de concepts identiques dans leur but mais exprimés sous des formes variées ne peut que semer la confusion, en ouvrant la porte à toutes les interprétations.

¹⁶⁷ Voir pp. 109-10 ci-dessus.

¹⁶⁸ FF 1996 III 197, 274.

¹⁶⁹ FF 1996 III 197, 274.

On trouve cependant deux indications qui laissent penser que l'exigence de gratuité est valable non seulement entre le donneur et la banque, mais également dans les étapes suivantes de la chaîne. En premier lieu, le Message reformule l'idée de gratuité dans les termes suivants: «Les spermatozoïdes en tant que tels ne peuvent pas constituer une contrepartie d'une transaction financière»¹⁷⁰.

Ensuite, il faut relever que les dispositions pénales de la LPMA condamnent de manière générale l'aliénation et l'acquisition de matériel germinal humain à titre onéreux (art. 32, al. 2).

En conclusion, la gratuité semble s'imposer en vertu à la fois de la disposition constitutionnelle et de la législation d'exécution.

2. *L'application du principe de gratuité*

Le sperme est facturé aux patients, que ceux-ci soient en contact direct avec les médecins de l'unité du CHUV ou agissent par le biais d'un médecin installé. Le prix de la dose nécessaire à une insémination se monte à 75 francs. Cette somme a pour but de compenser les frais qu'engendrent les tests de dépistage, la préparation des paillettes ainsi que la conservation de ces dernières. Toutes ces opérations coûtent très cher.

Ainsi, le montant facturé est dérisoire par rapport au coût réel, induit notamment par le nombre croissant de tests à effectuer. Le montant facturé a pour seul but d'amortir autant que possible les frais de fonctionnement de l'institution. En outre, il n'est pas contraire à la politique générale en matière de parties séparées du corps de tolérer le remboursement des frais engendrés par la manipulation du matériel biologique. La seule clé d'interprétation offerte par le Conseil fédéral est la suivante: «Une indemnisation des impenses n'est pas une rémunération. Il faut toutefois éviter qu'une indemnisation des impenses ne serve à cacher une rémunération.»¹⁷¹

Nous n'allons pas contester le caractère admissible de la somme facturée aux patients qui ont recours aux services de la banque de sperme. Pourtant, si, à l'examen, chaque cas possède des particularités qui justifient l'existence d'une contre-prestation, l'exigence pure et simple de gratuité n'a pas de raison d'être. Ce mécanisme met en évidence le problème d'interprétation que l'imprécision législative suscite. Entre une gratuité partielle censée amortir les frais et une véritable rémunération, la limite est souvent ténue.

¹⁷⁰ FF 1996 III 197, 275.

¹⁷¹ FF 1996 III 197, 275.

3. *La violation du principe de gratuité*

Sur le plan pénal, l'article 32, al. 2, LPMA punit de l'emprisonnement ou de l'amende quiconque aliène ou acquiert du matériel germinal humain à titre onéreux.

Nous avons admis ci-dessus que l'article 119 Cst. statuait une interdiction de l'échange du patrimoine germinal humain à titre onéreux. Un contrat prévoyant une contre-partie pour la fourniture du sperme serait illicite et pourrait être déclaré nul au sens de l'article 20 CO. Il reste à décider si le but de la norme d'interdiction commande le recours à cette sanction.

Le constituant n'est pas opposé à l'échange des parties séparées, il souhaite uniquement que celui-ci se déroule dans le respect de certains principes. La gratuité est un des postulats fondamentaux que les diverses oeuvres législatives en cours cherchent à imposer. Ainsi, il suffirait de supprimer le caractère onéreux de l'acte pour le réhabiliter aux yeux du législateur.

Cette option est celle de la nullité partielle. Elle n'est acceptable qu'à la double condition que la suppression de la clause incriminée ne dénature pas l'acte et que l'individu souhaite maintenir sa prestation malgré l'absence de rémunération. La première de ces exigences est aisément satisfaite: la cession des paillettes conserve toute sa raison d'être, indépendamment de la présence ou non d'une contre-prestation pécuniaire. Quant à la seconde, elle est essentiellement subjective. La décision appartient à la partie qui voit son engagement privé de rémunération.

C. *L'autorisation*

Si la disposition constitutionnelle ne contient aucune restriction à l'aliénation des gamètes, il en va autrement de la loi d'exécution qui en découle. Celle-ci instaure une procédure d'autorisation pour l'ensemble des activités liées aux spermatozoïdes.

1. *Le principe de l'autorisation*

«La mise en oeuvre d'une PMA est une activité médicale qui présuppose un diagnostic complet des causes de la stérilité, des connaissances scientifiques et médicales approfondies ainsi que la capacité d'informer le couple sur les risques et les avantages de la technique utilisée de même que sur les alternatives possibles.¹⁷²» Ce constat, inspiré d'un souci de protection de la santé publique, a conduit le gouvernement à proposer de définir restrictivement les personnes ou institutions habilitées à pratiquer la PMA.

¹⁷² FF 1996 III 197, 254.

Certains cantons avaient également prévu une procédure de ce type avant l'entrée en vigueur de la LPMA¹⁷³. Ces dispositions cantonales n'ont plus raison d'être étant donné que la compétence cantonale s'éteint au moment où la législation fédérale entre en vigueur¹⁷⁴.

2. La mise en pratique de l'autorisation

L'article 8, al. 1, *litt. a*, LPMA impose à toute personne qui pratique la procréation médicalement assistée de solliciter une autorisation. En réalité, le régime comporte une exception. Si l'insémination homologue doit bien être le fait d'un médecin, celui-ci n'est cependant pas tenu d'être titulaire d'une autorisation (art. 8, al. 2). Ce type d'insémination comporte, de l'avis du législateur, moins de risques pour la patiente.

La délivrance de ce papier sera de la compétence des cantons. La LPMA fixe les critères auxquels doivent satisfaire les prétendants à l'autorisation. En premier lieu, la mise en oeuvre de ces pratiques est réservée aux seuls médecins (art. 9, al. 1, LPMA). Ceux-ci doivent en outre posséder la formation et l'expérience nécessaires pour appliquer les méthodes de PMA et offrir les garanties d'une activité sérieuse et conforme à la loi (art. 9, al. 2, *litt. a* et *b*, LPMA).

Le recours aux technologies avancées qui constituent les différentes méthodes de PMA ne peut se faire sans le concours de spécialistes, notamment en endocrinologie, en biologie de la procréation ou en gynécologie opératoire¹⁷⁵. C'est pourquoi, pour concéder une autorisation, qui sera accordée au responsable de l'équipe, la loi oblige l'ensemble des praticiens concernés à conseiller et accompagner les patients «sur les plans de la médecine, de la biologie de la procréation et de la psychologie sociale» (*litt. c*). Sur ce dernier point, la loi n'oblige pas les centres pratiquant la PMA à s'assurer les services d'un psychologue diplômé. Elle exige simplement que les aspects psychologiques ne soient pas négligés et que la collaboration avec une personne formée soit offerte au couple désireux d'entrer en contact avec un spécialiste.

Sur le plan technique, ensuite, le médecin doit disposer de l'équipement de laboratoire nécessaire (*litt. d*) et garantir que la conservation des gamètes se fera conformément à l'état des connaissances scientifiques et techniques¹⁷⁶.

¹⁷³ NE: Art. 31, al. 1 de la Loi de santé, du 6 février 1995 (RSN 800.1);

VD: Art. 72 de la Loi sur la santé publique, du 29 mai 1985 (RSV 5.1).

¹⁷⁴ FF 1996 III 197, 202.

¹⁷⁵ FF 1996 III 255.

¹⁷⁶ FF 1996 III 255.

Lorsqu'un couple a recours aux méthodes de PMA afin d'empêcher la transmission d'une maladie grave, un conseil génétique doit lui être proposé (art. 9, al. 3).

En plus de l'obligation d'obtenir une autorisation, les médecins concernés sont soumis à des contrôles pour prévenir les abus (art. 12).

Aux Etats-Unis, il en va bien différemment. Les *fertility clinics* jouissent d'une certaine publicité, mais il existe bien d'autres institutions, médecins ou privés qui pratiquent l'insémination en dehors de tout contrôle. Certains auteurs parlent même d'une «demedicalization» de l'insémination. En effet, l'auto-insémination n'est pas rare. Les initiatives privées se déroulent dans des conditions qui ne permettent pas de garantir un *screening* efficace des donneurs sollicités. Les risques d'infection sont de ce fait particulièrement élevés¹⁷⁷. En cela, la rigueur d'une procédure administrative est un rempart utile contre bon nombre de dangers toujours inutiles et, de surcroît, largement évitables pour la plupart.

3. *Le contrat conclu sans autorisation*

Les seules sanctions expressément prévues par le texte de loi lui-même sont pénales. La LPMA prévoit l'emprisonnement ou l'amende pour quiconque pratique la procréation médicalement assistée sans autorisation (art. 34, al. 1, LPMA).

Sur le plan civil, l'absence de l'autorisation prévue par la LPMA ne suffit pas à priver le contrat de sa validité. La législation fédérale ne contenant aucune disposition expresse à cet égard, c'est du but et du sens de la norme d'interdiction qu'il faut déduire la nécessité de sanctionner ou non l'absence d'autorisation par la nullité de la convention.

La mise en oeuvre d'une méthode de procréation médicalement assistée suppose des connaissances scientifiques et médicales approfondies. Les praticiens impliqués dans le processus doivent être en mesure d'informer et de soutenir le couple stérile de manière adaptée¹⁷⁸. Dans le cadre de l'activité de conseil, la délivrance d'une autorisation permet de garantir aux individus qu'ils seront suivis de manière adéquate et par des personnes qui disposent des compétences que la processus requiert.

Si l'autorisation est utile à cet égard, il est un aspect de la procréation médicalement assistée à l'égard duquel l'autorisation joue un rôle crucial. L'institution qui cède les gamètes au couple stérile les a préalablement

¹⁷⁷ GUINAN, *JAMA* 1995, Vol. 273 (11), p. 890; BAKER/PATERSON, *Fertil Steril* 1995, Vol. 63 (5), p. 948.

¹⁷⁸ FF 1996 III 197, 254.

traités et conservés. L'octroi d'une autorisation certifie que la conservation s'est faite conformément à l'état des connaissances scientifiques et techniques¹⁷⁹. Un couple stérile qui traite avec une institution ne disposant pas de l'autorisation requise ne peut être sûr que les donneurs ont été sélectionnés avec soin ni, en particulier, que les risques de transmission d'un agent pathogène ont été correctement écartés.

Des impératifs de santé publique commandent de renoncer à toute utilisation de paillettes fournies par une institution qui n'a pas obtenu ou pas requis l'autorisation nécessaire. L'absence de la licence exigée fait peser un doute important sur l'ensemble des prestations médicales fournies par l'institution. Un intérêt prédominant impose que les relations contractuelles soient rompues. La nullité paraît donc commandée par les circonstances.

D. Le mariage

Le législateur pose une condition supplémentaire à la transaction, directement liée à la qualité des parties au contrat: seul un couple marié peut se voir offrir la méthode de procréation médicalement assistée qu'est l'insémination artificielle avec donneur.

1. Le principe du mariage

L'article 3 LPMA, intitulé «Bien de l'enfant», contient à son troisième alinéa la règle suivante: «Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme.» Le législateur a ainsi aligné les exigences de l'IAD sur celles de l'adoption. La raison en est, si l'on en croit le Message, que l'enfant ne doit être conçu que dans le cadre d'une relation stable et durable, et que seul le mariage offre cette garantie¹⁸⁰.

En outre, lorsque le législateur a décidé d'autoriser et de réglementer la procréation médicalement assistée, il a assorti la rupture de la filiation biologique d'une interdiction de la faire valoir par la suite pour établir une filiation juridique (art. 23, al. 2, LPMA). Si le recours à l'IAD est ouvert aux femmes célibataires, la société se trouvera face à des enfants qui n'ont pas de père au sens juridique du terme et qui seront dans l'impossibilité de faire établir la filiation biologique existante. Pour éviter l'occurrence de situations de ce type et garantir le droit de l'enfant d'avoir un père et une mère¹⁸¹, le législateur exige la présence d'un homme en mesure d'assumer la paternité juridique, à savoir le mari.

¹⁷⁹ FF 1996 III 197, 255-6.

¹⁸⁰ FF 1996 III 197, 246.

¹⁸¹ FF 1996 III 197, 262.

2. *L'application du principe*

L'application du principe exposé ci-dessus ne pose aucun problème particulier. On peut simplement relever que la nature de cette exigence s'apparente à celle d'une autorisation: le cocontractant doit jouir d'une qualité particulière pour être valablement partie au contrat.

3. *L'insémination d'une femme non mariée*

Le médecin qui, intentionnellement, insémine une femme non mariée s'expose à des poursuites pénales. En effet, l'article 37 LPMA prévoit l'emprisonnement ou une amende d'un maximum de 100'000 francs pour quiconque applique une méthode de procréation assistée en violation de ce principe.

Sur le plan administratif, le titulaire de l'autorisation court le risque de se la voir retirer.

Précisons que dans les deux cas, seul le médecin s'expose à des sanctions. Le législateur a choisi de ne pas poursuivre la femme qui bénéficie du comportement illicite du praticien.

Sous l'angle civil, le contrat n'est pas nul. Le vice ayant trait à la participation subjective d'une des parties au contrat, la validité reste acquise, sauf si le but de la norme d'interdiction le commande.

La réponse à cette question différera sensiblement en fonction du stade d'exécution des prestations. Si l'insémination a déjà eu lieu, la nullité est superflue. La sanction qu'elle représente aura pour seul effet de permettre à la patiente d'exiger le remboursement de la somme versée au titre de l'acquisition du sperme. Quant à la restitution des gamètes cédés, elle est inconcevable. La nullité n'apporte rien. C'est d'ailleurs probablement pour cette raison que des sanctions à la fois administratives et pénales sont prévues dans le texte de la loi. La sanction civile est impuissante à replacer la situation dans un cadre compatible avec les principes qui sous-tendent la LPMA.

Si le médecin n'a pas encore procédé à l'insémination, il n'est rien que l'ordre juridique puisse faire pour conférer à l'acte un caractère licite. La nullité partielle, en particulier, est exclue, puisque l'illicéité vise la prestation principale en tant que telle. En conclusion, la nullité s'impose, et elle ne peut être que totale.

II. La protection de la personnalité

L'acte juridique objet de notre analyse lie l'institution qu'est la banque de sperme à un couple de futurs parents. Le titulaire de l'intérêt personnel en

cause, à savoir la liberté de procréer, n'est pas partie au contrat. Il est donc dans une situation qui requiert qu'il soit protégé contre les atteintes de tiers et non contre les engagements qu'il est lui-même susceptible de contracter.

Si le droit de la personnalité a pour mission de régir ce qui ne peut sortir de la sphère d'intérêt de l'individu, il n'est plus propre à traduire toute la complexité du régime des gamètes. Il l'aurait été à l'époque où l'insémination avec donneur n'était qu'une idée. L'intervention d'un droit de propriété traduit, dans l'ordre juridique, l'évolution des techniques médicales de procréation assistée. C'est pourquoi, juridiquement, le problème est aussi délicat qu'il l'est socialement ou sociologiquement.

Le transfert d'une chose, en réalité du droit sur la chose, est en principe irrévocable. Lorsque la propriété a passé de l'aliénateur à l'acquéreur, le premier n'est plus en mesure de revendiquer, à quelque titre que ce soit, la titularité de l'objet aliéné, si le transfert satisfait aux conditions de validité énumérées plus haut. Ainsi, sous l'angle réel, le donneur perd tout pouvoir de disposition sur l'objet du don, une fois qu'il s'en est défait au profit de la banque.

Nous savons que le gamète est constitué de deux éléments. La première composante est la cellule elle-même, qui, sa structure particulière mise à part, peut être assimilée à n'importe quelle cellule somatique. De par son existence physique évidente, le spermatozoïde est susceptible d'être objet d'un droit réel. Ce qui n'est pas le cas de la seconde composante, qui a un aspect incorporel. Nous avons démontré plus haut que la capacité reproductive des cellules sexuées résidait dans une suite de réactions au sein de la cellule, dues à l'énergie présente dans le système. Nous avons ensuite établi que cette potentialité des gamètes n'était pas susceptible d'appropriation, ce qui la faisait échapper au régime des droits réels. Nous l'avons ainsi rattachée aux droits de la personnalité, et plus précisément à la liberté de procréer¹⁸².

Lorsque le donneur cède à la banque la titularité sur le contenu de l'éprouvette, son intention n'est en aucun cas d'aliéner simultanément son droit de procréer. Non seulement il tient certainement à conserver sa liberté de décision en matière de reproduction, mais de surcroît l'ordre juridique lui fait défense d'y renoncer. Nous savons que le don de sperme ne représente pas une violation du droit de la personnalité. Pourtant, il reste à voir comment l'exigence du respect de ce droit se concilie avec le schéma du don de sperme, indissociable du transfert des spermatozoïdes à

¹⁸² Voir pp. 240-1 ci-dessus.

titre définitif, et si la concomitance de ces intérêts nécessite des aménagements.

Avant le transfert, il y a cumul de droits qui ont le même titulaire, à savoir le donneur. Ce dernier détient ainsi une maîtrise totale sur le gamète, sans que d'éventuels droits de tiers n'interfèrent.

Une fois le transfert effectué, la configuration est modifiée. La protection découlant de la liberté de procréer perdure chez le même individu. En revanche, le titulaire du droit réel est maintenant la banque de sperme. A ce stade, il y a dissociation entre les compétences réelles et les compétences personnelles. De cette dissociation naît un conflit potentiel. La sphère de protection garantie par l'un des droits peut entrer en conflit avec la sphère de l'autre. Chacun des titulaires est théoriquement en mesure d'exclure toute intervention d'un tiers dans sa sphère de maîtrise. Il est intéressant d'étudier quelques cas pratiques de collision entre les droits en cause.

A. La cession du sperme à l'industrie pharmaceutique

Il pourrait arriver que les gamètes aliénés par le donneur soient affectés à un but autre que l'insémination artificielle. La banque pourrait, par exemple, choisir de les céder à l'industrie pharmaceutique, à des fins de recherche.

La banque est propriétaire des paillettes de sperme que contiennent les bonbonnes d'azote liquide. Le droit de propriété implique la faculté de disposer à sa guise des éléments qui en sont l'objet.

Le donneur s'est engagé contractuellement à ne pas faire valoir sa liberté de procréer sur les gamètes qu'il a cédés à la banque. Comme en matière de don du sang¹⁸³, il est possible de construire à cet égard une obligation de la banque de n'utiliser le produit du don qu'en vue d'une insémination artificielle avec donneur. Si le médecin utilise les spermatozoïdes à des fins autres que celles prévues par le contrat, il viole une obligation contractuelle. Il porte atteinte en outre à la liberté de procréer de l'individu. Le donneur avait effectivement consenti à s'abstenir d'invoquer l'intérêt personnel incarné dans les gamètes. Cet engagement n'était cependant valable que dans le cadre strict du contrat conclu. Il était notamment étroitement lié à la prestation assumée par le donataire lui-même. Si le comportement de la partie envers laquelle le donneur s'est engagé sort du cadre contractuel, il représente une intrusion dans la sphère personnelle à laquelle le donneur n'a pas consenti.

¹⁸³ Voir pp. 304-5 ci-dessus.

Dans cette hypothèse, l'article 28a CC offre à la partie lésée le droit d'interdire l'atteinte, de la faire cesser ou d'en constater le caractère illicite.

B. La destruction du sperme

Dans deux situations, la législation impose à la banque de sperme la destruction des paillettes. Le sperme est détruit en cas de révocation, par le donneur, du consentement à l'utilisation de ses gamètes (art. 15, al. 3, LPMA), ainsi qu'à l'échéance du délai de conservation de 5 ans (art. 15, al. 4, LPMA).

Si l'individu révoque son consentement à l'utilisation de ses gamètes, il devrait recouvrer sa liberté de décision quant aux éléments corporels investis d'un intérêt personnel. La LPMA ne le lui permet cependant pas. Au contraire, elle impose une atteinte plus grande encore à la liberté de décision de l'individu, en obligeant la banque à détruire les spermatozoïdes.

Cette solution doit sa justification à un aspect technique du gamète: on ne peut pas "bloquer" son potentiel de reproduction. Les mécanismes intracellulaires agissent pour guider le spermatozoïde vers l'ovule et conduire à sa fécondation. Si le donneur tient à s'assurer que ses spermatozoïdes ne seront en aucun cas exploités dans un processus de procréation médicalement assistée, il doit requérir la destruction du sperme, démarche à laquelle l'habilite son droit de la personnalité. En l'occurrence, l'individu n'aura nul besoin de formuler une requête expresse: pour garantir ses prérogatives, la LPMA commande automatiquement cette destruction, dès qu'un donneur retire son consentement à l'utilisation.

Cette interprétation peut donner l'impression que la LPMA consacre et protège ainsi l'éventuel regain d'intérêt du donneur dans la substance aliénée. Pourtant, la loi fédérale ne se plie au choix du donneur que dans l'hypothèse où celui-ci décide de ne plus destiner sa semence à la reproduction, qu'il s'agisse de mettre en oeuvre sa propre liberté de procréer ou celle d'un tiers. Si la révocation procède par contre d'un souhait de récupérer à son compte la semence aliénée, la concrétisation de ce désir est entravée par la réglementation adoptée. Le régime élaboré exclut, à notre avis, le cas de figure dans lequel il se justifie particulièrement d'offrir au donneur la possibilité de révoquer son don, à savoir le cas où le sperme cédé vient ultérieurement à être investi d'un projet parental personnel.

Un ancien donneur, atteint dans sa santé au point d'être empêché de procréer par voie naturelle ou frappé d'une stérilité totale, pourrait songer

à s'adresser à la banque de sperme, afin de revendiquer les paillettes congelées ou de solliciter leur utilisation à son profit, dans la mesure bien sûr où les cuves d'azote contiennent encore des paillettes à son nom. Or, la LPMA impose la destruction immédiate des gamètes si le donneur révoque son consentement à leur utilisation pour l'insémination artificielle.

En ce sens, le donneur est contraint de renoncer à la dernière opportunité concrète de donner le jour à des enfants munis de son propre patrimoine génétique.

Sur ce point, l'article 15 LPMA nous semble entraver l'épanouissement de la personnalité sans motif impérieux, de même qu'elle ne respecte pas le caractère absolu du droit. Elle est, à notre avis, particulièrement incongrue dans la mesure où la loi assure la concrétisation d'une prérogative dont l'impact pour l'individu est moindre: le donneur est habilité à interdire l'utilisation de son sperme par des tiers, mais il n'est pas en mesure de le récupérer pour concrétiser son propre désir d'enfant.

En outre, contrairement à l'hypothèse inverse, du dépôt qui se transforme en don¹⁸⁴, aucune considération d'ordre pratique, en particulier d'ordre sanitaire, n'empêche la récupération du sperme à son profit par le donneur qui l'a cédé à la banque. Le droit de la personnalité du donneur devrait en conclusion lui permettre d'imposer sa décision au titulaire du droit réel qu'est la banque.

C. Le décès du donneur

Lorsque la protection personnelle s'éteint, les prérogatives réelles restent seules à régir le sort des gamètes. Le droit de propriété n'a plus à souffrir les restrictions commandées par la présence d'intérêts concurrents.

Ainsi, rien ne s'oppose en pratique à ce que la banque utilise pour l'insémination artificielle des gamètes issus d'un donneur décédé. Les prétentions personnelles que celui-ci pouvait invoquer se sont éteintes avec lui; la banque est dès lors habilitée à disposer des paillettes et libre de le faire à sa guise. En particulier, la banque de sperme n'est plus exposée au retrait par le donneur de l'autorisation d'utiliser sa semence.

En Suisse, l'entrée en vigueur de la LPMA a mis un terme aux éventuelles tentations d'avoir recours à ce procédé. L'article 3, al. 4, interdit «d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après sa mort.» La règle est aisément applicable en matière d'insémination homologue. Dans le cadre de l'IAD, par contre, son interprétation est plus délicate. En premier lieu, pratiquement, la banque n'est souvent pas au

¹⁸⁴ Voir p. 362 ci-dessus.

courant du décès de ses donneurs. Ensuite, dans la mesure où il y a rupture du lien de filiation, le souci éthique est moins évident.

Quoi qu'il en soit, le législateur souhaite éviter la conception d'enfants dont les parents génétiques sont décédés. Il renonce à imposer à la banque l'obligation de vérifier que le donneur dont le sperme est utilisé est bel et bien en vie. Afin de limiter les risques, cependant, il impose la limite de conservation de cinq ans aux dons de sperme également et non seulement aux dépôts¹⁸⁵.

Animé de scrupules d'ordre éthique, le législateur porte atteinte à la propriété. Il ne le fait pas au nom de la personnalité du donneur, mais de celle des enfants conçus par insémination artificielle.

Cependant, il n'y aurait d'incompatibilité réelle entre propriété et personnalité que si le lien de filiation pouvait être établi après le décès du donneur. En ce cas particulier, il y aurait véritable transmissibilité à cause de mort d'une prérogative de la personnalité, à savoir la liberté d'avoir des enfants. Aussi longtemps que la rupture du lien de filiation est assurée, ce risque ne peut se réaliser. La destruction des gamètes à l'échéance du délai de cinq ans est à notre avis un artifice superflu et, par là même, une atteinte difficilement justifiable au droit absolu qu'est le droit de propriété. En outre, il s'impose d'insister encore sur le fait qu'aucune considération de santé publique ne commande la destruction des gamètes après cinq ans seulement de conservation. Il n'a, à ce jour, pas été démontré que la qualité du sperme était affectée par la cryoconservation.

D. Conclusion

Nous avons étudié plus haut les hypothèses dans lesquelles les prétentions réelles des propriétaires du sperme étaient susceptibles d'entrer en conflit avec les prérogatives personnelles du donneur.

Au stade de l'insémination proprement dite, un troisième intervenant entre en scène. Le couple qui a recours à l'IAD est le destinataire final du sperme initialement aliéné par le donneur. Lorsque le processus de l'insémination artificielle est achevé, les futurs parents ont non seulement acquis la propriété des cellules sexuelles, ils les ont également investies d'un intérêt personnel.

Est-ce à dire que le donneur a cédé toutes ses prétentions, à la fois réelles et personnelles, lesquelles ont abouti chez le couple receveur? L'acquisition du droit réel est effectivement le fruit de son aliénation initiale par le donneur. L'intérêt personnel développé est par contre un intérêt propre au couple. Il n'est pas équivalent à celui du donneur. Ce dernier reste seul en

¹⁸⁵ FF 1996 III 197, 258.

mesure de cumuler les liens de la filiation biologique et juridique à l'égard des enfants qui naîtront de l'exploitation des gamètes par des tiers. Si le législateur est en mesure d'organiser à son gré la paternité artificielle qu'est la paternité juridique, en affirmant d'une part que le mari de la mère est le père, en excluant d'autre part l'action en paternité contre le donneur, il ne peut pas suppléer à l'absence de filiation biologique.

Nous avons étudié plus tôt la conformité du don de sperme à la réglementation contenue à l'article 27, al. 2, CC¹⁸⁶. Nous en avons conclu que l'acte du don était compatible avec les restrictions apportées par le Code civil. L'existence d'un intérêt personnel chez le couple receveur aurait pu nous faire douter de notre résultat. Il n'en est rien, cependant. Nous constatons que le donneur reste titulaire de son bien de la personnalité. Sans céder une parcelle de ses prérogatives personnelles, il offre aux futurs parents la possibilité de concrétiser leur propre liberté de procréer.

III. La qualification du contrat

Les éléments essentiels du rapport en cause sont, à l'évidence, l'aliénation d'une chose et l'absence de contre-prestation à laquelle elle est soumise. C'est sur ces questions que va se jouer la qualification du contrat.

A. Le mandat

1. La prestation caractéristique

GUINAND n'admet que la figure du mandat¹⁸⁷. L'auteur a raison, en ce sens qu'il y a effectivement un contrat médical entre le médecin qui procède à l'insémination et la femme ou le couple qui en bénéficie, contrat qui est habituellement qualifié de mandat.

Les responsables de la banque considèrent qu'elle offre un service, consistant en l'accès à la possibilité de l'insémination par donneur, avec des critères de qualité adéquats. A leurs yeux, il n'y a pas de vente de sperme à proprement parler.

Il est vrai que dans la relation médecin-patient, la qualification du mandat se justifie davantage puisque le mandataire effectue une série d'actes parmi lesquels le transfert du sperme. Au contraire de la première relation

¹⁸⁶ Voir pp. 377-83 ci-dessus.

¹⁸⁷ GUINAND, *SJ* 1986, p. 127.

contractuelle, la prestation du mandataire ne consiste pas uniquement en la cession d'un certain nombre de paillettes.

2. *Le transfert de biens*

Même en souscrivant totalement à l'idée du mandat, on ne peut nier qu'à un moment ou un autre, le sperme doit changer de propriétaire, doit faire l'objet d'une aliénation effective. La cession se fait dans le cadre du mandat; elle peut même être nécessaire à l'exécution du contrat si seul le recours au sperme d'un tiers permet de remédier à la stérilité du couple. Pourtant, elle représente une prestation à elle seule.

La manière dont est géré le flux financier qui découle de la cession du sperme vient renforcer cette thèse. Le contrat de soins est conclu entre le médecin ou le CHUV, et le couple demandeur. La facturation des actes médicaux a lieu de manière ordinaire, soit directement par le praticien soit par l'établissement hospitalier. Le montant provenant de la vente du sperme, par contre, est géré de manière parfaitement distincte. Les paillettes sont facturées séparément; elles ne sont pas incluses dans les honoraires du médecin.

Les échanges financiers se font au travers d'une fondation, la Fondation pour la recherche en gynécologie-obstétrique. Cette institution gère le flux financier généré par la banque de sperme. Son budget est distinct de celui du CHUV. L'hôpital cantonal facture à la Fondation les frais liés à la banque, qui les lui rembourse. Il y a un fonds de roulement qui est stable, et qui sert à acheter des canistères, à remplacer le matériel, à assumer les grosses dépenses encourues par les activités de la banque exclusivement.

Il est curieux de relever que les CECOS ont adopté un système approchant. L'origine en est l'apparente incompatibilité du règlement d'honoraires au médecin pratiquant l'insémination et le principe de non-profit lors de l'utilisation du sperme issu du don. Le résultat en est la mise sur pied d'une «structure institutionnelle recevant le don et assurant, sans aucun bénéficiaire, les différentes opérations d'analyse et de conditionnement préalable à l'utilisation»¹⁸⁸.

Le processus décrit ci-dessus met en évidence l'indépendance du transfert du sperme par rapport au contrat de soins qu'est le mandat. Le sperme acquiert par ce biais une valeur intrinsèque, distincte de l'ensemble du processus. Or, il faut exprimer d'une manière ou d'une autre l'aliénation de la chose.

¹⁸⁸ DAVID, *L'insémination artificielle*, p. 6.

B. La donation

La donation, dans sa conception traditionnelle, est un contrat qui a pour objet une attribution de biens à titre gratuit¹⁸⁹.

La mise en oeuvre de l'IAD lie un médecin ou une institution à un couple receveur. A cette occasion, le premier cède un nombre défini de paillettes de sperme au second. A l'égard de ces éléments, la donation est parfaitement adéquate. Elle l'est moins sur d'autres points, pourtant.

L'attribution doit avoir lieu à titre gratuit. Or, les gamètes sont aliénés au couple receveur à titre onéreux. Il nous faut donc exclure le recours à la donation, du moins dans sa forme classique.

C. La donation mixte

Selon GUINAND, il est «exclu (...) que le médecin "vende" du sperme (...) à ses clients.¹⁹⁰» L'avis de l'auteur est parfaitement en phase avec l'option législative des textes qui régissent le domaine. Dans la mesure où le Message relatif à la LPMA affirme expressément que la cession de spermatozoïdes ne peut donner lieu à une contre-partie financière, même si le remboursement des impenses est toléré, il est difficile d'imposer la qualification de vente au contrat qui lie le médecin au couple stérile.

Le seul moyen d'échapper à la qualification de la vente est la donation mixte. Le contrat reste un acte juridique bilatéral ayant pour objet une attribution de biens. Quant au caractère gratuit, il subsiste mais sous une forme atténuée. Le contrat est onéreux, mais la contre-prestation a une valeur inférieure à celle de la prestation¹⁹¹. Les parties étant libres de fixer les valeurs respectives de leurs prestations, le déséquilibre entre ces valeurs ne suffit pas à constituer la donation. L'intention de donner doit être présente.

Pour conclure à la présence d'une donation mixte, la comparaison des prix est essentielle. Si la disproportion entre la valeur contractuelle et la valeur réelle est importante, la présomption d'une donation mixte est forte. En l'occurrence, la Suisse ne connaissant pas le système rémunéré, il faut aller voir ailleurs pour trouver des données comparatives. En Amérique du Nord, la dose de sperme nécessaire à l'insémination provenant du réseau commercial est facturée 145 dollars (environ 220 francs suisses) aux femmes ayant recours à l'IAD¹⁹². La même dose de sperme provenant du système bénévole suisse coûte 75 francs aux patientes du CHUV. La

¹⁸⁹ ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 110.

¹⁹⁰ GUINAND, *SJ* 1986, p. 130.

¹⁹¹ ENGEL, *Contrats de droit suisse*, p. 123.

¹⁹² STALDER, *Bon à Savoir* 1998, No 5, p. 23.

différence est de un pour trois. Cette évidente disproportion nous permet d'opter pour la qualification de la donation mixte

D. Conclusion

Il est concrètement peu satisfaisant et juridiquement peu favorable à la sécurité du droit que la qualification d'un acte dépende autant d'un élément à la fois aussi variable et accessoire que le montant de l'indemnité versée. Il existe en réalité d'autres arguments qui viennent influencer ce choix. Nous pouvons conduire ici le même raisonnement que celui élaboré pour l'activité de distribution des produits sanguins par le Service de transfusion de la Croix-Rouge.

Les responsables de la banque de sperme du CHUV sont, à l'instar des organes de la Croix-Rouge, attachés à certains principes éthiques. Il tiennent à voir reconnu le principe d'interdiction de profit qui guide implicitement leur activité. Même si cela n'est pas dit expressément, c'est bien dans cette optique que la banque fonctionne. La cession du sperme doit permettre d'assurer les frais nécessaires au traitement et à la conservation des spermatozoïdes. Elle ne doit cependant pas entraîner un bénéfice d'un montant qui pourrait être jugé indécent, dans un domaine aussi étroitement lié aux attributs essentiels de l'être humain que la reproduction.

Il paraît juste de traduire, en termes juridiques, le souci éthique des responsables de la banque. Il y a moyen de le faire, en abandonnant la qualification de vente au profit de celle de donation.

Il paraît d'autant plus équitable de souligner la motivation idéale des responsables de la banque qu'ils ont, à l'instar de la Croix-Rouge, les moyens précisément d'engendrer des bénéfices considérables.

La liberté de procréer est une des facultés de base de l'épanouissement personnel. Si cette liberté est mise en échec par des causes naturelles, de nombreux individus seront prêts à des sacrifices conséquents pour avoir accès à un mode de procréation assistée qui leur permette de fonder une famille. Ainsi, une banque de sperme serait probablement en mesure de fixer à son gré les prix des paillettes destinées à l'insémination, sans pour autant provoquer une baisse de la demande.

De surcroît, il n'existe que trois centres hospitaliers en Suisse qui disposent d'une banque de sperme. L'offre est donc restreinte, alors que la demande est importante. Les prix offerts pour les gamètes aux Etats-Unis sont un exemple frappant des résultats auxquels conduit la loi de l'offre et de la demande¹⁹³.

¹⁹³ Voir pp. 368-9 ci-dessus.

Il résulte de ce qui précède que la banque de sperme a effectivement les moyens pratiques d'aliéner les paillettes de sperme à des prix bien supérieurs à ceux pratiqués. Si les prix sont maintenus au niveau auquel ils le sont, c'est que la démarche est guidée par une intention libérale, laquelle mérite de transparaître dans le régime juridique adopté.

§ 4 Les relations entre le donneur et le couple receveur

Dès que débute le processus d'insémination ou de fécondation proprement dit, le donneur perd toute maîtrise, de nature réelle ou personnelle, sur les gamètes issus du don. La question des relations entre le donneur et le tiers peut donc sembler superflue. Elle le paraît d'autant plus que le donneur n'a aucune influence sur le choix du couple qui va bénéficier du sperme cédé à la banque.

La transmission du patrimoine génétique du donneur représente bien entendu un lien d'une qualité spécifique, mais cette caractéristique lie le donneur à l'enfant né par IAD et non le donneur et le couple. Le droit de l'enfant à connaître son ascendant est de même nature.

Un rapport d'une certaine qualité continue d'unir cependant véritablement le donneur et le couple lui-même. Le principe de traçabilité garantit que pour chaque insémination, il soit possible de remonter au donneur dont on a utilisé les paillettes. Ainsi, si l'on venait à découvrir, chez un enfant issu d'une IAD, une maladie génétique, il pourrait être important d'en avertir le donneur. Inversement, la banque doit être en mesure d'identifier les couples qui ont bénéficié du sperme d'un donneur déterminé. Ici, la traçabilité permet de contacter les couples ayant recouru à l'IAD si le donneur dont le sperme a été utilisé venait à développer une maladie transmissible, non décelée au moment du don. Ainsi, la banque est toujours en mesure de relier un don à un enfant auquel il a permis de donner le jour.

§ 5 Conclusion

Sociologiquement, le paradoxe de l'IAD consiste en ce que l'individu dont le rôle est fondamental est inconnu de ces mêmes personnes pour lesquelles son intervention est essentielle¹⁹⁴. On peut adhérer ou non au postulat de

¹⁹⁴ MAHLSTEDT/PROBASCO, *Fertil Steril* 1991 (56), No 4, p. 747; CLÉMENT, *L'insémination artificielle*, p. 86; DAVID, *L'insémination artificielle*, p. 4.

l'anonymat. On peut le justifier par la cohérence du système, qui tend à réduire le sperme à un «matériau nécessaire à la fécondation», afin précisément de ne retenir que la paternité sociale¹⁹⁵. Mais une certaine cohérence est nécessaire.

Si l'on accorde une importance, parfois démesurée, à la personnalité du donneur au stade du don, il est au contraire fait bon marché de son intervention par la suite. Le déséquilibre est flagrant: autant la protection des intérêts du donneur est surévaluée dans un premier temps, autant elle est totalement négligée ensuite. Le donneur disparaît, on veut l'oublier¹⁹⁶. Un rééquilibrage permettrait d'une part d'estimer à leur juste valeur les intérêts du donneur au moment du don, c'est-à-dire de déduire les conséquences juridiques de son manque d'intérêt pour la suite de la procédure, d'autre part de considérer son individualité au moment de l'insémination et de respecter son désir d'anonymat.

¹⁹⁵ CLÉMENT, *L'insémination artificielle*, p. 86.

¹⁹⁶ ALNOT/LANSAC, *L'insémination artificielle*, p. 223.

Chapitre VIII La génétique médicale

«[S]avoir, c'est pouvoir, contrôler¹». Cette formule résume bien l'enjeu du traitement des informations en général, de celles issues d'une analyse génétique en particulier. Si l'homme cherche à mieux se connaître, il doit, dans ce domaine délicat, faire appel à des tiers pour le renseigner sur cette partie de son être qui le détermine à son insu et qui lui demeure secrète. Pour avoir accès à ces données intimes, l'individu doit requérir leur traduction. Il s'expose ainsi aux abus qu'autorise cette divulgation. Jusqu'à quel point le droit protège-t-il le secret de l'individu sur ces éléments intimes? Jusqu'à quel point, surtout, cette protection est-elle nécessaire? La réponse n'est pas évidente, nous allons le voir, et dépend souvent des circonstances du cas concret.

Il découle du titre de ce chapitre que l'exposé qui va suivre sera centré sur les analyses génétiques dans le domaine médical. Malgré l'importance des enjeux, nous ne traiterons pas des problèmes que ces techniques soulèvent dans les domaines des assurances, du travail, de la responsabilité civile ou de l'instruction pénale.

§ 1 La génétique en faits

Le problème juridique qui nous intéresse, à savoir le statut d'un échantillon corporel dans le cadre d'une analyse génétique, s'insère dans un cadre médical qui est l'activité de la génétique médicale. Nous allons débiter ce chapitre par une description de cette spécialité, ainsi que de ses moyens d'action.

L'exposé qui suit a pour fondement un entretien réalisé avec le Docteur Armand BOTTANI, médecin affilié à la Division de Génétique médicale des Hôpitaux Universitaires Genevois.

¹ MONNIER, p. 72.

I. L'affection génétique

«Dans 3% des grossesses, on retrouve une pathologie génétique ou une malformation congénitale²». C'est dire l'importance de cette spécialisation qu'est la génétique médicale.

Quant à leur origine, les maladies génétiques peuvent être classées en trois groupes. Le premier est celui des maladies monogéniques, causées par la mutation d'un seul gène. C'est le cas par exemple de la mucoviscidose. Les anomalies chromosomiques constituent le deuxième groupe, qui comprend notamment la trisomie. Les anomalies peuvent être de nombre (trisomie ou monosomie, par exemple) ou de structure, quand il y a cassure des chromosomes³. Quant au dernier groupe, il est formé des maladies multifactorielles: elles résultent de la présence conjointe d'un ou de plusieurs gènes, ainsi que d'autres facteurs, tels que l'environnement⁴. Ici, chaque mutation n'est en soi pas nocive, mais participe à l'aggravation du risque. Il est évident que la recherche en est lourdement compliquée. Malheureusement, la plupart des pathologies communes, telles que les diabètes, l'asthme, la schizophrénie ou le cancer, appartiennent à la dernière catégorie⁵.

La découverte des anomalies génétiques responsables de graves affections, telles que la myopathie de Duchenne, la mucoviscidose ou la chorée de Huntington, a ouvert de nouvelles perspectives thérapeutiques. L'intérêt du domaine que nous allons traiter est donc évident. Pourtant, ce n'est pas tant sur les moyens de lutter contre ces maladies que nous allons nous pencher, que sur les moyens de les diagnostiquer.

II. La recherche en génétique

Pendant longtemps, les médecins ont dû se contenter d'observer le phénotype de l'individu, à savoir ses caractères apparents, pour poser un diagnostic. Les techniques actuelles permettent d'accéder au génotype du patient et d'identifier les gènes responsables de la pathologie⁶. L'analyse génétique consiste à rechercher le gène soupçonné sur les chromosomes de l'individu. Pour ce faire, il faut, dans un premier temps, avoir identifié et situé le gène en question. C'est ce but que poursuivent les acteurs de la recherche fondamentale.

² Génome et santé, p. 4.

³ Génome et santé, p. 18.

⁴ Génome et santé, p. 7.

⁵ COHEN, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 12.

⁶ Génome et santé, p. 22.

La découverte du gène responsable d'une maladie définie commence par une analyse à but de recherche, en principe anonymisée. Les chercheurs se concentrent sur les facteurs génétiques responsables d'une condition définie, la schizophrénie par exemple. La procédure se déroule auprès d'individus ou de populations qui répondent à des caractéristiques déterminées.

L'étude des mutations doit permettre de mettre en évidence la région des chromosomes qui supporte l'altération. La tâche est d'autant plus compliquée que les individus ont des génotypes très différents. Il est donc plus simple, en particulier pour les pathologies d'origine complexe, de concentrer l'effort sur des individus apparentés. A l'échelon d'une famille, cependant, l'échantillon n'est pas suffisant. C'est pourquoi les chercheurs se tournent aujourd'hui vers les populations isolées géographiquement et génétiquement, ayant la qualité essentielle d'être homogènes. Les individus appartenant à ces peuples partagent d'importantes séquences de leurs génomes. Ils héritent ainsi des mêmes altérations génétiques, situées de surcroît aux mêmes endroits des chromosomes. En outre, il est plus aisé de mettre en évidence la variation d'une composante d'un système complexe si les autres sont constantes. L'exemple de la Finlande est parlant. Les premiers habitants sont arrivés dans la région il y a de cela deux mille ans. La population a fortement diminué jusqu'à la fin du dix-septième siècle. En outre, jusque récemment, les Finnois ne se mêlaient que peu à d'autres populations, limitant ainsi leur diversité génétique. Des conditions aussi favorables ont permis l'identification de nombreuses mutations monogéniques; elles seront probablement également utiles pour l'étude des désordres complexes⁷.

Les caractéristiques de ces peuplades ont encouragé les scientifiques aussi bien que les compagnies pharmaceutiques à rechercher systématiquement de nouvelles populations isolées, où certaines affections génétiques ont une forte incidence. C'est le cas par exemple de la population de Tristan de Cunha, une petite île de l'Atlantique Sud. L'île compte trois cents habitants, dont un tiers souffrent d'asthme. De nombreuses régions d'Inde ou de Chine, dans lesquelles la mobilité géographique des populations est limitée, pourraient s'avérer être des mines d'or pour la recherche en génétique⁸.

Une région dans laquelle la maladie est particulièrement fréquente est sélectionnée. Les personnes atteintes, ainsi que les personnes saines, se soumettent à des analyses, afin d'identifier les différences.

Pratiquement, le travail est effectué à l'aide de marqueurs. Les chromosomes consistent en un alignement de gènes, entrecoupés de parties

⁷ COHEN, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 12.

⁸ COHEN, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 12.

inutiles pour certaines, investies pour les autres d'un rôle de régulation que les chercheurs cherchent à mettre en évidence. Les marqueurs, semblables à de petits drapeaux, balisent le génome et permettent d'identifier certaines régions des chromosomes. Une même région d'un chromosome peut varier d'une personne à l'autre, puisque chaque individu est constitué d'un patrimoine génétique distinct. Le but de la démarche est de mettre en évidence les régions d'un même chromosome qui sont toujours identiques chez les individus atteints et qui ne sont jamais les mêmes chez les personnes saines.

Il est évident que le procédé est relativement simple pour une maladie monogénique, qui se transmet de surcroît selon les règles classiques d'hérédité mendélienne, à savoir selon un mode récessif ou dominant⁹. La démarche est beaucoup plus compliquée si l'altération ne provoque pas forcément le développement de la pathologie mais ne crée qu'une prédisposition^{10,11}. Il en va de même si la pathologie est le résultat du concours de plusieurs gènes. Pour situer l'ampleur du travail, la mise en évidence du gène d'une maladie monogénique suppose l'étude de dizaines de milliers de génotypes, ce qui peut être fait en quelques mois. Les maladies polygéniques requièrent par contre l'étude de plusieurs centaines de milliers de génotypes¹².

Si l'on en reste au cas le plus simple, à savoir à la mutation qui provoque de manière systématique le développement de la maladie, en posant les "drapeaux", on finit par identifier une région du chromosome qui est toujours présente quand les gens sont malades et toujours absente quand ils ne le sont pas. Le processus consiste ensuite à préciser la localisation, ce que permet le séquençage, à savoir l'analyse précise du code génétique de la région en question.

Une fois le gène en question mis en évidence, les chercheurs vont tenter de développer un test diagnostique, lequel sera alors appliqué à des individus donnés. C'est là qu'interviennent les généticiens. Ils mettent en pratique les connaissances préalables réunies par les chercheurs fundamentalistes.

⁹ Un gène *récessif* ne manifeste son effet que s'il est présent sur les deux chromosomes de la paire. Un gène *dominant* manifeste son effet qu'il soit présent sur les deux chromosomes de la paire ou sur un seul.

¹⁰ COHEN, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 12.

¹¹ Pour prendre un exemple concret, certains gènes ont été identifiés comme responsables d'une fréquence très élevée de tumeur du sein chez les femmes. Le risque est de 70 à 80 % pour une femme de 70 ans. Ainsi, le gène peut être présent mais ne pas générer le cancer en question. Cela complique à l'excès l'identification du gène.

¹² JORDAN/COLLINS, *Nature* 1996, Vol. 380, p. 112.

Il découle de ce qui précède que la génétique est en évolution perpétuelle. En 1988, 42 représentants de la communauté scientifique internationale ont créé une organisation, la Human Genome Organisation ou HUGO, qui ambitionne, entre autres buts d'ordre plus général, de séquencer l'entier du génome humain¹³. Le Human Genome Project est une entreprise gigantesque puisque le génome humain compte près de 30'000 gènes, composés de quelques 3 milliards de paires de bases. Le terme prévu pour cette vaste entreprise est 2003¹⁴. Le 12 février 2001, le consortium public international Human Genome Project et la société privée américaine Celera genomics ont annoncé que 90 % du séquençage du génome humain était effectué. A fin juillet 2001, 98,5 % du génome était considéré comme décrypté, 47,1 % du génome étant complètement déchiffré et les 51,4 % restants ne l'étant qu'au stade de l'ébauche¹⁵.

III. La démarche initiale

L'intervention des généticiens a toujours lieu en réponse à une demande. Un médecin, ou le patient lui-même, soupçonne un problème en raison d'antécédents familiaux ou en présence de circonstances particulières, ce qui aboutit à la consultation d'un généticien. La démarche est ici présymptomatique.

Le généticien peut également être interpellé face à des symptômes difficiles à expliquer, tels qu'un retard mental chez un enfant: la question d'une affection génétique peut se poser après l'exclusion des autres hypothèses.

Enfin, il est souvent fait appel aux centres de génétique en cas de grossesse. Avant une naissance au sein d'une famille dans laquelle un problème génétique a été diagnostiqué, les parents chercheront à connaître les risques pour le bébé à naître. Les enjeux seront ici de savoir s'il faut procéder à un diagnostic prénatal, et éventuellement, par la suite, à une interruption de grossesse. En moyenne, deux avortements précoces sur trois sont liés à une anomalie chromosomique¹⁶.

Dans des cas de ce genre, et dans bien d'autres, le médecin est confronté à une question précise qui ne trouve réponse que dans l'analyse des gènes du ou des individus concernés. Il s'agit de déterminer la maladie développée, son évolution, son origine ou encore le risque pour une éventuelle

¹³ Rapport explicatif LAGH, p. 2.

¹⁴ COHEN, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 12; JORDAN/COLLINS, *Nature* 1996, Vol. 380, p. 112.

¹⁵ <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/genome/seq/>.

¹⁶ *Génome et santé*, p. 16.

descendance. C'est ici que débute la première étape du processus: le conseil génétique.

IV. Le conseil génétique

L'avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine accorde une place importante à l'activité de conseil. C'est un acte médical, qui s'adresse non seulement aux personnes atteintes, mais également aux individus apparentés, voire aux personnes appartenant à une population à risque¹⁷.

A. La définition du conseil

Le conseil génétique est un processus éducatif par lequel des patients atteints d'une maladie potentiellement génétique, ou leurs proches, sont informés sur le risque, les causes, les conséquences, le dépistage, la prise en charge, la prévention, de l'affection en question.

Relevons avant de poursuivre que le conseil est éducatif, avant d'être médical. Il n'y a, en théorie, pas besoin d'être médecin pour faire du bon conseil génétique. Il faut avant tout être pédagogue.

B. Le rôle du généticien

Les généticiens sont de purs cliniciens. Ils répondent à des demandes de collègues médecins ou, directement, de patients. Ensuite, ils demandent éventuellement une analyse génétique pour répondre à la question posée. Par exemple, en présence d'un enfant présentant les symptômes de la trisomie 21, le généticien demandera au laboratoire un examen des chromosomes. Il portera ensuite le résultat à la connaissance des personnes qui l'ont consulté. Le généticien fonctionne en qualité d'interface entre le consultant et le laboratoire.

C. Les principes du conseil

L'activité de conseil est régie par un certain nombre de principes, essentiels dans ce domaine délicat.

En premier lieu, le généticien se borne à offrir ou suggérer la possibilité d'une analyse génétique, mais ne l'impose jamais. Les gens se présentent parfois au centre parce que leur médecin traitant leur a recommandé de faire un test. Le rôle du médecin doit se limiter à relever qu'il serait judicieux de discuter avec des spécialistes. Mais il est indispensable de laisser les individus libres de consulter ou non.

¹⁷ Génome et santé, p. 28.

Ensuite, le généticien respecte le droit du patient de ne pas savoir¹⁸. La décision est individuelle. Les membres de la famille, en particulier, ne doivent pas décider pour un des leurs.

Troisièmement, aucun test génétique n'est fait chez des enfants mineurs, en l'absence de conséquence directe pour la prise en charge. Les généticiens tiennent à préserver leur droit de ne pas savoir. Des exceptions sont faites lorsque la maladie peut être prévenue ou atténuée par des mesures préventives¹⁹.

Ensuite, et c'est là un principe fondamental, le conseil génétique est non directif. Le rôle des médecins sollicités se limite à fournir aux individus les informations leur permettant de prendre une décision. Il n'appartient pas aux praticiens d'exprimer ce qu'il convient de faire. En réalité, le conseil est "le moins directif possible". Il est en effet extrêmement délicat de ne pas influencer les patients. La façon dont la réponse est formulée est parfois en elle-même une indication²⁰.

Enfin, le médecin doit tendre à déculpabiliser les gens. Les individus se sentent dévalorisés, différents, porteurs d'une tare. Les parents culpabilisent en raison du danger qu'ils font courir à leur enfant²¹. Les mères en particulier ont une forte tendance à se sentir responsables. Il est donc important de toujours évoquer cet aspect lorsqu'un diagnostic est posé. En présence de maladies récessives, comme la mucoviscidose, chaque parent est porteur sain, mais possède la mutation génétique. Il est essentiel de préciser aux parents que tous deux participent à l'expression de la pathologie²².

¹⁸ La question est fréquente dans les familles où est révélée une maladie de Huntington: au sein d'une fratrie de trois ou quatre enfants, il s'en trouve souvent un qui ne veut pas savoir s'il présente ou non la mutation génétique.

¹⁹ C'est le cas notamment lorsqu'il y a un risque élevé de tumeur digestive, lié à une forme de cancer familial. Il sera, dans ce cas, procédé à des tests génétiques chez le mineur, puisque cette analyse a des implications directes pour la prise en charge dans les mois ou les années à venir.

²⁰ Si l'on dit à une femme enceinte que le bébé qu'elle porte a un risque sur quatre d'être atteint d'une pathologie génétique, la perception du risque par les parents ne sera pas identique à celle provoquée par la considération que l'enfant à naître a trois chances sur quatre d'être sain.

²¹ Génome et santé, p. 26.

²² Des études ont été réalisées qui montrent que la simple annonce à des patients qu'ils sont porteurs sains d'une affection à caractère récessif a parfois un effet négatif. Se savoir porteur d'une maladie génétique peut suffire à décontenancer de nombreux individus. C'est notamment pour cette raison que la déculpabilisation est importante. Ce sentiment est particulièrement fort dans le cadre de maladies transmises par les

D. Conseil et analyse

Il n'y a pas d'analyse génétique sans conseil, mais celui-ci peut avoir lieu à différents stades de la procédure.

L'analyse a lieu avant le conseil lorsque seuls les symptômes d'une affection sont présents, sans qu'un diagnostic ne soit disponible. Même si l'on soupçonne une origine génétique, la symptomatologie observée n'est pas suffisante. En effet, pour un même tableau clinique, les gènes impliqués peuvent être différents. Inversement, le même gène peut donner lieu à des mutations différentes et provoquer ainsi des pathologies de types divers²³. Dans un cas de ce genre, les examens auront lieu, puis le médecin expliquera au patient notamment l'évolution de la maladie et les risques encourus par une éventuelle descendance.

Le conseil précède l'analyse en cas de grossesse dans une famille où l'on découvre une affection génétique. Avant de procéder à un éventuel diagnostic prénatal, les différents aspects du problème sont exposés aux parents. Ceux-ci décideront alors de procéder ou non à une analyse, puis un nouveau conseil accompagnera le cas échéant la communication des résultats.

Le conseil peut avoir lieu indépendamment de toute analyse, également. C'est le cas de parents dont l'un est atteint d'une affection génétique et qui désirent avoir un enfant. Si le diagnostic est déjà posé chez le parent malade, l'analyse est superflue. Le conseil génétique consistera simplement en l'exposé des risques pour le futur enfant, à savoir, techniquement, en calculs de probabilité.

La prédisposition génétique peut également être établie en l'absence de toute analyse²⁴.

femmes, telles que la myopathie ou l'hémophilie. Le diagnostic peut susciter de graves tensions dans un couple.

²³ Génome et santé, p. 9.

²⁴ Un individu qui souffre d'une pression élevée est prédisposé à un accident cardiovasculaire. S'il fait partie d'une famille d'hyper-tendus et que le médecin confirme le diagnostic chez lui également, il a la réponse d'une prédisposition génétique, sans analyse. Un arbre généalogique suffit parfois pour établir une prédiction génétique sans test de laboratoire. Un individu peut se présenter avec une maladie dont le diagnostic est sûr, cliniquement, sans test génétique, car la symptomatologie est évidente. Si l'affection en question est toujours récessive, les médecins pourront sans autre annoncer au patient que les risques pour sa descendance sont très faibles, à moins bien sûr qu'il n'épouse une personne apparentée.

E. L'information

Le conseil est d'une importance capitale dans le cadre d'un problème génétique. En premier lieu, si le diagnostic de la maladie génétique est posé, il est synonyme dans la majeure partie des cas d'absence de thérapie véritablement efficace. Ensuite, les enjeux sont souvent lourds pour la famille du patient, également. La chorée de Huntington en est un exemple frappant.

Quoi qu'il en soit, les généticiens ont toujours le souci de vérifier que l'explication donnée a été suffisamment claire pour être bien comprise. La génétique est une matière complexe et elle doit être expliquée à des gens de formations très diverses. En outre, les patients qui consultent dans les centres de génétique sont de différentes origines ethniques, de différentes langues.

L'explication est fournie par oral dans un premier temps. Une consultation de conseil génétique représente entre une et deux heures d'entretien, à deux ou trois reprises. Ensuite, les éléments sont confirmés par écrit. Les médecins fournissent toujours un rapport aux gens qui les ont consultés, afin de résumer les points abordés. L'explication écrite est extrêmement délicate à rédiger. Le praticien se doit d'être absolument exact, mais il lui faut éviter de choquer ou blesser les gens. Tout mot de travers, tel que tare ou mutation, est mal interprété.

Il importe avant tout que le message pédagogique soit clair, afin que les patients détiennent tous les éléments pour prendre la décision qui sera la leur, et cela quelle que soit la conviction du médecin consulté²⁵.

Une fois le conseil effectué, la décision incombe au patient de se soumettre ou non à un test. Si le test est pratiqué, l'individu est encore libre de ne pas prendre connaissance des résultats. En pratique, cela se produit rarement: les personnes qui ne souhaitent pas connaître le diagnostic renoncent au stade de la discussion déjà.

F. Le calcul de risque

Le médecin en charge de la consultation génétique relève dans un premier temps toutes les données relatives aux individus qui le consultent. A l'aide de ces informations, il élabore un arbre généalogique. En présence d'un couple, l'arbre est toujours dressé pour les deux côtés de la famille et pas uniquement du côté où se trouve le problème. Cette démarche a pour but de mettre en évidence le fait qu'en génétique, les deux partenaires sont impliqués. En plus, il arrive de temps en temps qu'on mette à jour un

²⁵ Par exemple, le fait que le praticien soit favorable ou non au diagnostic prénatal ou à l'interruption de grossesse ne doit interférer en rien avec la décision de ses patients.

problème génétique également dans la famille supposée saine. Il arrive même que l'arbre révèle un problème bien plus important que celui pour lequel le patient est venu consulter.

L'arbre généalogique comprend les enfants, les frères et soeurs, les parents, les oncles et tantes et les grands-parents. Pour chacune des personnes figurant sur l'arbre, le médecin prend note de l'âge, de l'état de santé. S'ils sont décédés, la raison du décès est relevée.

Le problème se pose très différemment selon l'affection en cause. D'abord, le gène altéré peut être localisé ou non. Ensuite, s'il est localisé, il n'est pas forcément identifié. Enfin, les modes de transmission varient d'une mutation à l'autre, ce qui complique le pronostic.

Voici un exemple concret de calcul de probabilité. Un couple vient consulter au centre de génétique pour la raison suivante. L'épouse a deux nièces, filles de son frère, toutes deux atteintes d'une maladie dégénérative incurable. Le couple est déjà parent d'une petite fille, saine, née à une époque où l'on ignorait tout de l'affection en cause. Lorsque le couple vient consulter, l'épouse est enceinte et la question se pose du risque pour l'enfant à naître.

La maladie en question est une maladie récessive. Le frère a donc obligatoirement le gène. L'épouse a une chance sur deux d'avoir ce gène de prédisposition. Quant à son mari, il a le risque de n'importe quel individu de la population, puisque les époux ne sont apparentés d'aucune manière. Or, c'est une maladie très rare, dont on peut estimer la probabilité à un sur cent. Pour la grossesse en cours, le risque de transmettre la maladie est ainsi de un sur deux (risque que l'épouse soit porteuse de la mutation) multiplié par un sur deux (risque qu'elle transmette la modification) multiplié par un sur cent (risque que l'époux soit porteur) multiplié par un sur deux (risque qu'il transmette le gène). Le risque pour cette grossesse est donc de un sur huit cents. Pour les parents des deux nièces, par contre, le risque est beaucoup plus important s'ils ont un troisième enfant. Puisque la maladie, récessive, s'est déclarée chez leurs enfants, cela signifie que les deux parents sont porteurs du gène responsable. Ils ont dès lors chacun un risque sur deux de transmettre la mutation à leur progéniture. Le risque final est ainsi de vingt-cinq pour cent.

Si la femme se soumet au test et que le gène est absent, la question est réglée. Mais si les généticiens mettent en évidence la mutation, la situation devient délicate. Le risque pour l'enfant passe de un sur huit cents à un sur quatre cents. Se pose alors la question de l'amniocentèse, qui n'est pas sans danger pour le fœtus. Il s'agirait de décider si le risque est considéré

comme suffisamment important pour justifier la prise de dangers à l'égard du bébé.

V. L'analyse génétique

Le médecin prélève du sang, pour de simples raisons de facilité pratique. Il est également possible de faire un frottis dans la bouche ou de prélever un échantillon de peau. La qualité du matériel génétique ne varie pas en fonction du type de prélèvement.

Le sang est centrifugé, puis dépouillé de tous ses globules rouges. Un procédé technique permet ensuite d'ouvrir les globules blancs et leur noyau, afin d'en extraire l'ADN.

Un micro-litre d'ADN suffit pour faire toutes les réactions que nécessite l'analyse²⁶.

Le nombre de tests que l'on peut effectuer avec le matériel prélevé dépend du type d'analyse. Certaines nécessitent plus d'échantillons que d'autres.

Quant aux techniques d'analyse, elles changent avec la question posée.

Il existe maintenant une technique qui facilite l'étude de l'échantillon, la PCR ou *Polymerase Chain Reaction*.

La PCR est une technique qui permet de détecter et d'amplifier plusieurs millions de fois le fragment d'ADN où se trouve un gène que l'on souhaite analyser. Le procédé équivaut à photocopier à l'infini une séquence identifiée. Ainsi, le généticien obtient une grande quantité d'ADN, de surcroît uniquement du fragment qui l'intéresse. La présence d'un nombre élevé d'exemplaires du même segment permet d'avoir recours à l'électrophorèse. La quantité est telle qu'elle en devient visible si on la munit d'un marqueur fluorescent ou d'un marqueur qui réagit à une cellule photographique.

VI. Le diagnostic

Il n'y a pas de test génétique qui réponde à toutes les questions, qui fournisse la liste de toutes les anomalies génétiques. La seule réponse qui peut être donnée l'est à une question précise. Le "screening général" des gènes est exclu à l'heure actuelle. Cette particularité entraîne pour le médecin l'obligation de poser un premier diagnostic avant analyse, que le test confirmera ou infirmera.

²⁶ Sur la base d'un prélèvement de sang de 3 à 5 ml, on obtient environ 0,5 ml d'ADN.

La nature physique de l'ADN a un immense avantage: elle permet de prendre une fraction du liquide, de la mettre dans un tube et de l'envoyer n'importe où dans le monde. La circulation est extrêmement aisée. En outre, cette possibilité n'est pas que théorique. Au contraire, les centres de génétique y ont recours sans arrêt.

L'être humain possède environ 30'000 gènes, dont la presque totalité sont bientôt connus. Les généticiens ne sont de fait pas en mesure de pratiquer tous les tests disponibles relatifs à toutes les anomalies génétiques existantes. Ainsi, chaque laboratoire travaille sur les mutations qu'il a contribué à identifier ou pour lesquelles il a développé un test. Le personnel de l'institution a en effet l'avantage de maîtriser les techniques utilisées et de posséder en outre tous les réactifs nécessaires. Les médecins du monde entier envoient ainsi les échantillons qu'ils souhaitent voir analyser au laboratoire qui pratique le test de la mutation génétique à rechercher.

VII. Le résultat

L'avant-projet de LAGH réserve au patient la qualité de maître du secret. Il existe cependant des cas où le diagnostic peut être communiqué à des tiers, malgré l'opposition de la personne. Le médecin demandera dans ces hypothèses à être délié du secret professionnel (art. 16, al. 3, LAGH)²⁷.

Le quotidien du généticien n'est pas fait que de cas complexes. Mais dans les situations délicates, les réponses font cruellement défaut. Qu'il s'agisse de la famille, des assurances, d'autres collègues médecins, il est toujours délicat de décider s'il faut ou non communiquer un diagnostic de maladie.

VIII. La conservation des échantillons

A l'heure actuelle, on ne peut donc répondre qu'à une ou deux questions précises à l'aide d'un test déterminé. Cela explique pourquoi les généticiens ne peuvent rien faire des éléments d'ADN conservés. Les échantillons ont servi à satisfaire une demande spécifique. Ils sont ensuite entreposés dans

²⁷ La situation peut se présenter en relation avec des maladies à début adulte telles que la chorée de Huntington. Les parents peuvent refuser d'informer leurs enfants, alors qu'il est extrêmement important pour ces derniers d'être au courant, étant eux-mêmes à risque. Un exemple d'un autre type est celui d'un individu dont l'analyse révèle une prédisposition à une maladie qui affectera ses facultés intellectuelles. Suivant la profession du patient, s'il est contrôleur aérien par exemple, ses défaillances auront d'importantes conséquences le jour où la maladie se déclarera. L'enjeu est ici pour le praticien de décider s'il doit avertir ou non le médecin d'entreprise.

un frigo, dans l'attente d'une requête ultérieure pour un autre problème. Ces échantillons prennent simplement de la place. La situation est équivalente à celle d'un cheveu glissé dans une enveloppe. En l'absence d'analyse, il ne donne aucune information en dehors de celles que convoie son aspect extérieur.

Quant à l'information conservée, elle consiste uniquement en la réponse à la question posée. Prenons l'exemple d'un enfant souffrant d'un retard mental inexpliqué. Une prise de sang est effectuée pour permettre un examen des chromosomes. Au moment du prélèvement, les médecins profitent en général de recueillir, dans un autre tube, une quantité supplémentaire de sang. Si l'examen des chromosomes est normal, il ne sera pas nécessaire de refaire une prise de sang à l'enfant pour procéder à un test moléculaire. Les médecins pourront se livrer à l'analyse sur la base de l'échantillon encore inutilisé.

Au terme de l'analyse, les échantillons du matériel génétique extrait sont conservés. L'ADN est mis en banque sous forme liquide ou solide. Au froid, il se conserve facilement. Après vingt ou trente ans, le matériel se dégrade un peu, mais il demeure malgré tout d'une qualité suffisante pour être toujours utilisable.

Il n'existe pas de directives de conservation au sein des hôpitaux. Les généticiens élaborent ainsi leurs propres règles.

La mise en banque de l'ADN n'a d'autre motif que l'espoir que l'échantillon pourrait être utile à l'avenir.

En plus de son utilité potentielle, la conservation de l'ADN n'est pas nocive. La mise en banque n'a aucun impact sur la santé des gens. Quant aux médecins, en l'absence d'une requête expresse, ils ne font rien du matériel conservé. Ce dernier prend de la place et coûte cher. L'échantillon n'offre en outre, en Suisse du moins, aucun potentiel d'exploitation commerciale.

Il peut arriver qu'un collègue demande à avoir accès à un échantillon. Dans cette hypothèse, l'échantillon est anonymisé et tout lien avec la personne dont il provient supprimé. Cette pratique est d'ailleurs conforme à la solution retenue par l'avant-projet de LAGH (art. 17, al. 2).

§ 2 L'analyse génétique

L'exposé qui précède donne une vision d'ensemble de ce qu'est la génétique médicale. Dans cette deuxième partie, nous allons nous concentrer sur l'aspect en rapport avec notre thèse, à savoir le sort de l'échantillon d'ADN. Dans sa grande majorité, l'exposé traitera de l'analyse dans le cadre du conseil génétique et non de la recherche. La relation étudiée unira donc le patient et son médecin. En cours de discussion, nous aborderons le

pouvoir de disposition du médecin face aux sollicitations du monde de la recherche dont il est toujours plus fréquemment l'objet.

D'autre part, l'examen se limitera au statut des cellules somatiques. Les gamètes, autrement dit les cellules sexuées, ont été traités au chapitre précédent. En outre, l'analyse génétique repose forcément sur l'ADN des cellules somatiques, puisqu'elles seules possèdent l'ensemble du patrimoine génétique de l'être humain. Les cellules sexuées n'en contiennent que la moitié. Les dispositions légales topiques font également cette distinction: elles parlent dans le premier cas de patrimoine génétique, dans le second de patrimoine germinal²⁸.

Dans l'exposé qui va suivre, nous ne reprendrons pas les notions théoriques de base. Elles sont analysées au chapitre précédent, auquel nous renvoyons.

I. Les éléments essentiels

De même que dans les exemples précédents, l'acte qui déclenche le processus est le transfert d'un élément corporel de son titulaire à un tiers. Se pose ensuite la question de la gratuité du transfert. Quant au tiers acquéreur, il doit être au bénéfice d'une autorisation pour traiter et conserver valablement l'échantillon prélevé.

A. Le transfert d'une chose

Lorsqu'un individu, confronté à un problème pour lequel on soupçonne une origine génétique, demande qu'une analyse soit effectuée, il doit fournir un échantillon de sang. Du prélèvement sanguin, il ne restera presque rien. En effet, seuls les globules blancs seront utilisés. Plus précisément, seul l'ADN nucléaire des globules blancs sera conservé pour être analysé. En d'autres termes, le laboratoire travaille uniquement sur une petite partie du noyau d'une seule catégorie des cellules contenues dans le sang. C'est pourquoi il serait erroné d'assimiler le prélèvement du sang dans le cadre de la génétique médicale au prélèvement effectué dans un centre de transfusion de la Croix-Rouge. Dans le premier cas, le sang n'est que le contenant, alors que dans le second il est prélevé pour lui-même, ou du moins pour l'ensemble des composants qui le constituent. En génétique médicale, le sang, à l'instar d'un échantillon de peau, n'est que l'enveloppe, perceptible et utilisable, de l'ADN.

Il en va de même si l'ADN analysé est extrait d'un tissu prélevé à d'autres fins qu'une analyse. A partir du moment où on destine le tissu et le

²⁸ FF 1996 III 197, 274.

matériel génétique qu'il contient à une procédure de test, les enjeux ne sont plus ceux de la simple réutilisation de matériel biologique. On tombe alors dans l'analyse génétique et les principes liés à ces techniques s'appliqueront à cette phase de traitement du tissu.

1. *La chase aliénable*²⁹

Il ne suffit pas qu'un objet réponde à la qualification juridique de chose pour se voir appliquer sans autre les pleines règles de la propriété. Le droit positif peut poser certaines limites à l'échange dans des cas particuliers.

Le statut du matériel génétique a fait l'objet d'un examen préalable dont il résulte que si extra-commercialité il y a, elle n'est en aucun cas totale³⁰. Le droit positif ne contient aucune restriction directe à l'aliénabilité du matériel génétique. L'avant-projet de Loi sur l'analyse génétique humaine entraînera par contre une sortie partielle du commerce.

L'avant-projet de LAGH ne décrit pas expressément le statut du matériel génétique. Suivant en cela l'exemple des législations adoptées précédemment dans le domaine qui nous occupe, il institue une procédure d'autorisation. Ainsi, quiconque «veut effectuer des analyses cytogénétiques ou moléculaires» se doit d'obtenir une licence pour y procéder (art. 6, al. 1, AP LAGH). Dans le cas qui nous occupe, le transfert de l'échantillon du patient à son médecin est fait précisément à des fins d'analyse. L'aliénation de matériel biologique n'est pas directement soumise à autorisation, mais dans la configuration étudiée, l'acquéreur devra en être titulaire, puisqu'il doit sa qualité d'acquéreur à la volonté de procéder aux analyses requises.

2. *Le titre valable*³¹

Pour être valable, un transfert de propriété doit reposer sur un titre.

A. LA CAUSE JURIDIQUE VALABLE

Le seul contrat entre les parties concernées est le contrat médical, le mandat que le patient confie au généticien. Cet acte juridique ne comprend pas de transfert de propriété. Pourtant, il faut considérer que le transfert a lieu en exécution de ce contrat.

En effet, pour satisfaire à ses obligations contractuelles, le médecin est tenu de procéder au prélèvement d'un échantillon sur son patient. Que l'accord

²⁹ Pour la théorie, voir p. 290 ci-dessus.

³⁰ Voir pp. 113-5 ci-dessus.

³¹ Pour la théorie, voir pp. 291-4 ci-dessus.

du patient contribue à créer une convention parallèle au mandat ou que le mandat suffise à couvrir cet aspect des choses, peu importe. A ce stade, retenons simplement que le transfert a lieu en vertu d'un accord entre un patient et un médecin. Cet élément suffit à répondre à la question de la cause juridique.

Le transfert de propriété repose sur un acte juridique, mais encore faut-il que cet acte soit valable.

I. Contenu illicite

L'article 119, al. 2, *litt. f*, Cst. autorise explicitement l'analyse et l'enregistrement du patrimoine génétique d'un individu, sous réserve de son consentement. Cette option est confirmée par l'avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, dont le principe «n'est pas celui d'une interdiction avec des exceptions, mais d'une autorisation de principe des analyses génétiques³²». Le droit suisse tolère effectivement les activités de génétique médicale³³. Il les soumet cependant à l'exigence de l'obtention d'une autorisation. Si cette prescription administrative est respectée, l'accord est parfaitement licite.

La conformité de l'acte aux éventuels droits de tiers est sans pertinence ici. Il n'existe pas, dans le cadre strict de l'analyse génétique, de tierce partie susceptible d'investir l'échantillon de prérogatives personnelles ou réelles dignes de protection. Nous nous intéresserons cependant au pouvoir de disposition du médecin en possession d'un échantillon de tissu ou d'une somme de données résultant de l'analyse³⁴.

II. Contenu immoral

L'analyse génétique permet de connaître «les fondements biologiques» de l'être humain³⁵. Ce potentiel comporte des risques inhérents. Les méthodes du génie génétique pourraient ainsi être inacceptables sur le plan éthique, si elles «mettent en danger ou lèsent les biens suprêmes», à savoir avant tout la dignité humaine³⁶.

Il est délicat d'affirmer de manière générale le caractère moral de l'activité d'analyse génétique. Celle-ci se légitime en effet par son but. Ainsi, si l'on ne peut l'affirmer de manière absolue, la condition de la conformité aux bonnes mœurs est cependant satisfaite lorsque la procédure a lieu dans le respect de certains principes. C'est ainsi, par exemple, que le prélèvement

³² Rapport explicatif LAGH, p. 16.

³³ Voir pp. 113-5 ci-dessus.

³⁴ Voir pp. 448-57 ci-dessous.

³⁵ SCHWEIZER, No 14 ad 24^{novies} aCst.

³⁶ SCHWEIZER, No 14 ad 24^{novies} aCst.

sur le foetus et l'embryon afin de connaître le sexe du futur enfant est non seulement illicite en l'absence de justification médicale au sens de l'avant-projet de LAGH (art. 9), mais la sélection fondée sur le sexe peut également être jugée immorale.

III. Contenu contraire aux droits attachés à la personnalité

En aliénant un échantillon de tissu, l'individu risque d'exposer sa personnalité dans une mesure réprouvée par l'ordre juridique. Nous verrons plus bas si la démarche de l'analyse génétique est conforme ou non à la protection assurée par l'article 27, al. 2, CC³⁷.

IV. Conclusion

Le procédé d'analyse génétique est potentiellement source d'atteintes graves à la personnalité. S'il se déroule pourtant dans le respect d'un certain nombre de principes, en particulier des règles que contient l'avant-projet de LAGH, il peut se faire en parfait accord avec l'ordre juridique et l'ordre moral.

B. L'ACCORD SUR LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

La présence de la cause juridique est nécessaire mais pas suffisante. Il est indispensable que les volontés des parties au contrat d'aliénation concordent quant à la nature du transfert effectué.

Le patient qui se soumet à une analyse de type génétique est parfaitement informé de la procédure qui va suivre. Le test proprement dit, dont le prélèvement est la première étape, n'a lieu qu'après le conseil génétique, à savoir la description aussi complète que possible de l'analyse génétique en tant que procédé médical. L'individu sait ainsi qu'un prélèvement de sang sera effectué, sur la base duquel travaillera le laboratoire pour tenter de donner une réponse au problème génétique. Il est difficile d'imaginer que le patient compte récupérer le matériel biologique, ou ce qui en reste, après analyse.

En droit, la situation est susceptible d'une double interprétation.

Dans la première hypothèse, l'individu conçoit le prélèvement comme un transfert du matériel au médecin, au laboratoire ou à l'institut avec lequel il est en contact. C'est le cas de figure du transfert de propriété tel que nous l'avons présumé en ouvrant la discussion.

Si l'individu ne conçoit pas le prélèvement comme un transfert de propriété, il ne peut envisager qu'une dérélition. Le mécanisme théorique est un peu différent dans cette hypothèse: le patient renonce à toute prérogative sur l'échantillon, lequel est récupéré par le laboratoire ou le

³⁷ Voir pp. 444-8 ci-dessous.

médecin. Le résultat final est pourtant identique. Nous considérerons donc la condition de l'accord sur le transfert comme satisfaite.

3. *Le mode de transfert*³⁸

Le droit suisse ne tolère pas que la propriété soit aliénée sans que ce transfert soit apparent pour les tiers.

Le transfert de possession se fait au moment du prélèvement. A l'issue de la prise de sang, l'échantillon entre dans la sphère de maîtrise du centre de génétique.

4. *Le véritable propriétaire*³⁹

Il reste une dernière condition, liée à la qualité de l'aliénateur.

Le sang est prélevé directement sur le patient qui se soumet à l'analyse génétique; la titularité du matériel génétique ne fait donc aucun doute.

Quant à la nature du droit de l'individu sur les produits issus de son corps, la doctrine assimile ce cas de figure à celui des fruits⁴⁰. L'individu est donc propriétaire des échantillons prélevés sur son corps. Il est de ce fait habilité à en céder la propriété.

B. La gratuité

A l'instar de tous les actes juridiques liés au corps humain se pose la question de leur caractère onéreux. La solution légale est particulièrement confuse en la matière qui nous occupe.

1. *Le principe de la gratuité*

A. L'ARTICLE 119 CST.

La disposition topique, fondement de la future loi en la matière, est l'article 119, al. 2, Cst. en particulier sa lettre f. Or, le texte constitutionnel ne dit rien de la gratuité. Le texte de l'article contient effectivement une exigence de ce type, mais elle a pour seul objet le patrimoine germinal humain. En effet, la lettre e de l'article interdit le commerce de ce matériel. Nous avons vu que le Conseil fédéral avait eu recours à cette expression pour proscrire les échanges à titre onéreux⁴¹.

³⁸ Pour la théorie, voir pp. 294-5 ci-dessus.

³⁹ Pour la théorie, voir p. 296 ci-dessus.

⁴⁰ BK-MEIER-HAYOZ, p. 72, No 132; KSP-Wiegand, No 18 ad *Vorbemerkungen* zu 641 sq. CC; REY, No 107.

⁴¹ FF 1996 III 197, 274.

I. L'interprétation de 1991

Le Message du Conseil fédéral précise que le mandat assigné à la Confédération lui permettra de réglementer «les analyses du génome, la recherche et la dissémination de matériel germinal et génétique, de même que la commercialisation dans ce domaine⁴²». Il est difficile de savoir ce que cette dernière expression signifie. Il est surtout surprenant de constater que cette déclaration de principe met sur pied d'égalité les gamètes, notamment, et l'ADN. Elle aboutit pourtant à l'interdiction du commerce du seul patrimoine germinal, alors qu'elle est négligée pour le patrimoine génétique.

Le projet du Conseil fédéral ne contenait aucune indication à ce sujet, au-delà du simple mandat de régler «l'exploitation du patrimoine génétique et germinal humain⁴³».

Le Conseil des Etats, première Chambre saisie du projet, n'a pas débattu de la version proposée par le gouvernement. La commission chargée de l'examen des différents textes a d'entrée proposé un article modifié⁴⁴. Le Conseil des Etats est ainsi entré en matière sur une disposition fortement différente de celle contenue dans le Message⁴⁵. La version de l'alinéa qui nous intéresse, gratifié de la lettre f dans le projet, telle qu'elle a été votée dans la première chambre était la suivante: «Il ne peut être fait commerce du patrimoine germinal et génétique humain⁴⁶». Le même statut était ainsi réservé au matériel génétique et aux gamètes.

La commission du Conseil national a, quant à elle, repris pour l'essentiel le projet du Conseil des Etats. Elle l'a modifié sur quelques points, dont en particulier la lettre f du second alinéa, qui devient: «Il ne peut être fait commerce du patrimoine germinal humain et des produits résultant d'embryons⁴⁷». C'est sur cette version que les Chambres se mettront d'accord. Mais les débats au Conseil national ne contiennent aucune indication quant à la modification apportée au projet voté par l'autre chambre.

On trouve finalement l'explication de la disparition d'un des termes dans les délibérations du Conseil des Etats consacrées à l'élimination des divergences. Le rapporteur, M. PILLER, expose aux parlementaires que la mention du patrimoine génétique a été biffée à la demande des milieux scientifiques, au motif qu'une telle interdiction n'avait pas de sens, parce

42 FF 1989 III 945, 975.

43 FF 1989 III 945, 985.

44 BOCE 1990, pp. 477-8.

45 BOCE 1990, p. 487.

46 BOCE 1990, p. 488.

47 BOCN 1991, p. 558.

qu'il n'existe pas de patrimoine génétique spécifique de l'être humain dont on pourrait faire le commerce⁴⁸.

Ainsi, il ressort de ce qui précède, d'une part, que la gratuité gouverne les échanges de patrimoine génétique, d'autre part, que cette exigence résulte moins d'une option du législateur que de l'inexistence de fait de prétentions de nature onéreuse dans le domaine qui nous occupe.

II. L'interprétation de 1996

Quelques années après les délibérations parlementaires exposées ci-dessus paraît le Message du Conseil fédéral relatif à la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée. A cette occasion, figure dans le texte la déclaration selon laquelle si l'article 119, al. 2, *litt. e*, Cst. n'interdit pas le commerce du patrimoine génétique, la raison en est que la prohibition «pourrait nuire à la fabrication et à l'exploitation commerciale de certains médicaments acceptables d'un point de vue éthique, comme l'insuline et l'hormone de croissance⁴⁹». Cette explication est en conflit direct avec l'interprétation déduite des travaux parlementaires relatifs à l'article constitutionnel.

III. La contradiction

Nous sommes ainsi face à deux éclaircissements théoriques parfaitement contradictoires, qui mènent à des conclusions inconciliables. Dans un cas, l'intervention du législateur est considérée comme superflue car la gratuité résulte de manière nécessaire de la pratique. Dans l'autre, le silence du législateur quant au caractère gratuit doit être interprété comme une acceptation tacite des échanges à caractère onéreux. Il nous reste à voir ce qu'il en est dans les autres bases légales applicables, ainsi qu'en pratique.

B. L'ARTICLE 119a CST.

A l'instar des gamètes, le patrimoine génétique est spécifiquement traité à l'article 119 Cst. Ainsi, ce dernier s'applique à titre de loi spéciale, ce qui exclut la prise en compte de la disposition qui le suit.

Pourtant, le régime adopté par le constituant à l'article 119a représente une sorte de partie générale du statut des parties séparées du corps humain en droit suisse. Il donne de ce fait un indice quant à l'option fondamentale adoptée dans ce cadre, laquelle relève de la gratuité.

⁴⁸ BOCE 1991, p. 457.

⁴⁹ FF 1996 III 197, 274.

C. L'AVANT-PROJET DE LOI FÉDÉRALE SUR L'ANALYSE GÉNÉTIQUE HUMAINE

Le texte fédéral en voie d'élaboration ne contient aucune allusion au problème de la gratuité. Il n'en est fait mention d'aucune manière.

Rappelons cependant que la loi fédérale vise strictement le cas de figure de l'analyse génétique. Elle tend ainsi d'avantage à protéger un individu contre l'exploitation indue de ses données personnelles, qu'à réglementer le commerce du matériel génétique entre les entreprises ou institutions intéressées au potentiel que l'ADN représente pour la recherche.

2. *L'application du principe de gratuité*

Un gène associé à l'obésité, mis en évidence en 1995 par des chercheurs américains, fut cédé à une compagnie pharmaceutique pour un montant de 70 millions de dollars⁵⁰. L'exemple est évidemment extrême, mais il n'est pas unique. Par ailleurs, il trahit l'attitude actuelle des milieux, notamment industriels, face à certaines séquences génétiques, dont la valeur pécuniaire potentielle fait l'objet d'une prise de conscience internationale croissante⁵¹.

Dans le cas qui nous occupe, cependant, l'opportunité d'une exploitation commerciale n'est pas pertinente. Les développements du Conseil fédéral de 1996 font référence à «l'exploitation commerciale de certains médicaments⁵²». L'échange visé n'est pas celui qui réunit le patient et son médecin. La réflexion en question est destinée avant tout à la recherche, en particulier à l'industrie qui développe des médicaments sur la base de séquences d'ADN. Quant aux transactions portant sur des données, elles peuvent également avoir lieu à titre onéreux⁵³. Mais il s'agit alors d'un rapport consécutif à celui qui unit le patient à son médecin.

Ici, le transfert de la substance a lieu dans l'intérêt du donneur. Le médecin qui effectue le prélèvement le fait dans le but unique d'apporter une réponse à la question qui lui est soumise par son patient. Il n'en retire lui-même aucun bénéfice, ni personnel ni pour autrui. La rémunération qui intervient dans le cadre du contrat médical a d'ailleurs lieu en faveur du médecin et non du donneur, contrairement par exemple au cas du don de sperme.

⁵⁰ DICKSON, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 11.

⁵¹ DICKSON, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 11.

⁵² FF 1996 III 197, 274.

⁵³ BRAHAMS, *Lancet* 1990, vol. 335, p. 39.

3. *L'ambiguïté du principe de gratuité*

La question du caractère onéreux ne se pose donc pas dans l'optique de l'analyse génétique, sur laquelle nous nous concentrons. Il semble bien, par ailleurs, que si elle venait à l'être dans une configuration différente, la contre-prestation pécuniaire serait admise. L'interdiction d'un échange à titre onéreux n'est en effet pas statuée par l'ordre juridique suisse. L'illicéité d'un tel acte ne découle d'aucune norme édictée.

A deux égards, cependant, le procédé laisse à désirer. Sur le plan de la technique juridique, l'autorisation des échanges à caractère onéreux ne résulte expressément que du Message. Il ne s'agit d'ailleurs même pas du Message relatif à l'article constitutionnel en cause, mais de celui relatif à la LPMA, laquelle n'a rien à voir avec le statut de l'ADN. Ainsi, sur la base des textes en vigueur, on pourrait opter pour l'interprétation inverse, dans la mesure où la clause générale du régime des parties séparées du corps, l'article 119a Cst., retient expressément la gratuité.

Ensuite, sur le plan de la cohérence de la réglementation, le choix est discutable. Il est évident que les progrès de la recherche nécessitent un accès aisé au matériau humain et que les interactions qui se nouent dans ce cadre sont régies par des principes économiques ordinaires. Pourtant, il n'en va pas autrement des autres parties séparées du corps. Si elles sont récupérées, c'est qu'elles sont réutilisables. Pourquoi dès lors interdire expressément leur échange à titre onéreux et autoriser cette forme d'aliénation uniquement pour l'ADN?

C. *L'autorisation*

La politique de la Confédération, dans l'ensemble du dispositif législatif relatif aux éléments d'origine corporelle, consiste notamment dans l'instauration d'une procédure d'autorisation.

1. *Le principe de l'autorisation*

Si la procédure législative relative à l'avant-projet de LAGH suit son cours et que le texte est adopté, il appartiendra au Conseil fédéral de fixer les conditions d'octroi de l'autorisation ainsi que d'en préciser la procédure. Le principe général en est que «[l]a complexité d'une analyse génétique et ses répercussions pour la personne concernée justifient de poser des exigences spéciales quant aux compétences et aux performances des personnes pouvant effectuer une telle analyse⁵⁴».

⁵⁴ Rapport explicatif LAGH, p. 24.

Ainsi, le médecin ou le laboratoire concerné devra requérir une autorisation du service fédéral compétent, à savoir probablement l'OFSP. L'article 6, al. 2, LAGH fixe les conditions générales d'octroi de l'autorisation.

2. La mise en pratique de l'autorisation

La LAGH n'en est qu'au stade de l'avant-projet. Son adoption, sans parler de sa concrétisation, sont donc encore loin. Il est cependant intéressant de mentionner ici les grandes lignes tracées par le projet et d'exposer la nécessité pratique de la solution retenue.

A. LES CONDITIONS D'OBTENTION DE L'AUTORISATION

La LAGH énumère les conditions auxquelles l'autorisation sollicitée sera accordée. En premier lieu, le requérant doit garantir une activité sérieuse et conforme à la loi (*litt. a*). Ensuite, les analyses doivent être exécutées conformément à l'état des connaissances scientifiques et techniques (*litt. b*). Enfin, la procédure doit se dérouler dans le respect des dispositions relatives à la protection des données (*litt. c*). Par ailleurs, les dispositions d'exécution prévoient une surveillance des laboratoires et médecins titulaires de l'autorisation.

B. L'IMPORTANCE PRATIQUE DE L'AUTORISATION

La procédure d'autorisation est d'une importance pratique inappréciable. Aux Etats-Unis, les laboratoires privés se lancent dans l'analyse génétique sur le mode sur lequel ils procèdent à de simples tests de routine. Un médecin installé envoie un échantillon de sang au laboratoire, lequel procède au test requis et facture le service. Le laboratoire ne se préoccupe pas de savoir si la personne concernée bénéficie d'un conseil génétique avant, pendant et après la procédure. L'anomalie de ces tests génétiques qui sortent dans le privé réside ainsi dans leur soustraction complète à tout contrôle étatique. Précisons qu'il existe des laboratoires américains qui travaillent avec des généticiens affiliés, désignés pour faire le conseil et transmettre l'information.

La Suisse connaît déjà ce problème. Certains laboratoires de grande taille envoient régulièrement de la publicité pour des tests d'analyse génétique aux médecins helvétiques. Ils offrent notamment le test pour la mucoviscidose. La procédure est simple: les praticiens envoient un échantillon de sang et reçoivent le diagnostic en retour. Là encore, dans l'institution qui offre le test, personne ne se soucie de savoir qui reçoit la réponse et si la personne chargée de transmettre l'information a les compétences requises pour traiter de questions aussi délicates.

Indépendamment des qualités psychologiques nécessaires, il y a un simple problème de compétences médicales. La grande majorité des praticiens ne sont pas formés dans ce domaine. Or, seule une connaissance approfondie de la génétique permet d'éviter de donner des indications erronées, de mal interpréter un résultat, ou de ne pas en saisir les implications⁵⁵. Il faut une somme de données et de connaissances importantes pour offrir un conseil génétique adéquat. Il est à espérer que le contrôle assuré par la procédure d'autorisation permettra de garantir que ce dernier se déroule dans les meilleures conditions possibles.

3. *Le contrat conclu sans autorisation*

C'est au texte instituant l'autorisation qu'il appartient en principe de prévoir les conséquences de son défaut. L'avant-projet de la loi sur l'analyse génétique humaine règle les implications pénales de la violation: l'article 35, al. 1, AP LAGH punit de l'emprisonnement ou de l'amende quiconque effectue une analyse génétique sans l'autorisation nécessaire.

Quant aux conséquences civiles, l'avant-projet ne contient aucune précision. Nous avons vu que si le vice du contrat ne résidait que dans la

⁵⁵ L'exemple de la mucoviscidose est particulièrement évident. Le test développé pour déceler la mutation génétique à l'origine de la maladie n'est pas parfaitement sensible. L'analyse génétique ne permet de tester que le 80 ou le 90 % des modifications fréquentes chez nous. Ainsi, un résultat négatif ne permet pas d'affirmer avec certitude que le gène de la mucoviscidose n'est pas présent chez l'individu concerné. Cela signifie uniquement que le test disponible n'a pas permis d'identifier la mutation. Si le médecin transmet l'information à son patient sans connaître les limites du test, il va fournir des indications fausses, ou du moins incomplètes.

Un autre type de problème qui met en évidence l'importance d'un certain contrôle est celui de l'origine des individus. Les tests utilisés chez nous permettent de déceler uniquement les mutations les plus fréquentes pour une population donnée. Lorsque la personne qui vient consulter est d'origine américaine ou asiatique, les analyses classiques ne donneront rien. Si aucun élément ne trahit l'origine de la personne et si le médecin ne pense pas à se renseigner, les tests seront parfaitement inadéquats. Dans les centres de génétique, par contre, les médecins sont habitués à poser la question. Si l'origine n'est pas européenne, les généticiens adapteront le test et chercheront d'autres mutations.

Il existe, certes, des affections génétiques pour lesquelles la mutation est toujours la même. C'est le cas par exemple de la maladie de Huntington: la mutation est identique dans le monde entier. La mucoviscidose, par contre, connaît pratiquement cinq cents mutations qui peuvent être responsables de la pathologie, dont une dizaine seulement sont fréquentes dans notre région de l'Europe.

participation d'une des parties à sa conclusion, l'acte n'était pas automatiquement illicite⁵⁶. Le sort du contrat dépend du sens et du but de la règle légale instaurant la restriction.

La complexité d'une analyse génétique et ses répercussions pour la personne concernée justifient de poser des exigences spéciales quant aux compétences et aux performances des personnes qui mettent ces procédés en pratique⁵⁷. L'autorisation garantit au patient que le praticien auquel il s'adressera possédera les connaissances nécessaires à la compréhension des pathologies d'ordre génétique. Le refus de délivrer une autorisation signifie *a contrario* que le laboratoire ou l'institut ne dispose pas de personnel correctement formé ou que l'équipement avec lequel il travaille ne répond pas aux normes de qualité en la matière.

Du fait de son ignorance en matière génétique, l'individu est contraint d'avoir recours au conseil prodigué par des praticiens formés à cet effet. Le conseil génétique est indispensable pour interpréter les informations brutes, et complexes, que révèle l'analyse. Dans toute la procédure, la personne est contrainte de s'en remettre dans une large mesure au médecin. Si celui-ci ne dispose pas des connaissances nécessaires ou travaille avec du matériel de mauvaise qualité, le conseil et l'analyse en seront faussés. Une erreur dans ce domaine délicat peut être lourde de conséquences pour l'individu. Afin de garantir la qualité du conseil et de l'analyse génétiques, il s'impose d'annuler le contrat si le praticien ne dispose pas de l'autorisation prévue par l'avant-projet.

II. La protection des données

Les informations génétiques sont protégées non seulement par les dispositions topiques contenues dans le Code civil, mais également par la Loi fédérale sur la protection des données (LPD). Il est intéressant d'exposer également la solution retenue dans l'avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH)

A. La Loi fédérale sur la protection des données

La notion de maîtrise des informations est au cœur même de la loi sur la protection des données⁵⁸. La solution élaborée ci-dessus tient parfaitement compte de cette option. Elle assure en effet qu'en tout temps, le patient soit

⁵⁶ Voir pp. 174-6 ci-dessus.

⁵⁷ Rapport explicatif LAGH, p. 24.

⁵⁸ MONNIER, pp. 80-1.

libre de se déterminer quant à la conservation, la divulgation ou la destruction des résultats d'une analyse.

1. Le caractère identifiable de la personne

La LPD ne s'applique qu'à la donnée elle-même, élément indépendant de la structure moléculaire qui en est le support. Pourtant, il est des gens pour assimiler l'un à l'autre. Ainsi, le Conseil de l'Europe en particulier fonde toute sa réglementation de protection des données médicales sur cette conception⁵⁹.

Il nous semble que cette solution ne cadre pas avec la solution retenue par le législateur suisse. L'article 3, *litt.* a, LPD définit la donnée personnelle comme une information qui se rapporte à une personne identifiée ou identifiable⁶⁰.

L'analyse génétique, qu'elle soit cytogénétique ou moléculaire, consiste en l'application de techniques d'une complexité certaine. Elle n'est en aucun cas à la portée de tout un chacun. En présence d'ADN, même en quantité telle qu'il en devient visible, personne n'est en mesure d'en dégager quelque indication que ce soit sans avoir recours aux procédés techniques de l'analyse moléculaire ou cytogénétique. Ce premier argument suffit à notre avis à exclure la définition de la donnée pour l'échantillon prélevé.

2. Le caractère ponctuel des résultats

Il existe un autre argument qui nous incite à refuser la conception du Conseil de l'Europe. Même si les tests génétiques étaient plus faciles d'accès, la solution resterait la même. Comme nous l'avons vu plus haut, une analyse ne permet d'apporter que la réponse à une question. A l'heure actuelle, il est hors de portée des scientifiques du monde entier d'établir une carte détaillée du génome d'un individu. Ainsi, même le recours à des techniques sophistiquées ne permet pas d'établir un profil suffisamment défini d'une personne pour permettre de l'identifier. La présence du gène de la mucoviscidose ou de l'hémophilie n'est qu'un indice, insuffisant par ailleurs. Il faudrait collecter une somme d'informations ponctuelles importantes pour que l'identification devienne simplement envisageable.

⁵⁹ Recommandation No R (97) 5 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des données médicales; Recommandation No R (92) 3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales.

⁶⁰ Voir p. 232 ci-dessus.

3. Conclusion

Lorsque le caractère indissociable de la donnée et de son support commande de ne pas considérer l'un sans l'autre, il est juste de retenir pour leur protection la solution la plus restrictive de l'alternative offerte. Sur ce point, les résultats auxquels nous parvenons sont identiques à ceux auxquels conduit la conception du Conseil de l'Europe. C'est ainsi que si l'individu souhaite recouvrer la maîtrise complète des informations le concernant, il est habilité à exiger la destruction du support matériel⁶¹.

Il est des hypothèses, cependant, où la protection découlant du régime de la personnalité ne s'impose pas ou plus. Il nous semble légitime de sortir alors le bien du carcan qui limitait sa disponibilité, pour lui faire bénéficier du régime de la propriété, autorisant la circulation sans entrave du matériau biologique. Cette solution a d'une part l'avantage de ne pas compliquer inutilement les échanges, nécessaires, de matériel génétique. Elle délimite et définit avec exactitude les intérêts en présence, sans abuser de la protection de la personnalité dans les cas où les titulaires du droit eux-mêmes ne la requièrent pas. D'autre part, elle a également le mérite de la souplesse.

Ajoutons, pour conclure, que cette ambivalence trouve également son expression dans la protection assurée par le droit de la personnalité. Nous avons envisagé, plus haut, d'appliquer à l'information génétique le droit à la vie privée, ainsi que le droit à l'image. Cette solution a précisément pour but de permettre la circulation des informations quand elle est utile à la recherche ou tolérée par l'individu dont elles proviennent, et leur confidentialité quand elle est requise par les circonstances ou souhaitée par la personne concernée.

B. L'avant-projet de Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine

En plus de renforcer la protection de la personnalité dans le domaine de l'analyse génétique humaine, l'article 24^{novies}, al. 2, *litt. f*, Cst. semble constituer «la première garantie écrite de la constitution du droit fondamental à la protection des données, c'est-à-dire du droit d'autodétermination de chaque personne sur les informations la concernant.⁶²»

⁶¹ Voir pp. 450-2 ci-dessous.

⁶² Rapport explicatif LAGH, p. 3.

L'article 5 AP LAGH «rappelle l'applicabilité des normes générales relatives à la confidentialité des informations médicales.» Le rapport précise qu'il n'ajoute rien au droit existant: «sa fonction est essentiellement déclarative et explicative⁶³». Ainsi, les sources de la protection des données dans le domaine de la génétique sont les dispositions fédérales et cantonales en la matière, ainsi que les articles 321 et 321^{bis} CP pour le secret professionnel.

L'article 16 AP LAGH précise les principes à respecter dans la communication des données. Bien que susceptibles d'être qualifiées de sensibles, les données génétiques ne font pas l'objet d'un régime juridique spécial. C'est pourquoi seule la Loi sur la protection des données continuera de décider du régime réservé aux informations qui nous occupent.

III. La protection de la personnalité

Dans la configuration qui nous intéresse, il existe un acte juridique bilatéral qui unit l'individu à un tiers et qui fonde l'engagement du premier à divulguer certaines informations au second.

A. La protection interne de la personnalité

La liberté de l'individu est protégée de manière extensive au sein de l'ordre juridique. La marge de manœuvre de la personne n'est cependant pas illimitée. Les critères d'illicéité et d'immoralité restreignent la liberté d'action de l'individu quant au type d'engagement qu'il est en mesure de contracter, restriction qui découle de l'article 20 CO⁶⁴. L'article 27, al. 2, CC instaure une autre catégorie de restrictions⁶⁵. Lorsque l'individu se lie par un acte juridique dans un domaine qui touche au noyau dur de sa personnalité, l'ordre juridique limite la portée de son engagement, en lui garantissant en tout temps une liberté de décision entière quant à l'obligation assumée.

La personne qui choisit d'avoir recours à l'analyse génétique offre à un tiers, le médecin en l'occurrence, un accès illimité à des informations de sa sphère intime et protégées de ce fait contre la divulgation. Par cet engagement, il met en danger l'un de ses attributs essentiels, le droit de garder la maîtrise des données privées le concernant

⁶³ Rapport explicatif LAGH, p. 23.

⁶⁴ Voir pp. 263-4 ci-dessus.

⁶⁵ Voir pp. 252 sq. ci-dessus.

1. La validité de l'engagement juridique

La seule implication d'un droit de la personnalité dans le cadre d'un acte juridique ne suffit pas à invalider le contrat. L'acte doit cependant satisfaire à différentes conditions et offrir certaines garanties. L'individu peut valablement s'engager à divulguer des informations ayant trait à sa sphère privée, mais il doit le faire dans le respect de certains principes.

En premier lieu, l'obligation assumée ne doit pas être excessive.

Tout acte juridique bilatéral prive l'individu d'une certaine marge de manoeuvre. Si elle est admise, cette restriction ne doit pourtant pas être excessive. C'est pourquoi le juriste doit s'assurer que l'acte implique le cocontractant dans une mesure raisonnable.

A. LA DUREE DE L'ENGAGEMENT

L'acte juridique auquel l'individu est partie peut être excessif quant à sa durée. Il faut prendre en compte, pour apprécier cet élément, l'espace de temps pendant lequel la personne à protéger fait ou s'abstient de faire quelque chose. Le patient qui consulte un généticien tolère que celui-ci ait accès à des données d'ordre intime concernant notamment son état de santé. La liberté de l'individu est effectivement restreinte lorsque la prétention du cocontractant se heurte à sa volonté contraire. La durée déterminante est donc la période pendant laquelle l'individu tolère que le praticien ait accès aux informations contenues dans l'ADN. La durée est excessive si le patient doit supporter cette intrusion dans sa sphère privée sur le long terme.

Dans le cadre de l'analyse génétique, la relation contractuelle est assumée pour la durée du mandat de soin. Elle prendra fin, au plus tard, lorsque le diagnostic aura été posé et que le généticien aura pu fournir les indications nécessaires à la prise en charge ou aux conséquences sur une future naissance. La durée n'est donc pas excessive; elle est raisonnable, parce que justifiée par le but, licite et moral, de l'engagement conclu.

B. L'INTENSITE DE L'ENGAGEMENT

L'intensité de l'engagement est un second critère primordial. Il tend à déterminer l'ampleur du dommage causé à la liberté de celui qui s'oblige. Dans le cadre de l'analyse génétique, les données confiées au médecin sont non seulement intimes, mais également d'une importance primordiale pour le patient. Un individu qui sollicite un conseil génétique ne le fait pas sans raison sérieuse. En raison de la nature des informations qu'il a pour tâche de communiquer à son cocontractant, le généticien joue un rôle déterminant dans la vie du patient et, souvent, de la famille de ce dernier. Sous cet angle, la restriction à la liberté est d'une intensité certaine. L'individu est contraint de livrer à un tiers des données qui, ne seraient les

besoins de l'analyse génétique, resteraient secrètes ou, du moins, communiquées à un cercle restreint de proches, soigneusement choisis.

L'ampleur de l'obligation est pourtant contenue dans des limites étroites. Les généticiens ne disposent pas, à l'heure actuelle, de moyen d'effectuer un *screening* général. L'information génétique n'est, et ne peut être, que ponctuelle; elle est toujours la réponse à une question déterminée. Ainsi, même si, potentiellement, le transfert autorise le décodage de l'entier du génome, il n'entraînera, s'il se fait dans le respect des clauses contractuelles, que la recherche du ou des gènes à l'origine de la mutation supposée.

Si l'on utilise le critère du choix restant, proposé par THÉVENAZ⁶⁶, l'individu conserve une liberté d'action importante. Il peut, en tout temps, mettre un terme à la procédure et aux investigations qu'elle entraîne. A quelque stade que ce soit, il n'est tenu ni de prendre connaissance des résultats de l'analyse, ni d'écouter le conseil du médecin qui l'a effectuée, ni, en dernier lieu, de tenir compte des indications qui lui auraient été données. L'une des règles d'or du conseil génétique est de ne pas être directif. Les médecins se bornent à décrire les tenants et aboutissants du problème. Leur rôle consiste à expliquer quels sont les risques encourus, et quelles solutions existent pour les supprimer ou du moins les limiter. Dans cette optique, le patient reste parfaitement libre de ses choix. Il est informé, muni des connaissances techniques indispensables à la formation d'un choix éclairé, mais il n'est pas dirigé, même pas influencé.

Il est cependant évident que le conseil reste subjectif, puisqu'il confine à l'impossible de décrire des faits objectifs sans leur donner une connotation quelconque.

C. L'INTERET PERSONNEL

L'engagement est jugé moins sévèrement, si l'individu trouve un intérêt personnel à l'accord, s'il en retire quelque chose pour lui. C'est bien le cas ici: la divulgation est justifiée par le fait que le patient retire de l'analyse des informations essentielles relatives à son état de santé.

En conclusion, si, par leur nature, les données révélées au patricien touchent aux attributs essentiels de l'individu, leur traitement n'entrave pourtant pas la liberté d'action du patient.

En outre, l'exécution de l'obligation doit impérativement reposer sur une décision libre, ce qui autorise l'individu qui change d'avis, à se libérer de l'engagement souscrit, s'il ne correspond plus à ses aspirations. Cette

⁶⁶ THÉVENAZ, No 123.

particularité du régime permet au patient d'interdire, en tout temps, au médecin l'accès aux informations que révèle l'analyse du matériel génétique. Il est habilité à résilier unilatéralement le contrat qui le lie au praticien, s'il ne souhaite plus assumer son engagement à divulguer les données en cause. Il faudra donc impérativement intégrer ce droit spécial de résiliation dans le rapport contractuel qui unit les parties.

2. *L'acte de disposition*

Il est fait défense à l'individu d'aliéner un bien personnel. C'est là l'expression du caractère incessible du droit de la personnalité. Le patient ne peut en aucun cas céder son droit de maîtrise sur les informations qui le concernent. Ainsi, l'acte de disposition ne peut porter que sur la manifestation concrète du bien de la personnalité, et non sur le bien lui-même.

En l'espèce, le rapport contractuel qui unit le patient à son médecin n'entraîne pas la perte de maîtrise sur l'information. Le droit de la personnalité est un droit au secret, un droit de gérer les informations personnelles. Il empêche donc, en tous les cas, l'analyse du matériel, l'enregistrement des données et leur propagation, sans le consentement de la personne. Tous ces actes portent en effet atteinte au droit à la protection de la vie privée de l'individu.

Par contre, le simple transfert du tissu à des fins d'analyse n'a aucun effet sur les intérêts protégés. L'individu ne cède pas son droit sur les informations. Au contraire, l'aliénation du tissu a précisément pour but de mettre en oeuvre ce droit. Elle permet au patient l'accès à ces données, restées secrètes sans cela. Contrairement à la propriété qui change de main, les informations auxquelles donne accès l'analyse ne sont pas cédées. Le patient n'y renonce pas, mais cherche précisément à ce qu'elles lui soient révélées, donc "retournées".

Le patient reste en outre maître de l'information à quelque moment que ce soit. Il est en mesure de demander à ce que les données soient déchiffrées ou non, à ce qu'elles lui soient communiquées ou pas et enfin à ce qu'elles soient transmises à des tiers ou gardées secrètes. Les informations parvenues au médecin par la voie de l'analyse et qu'il a pour mission de rapporter à son patient ne quittent jamais la sphère d'intérêt de ce dernier. Il en reste titulaire tout au long du processus. La maîtrise du médecin n'est que de fait. A ce titre, l'individu peut exiger la divulgation des données aussi bien que leur destruction. Sa liberté est totale.

En conclusion, il ne fait aucun doute que le droit de la personnalité dont est investi l'échantillon non seulement subsiste, mais encore ne change pas de titulaire.

3. Conclusion

L'analyse génétique ne porte pas atteinte au droit de la personnalité du patient. Si elle a lieu dans les conditions requises, elle se déroule dans le respect de l'article 27, al. 2, CC. En outre, dans cette configuration, le droit à la vie privée suffit à protéger les intérêts en cause. Il s'agit en effet uniquement d'assurer que les informations divulguées par le patient au généticien restent confidentielles, ce que permet précisément la protection de la sphère privée. Le recours au droit à l'image est donc inutile dans cette hypothèse.

B. La protection externe de la personnalité

L'individu peut toujours consentir à une atteinte à son droit de la personnalité. En ce sens, les principes posés par l'article 119, al. 2, *litt. f*, Cst. s'imposent d'eux-mêmes dans une optique de protection de la personnalité. Dans la mesure où l'information génétique appartient effectivement à la sphère privée, il est évident que l'individu doit consentir à ce que son patrimoine génétique soit analysé et enregistré, et que les données qui en découlent soient révélées. En ce sens, comme le précise le rapport relatif à la LAGH, la disposition constitutionnelle «renforce la protection de la personnalité dans le domaine de l'analyse génétique humaine⁶⁷».

Le consentement, au sens de la disposition constitutionnelle, vise en premier lieu l'analyse, concept que nous avons défini plus haut⁶⁸. Il doit concerner également l'enregistrement d'informations génétiques, lequel représente «chaque consignation par écrit d'analyses et de leurs résultats jusqu'à leur archivage⁶⁹».

Dans le cadre de notre étude, nous allons nous intéresser à un type d'atteinte bien défini, celle qui surgissent, comme en matière de droit d'auteur, de la coexistence de droits portant sur des biens juridiques distincts, mais formant un tout complexe⁷⁰.

67 Rapport explicatif LAGH, p. 3.

68 Voir pp. 421-8 ci-dessus.

69 SCHWEIZER, No 91 ad 24^{novies} aCst.

70 HAFNER, p. 20.

Le matériel génétique, objet de la transaction, comporte un aspect physique qui lui permet d'être appréhendé par un droit réel. Il recèle cependant un ensemble de données, qui ressortent quant à elles du domaine de la personnalité. La difficulté découle de ce que les deux entités sont à la fois indépendantes et indissolublement liées. Matériellement, il est possible, une fois l'information nécessaire obtenue, de détruire l'ADN extrait du prélèvement. La donnée qu'a fourni l'analyse n'en est pas supprimée pour autant. En ce sens, information génétique et matériel génétique sont parfaitement indépendants. Cependant, n'importe quelle cellule somatique contient dans son noyau l'ensemble du génome de l'individu dont elle provient, et par là, la réponse à toutes les questions de génétique auxquelles l'individu peut être confronté. Sous cet angle, il est évident que les deux éléments sont liés l'un à l'autre de manière irrémédiable.

Tant que le titulaire de l'un des droits est également titulaire de l'autre droit, il n'y a pas matière à conflit. Les protections garanties aux titulaires peuvent, par contre, entrer en conflit dès le moment où le propriétaire de l'échantillon n'est plus le titulaire du droit de la personnalité. La possibilité d'exclure toute intervention extérieure que confère chacun des droits risque de s'exercer précisément à l'encontre du titulaire de l'autre droit, lorsque ce dernier souhaitera faire valoir les prétentions qui découlent de sa position.

Dans le cadre de l'analyse génétique, nous sommes en présence d'un transfert de propriété, supposé valable à tout point de vue, entre le patient et son médecin. L'échantillon prélevé sur l'individu est confié au praticien afin qu'il procède aux tests nécessaires à l'établissement d'un diagnostic.

Afin droit réel change de titulaire, la propriété de l'échantillon passe entre les mains de l'acquéreur. Cette propriété ne concerne pourtant que l'aspect physique de l'ADN, sa structure moléculaire, comme nous venons de le voir. Les données que le matériel génétique contient restent dans la sphère de maîtrise de leur premier titulaire.

Dans le cadre strict de l'analyse, seul l'article 27, al. 2, CC trouve application. Au stade cependant où l'échantillon est en possession du médecin, ce dernier est, de fait, susceptible d'en disposer à son gré. C'est pourquoi il est intéressant d'étendre la discussion au pouvoir de disposition du médecin, une fois l'analyse effectuée.

Il n'y a pas de solution toute faite dans une configuration de ce type. Au contraire, la démarche ne peut être que casuistique. Le droit de la personnalité du donneur ne l'emportera que si l'intérêt qu'il prétend défendre est essentiel, supérieur à la liberté de disposition du propriétaire. La résolution du conflit passe ainsi par une mise en balance des intérêts réciproques.

1. La conservation de l'échantillon par le généticien

Lorsque l'analyse génétique a eu lieu, les centres de génétique ont pour habitude de conserver les échantillons prélevés, dans l'attente d'une éventuelle requête ultérieure. L'individu pourrait être opposé à ce mode de procéder. Est-il habilité à demander la destruction des prélèvements?

A. LA PROTECTION ASSURÉE PAR LE DROIT DE LA PERSONNALITÉ

Le transfert de propriété a eu lieu. Le régime réel commande alors que toutes les prétentions de l'aliénateur soient éteintes, et que l'acquéreur jouisse de la libre disposition du bien.

La violation du droit réel du nouveau propriétaire résulte d'une pesée des intérêts. Les termes de l'opposition sont, d'une part, le droit du propriétaire de l'échantillon à la libre jouissance de son bien, d'autre part, le droit de l'individu à la protection de ses données personnelles. Si l'objet du litige est bel et bien l'échantillon, il est impossible d'ignorer que celui-ci contient des données de première importance pour la personne dont elles sont issues. C'est pourquoi la prise en compte de l'aspect immatériel s'impose. La maîtrise de l'échantillon implique la maîtrise des informations dont il est porteur.

Le résultat de la pesée des intérêts est prévisible: on ne saurait refuser à l'individu la protection de sa sphère intime, au nom de l'intérêt d'un médecin ou d'un chercheur de conserver un matériau de recherche.

Les règles relatives au consentement s'appliquent également en ce qui concerne le support de l'information, à savoir le matériel biologique. L'avant-projet de LAGH met à la charge du possesseur de l'échantillon l'obligation d'obtenir le consentement du patient pour toute réutilisation de l'échantillon (art. 17 AP LAGH). En termes juridiques, cette disposition accorde à l'ancien propriétaire un pouvoir de disposition au-delà du transfert et malgré ce dernier. Ce régime légal est synonyme d'une atteinte grave à la propriété du titulaire de l'échantillon.

Il n'est pas fait allusion à la simple conservation de matériel biologique. Elle est pourtant une forme de réutilisation. A ce titre, à notre avis, le raisonnement doit être le même. Devant l'impossibilité de s'assurer que les données génétiques, secrètes par nature, le resteront, le donneur doit pouvoir exiger la destruction du matériel qu'il a cédé au centre de génétique. L'atteinte à la propriété est grave, mais elle est justifiée, dans la mesure où il ne se trouve pas d'autre moyen de garantir le secret. Certes, la violation n'est que potentielle. Mais si le donneur s'oppose à la conservation de ses échantillons, il est en droit d'exiger qu'ils soient supprimés, quels que soient les motivations qui président à sa requête.

B. LA PROTECTION ASSURÉE PAR LA PROTECTION DES DONNÉES

La Loi sur la protection des données impose à chacun de traiter des données dans le respect des principes de base qu'elle définit⁷¹. Ces règles générales viennent limiter la marge de manoeuvre du praticien, en s'ajoutant aux restrictions découlant de la protection de la personnalité.

Avant d'entamer la discussion, une précision est nécessaire. Nous avons relevé plus haut qu'il ne s'imposait pas toujours d'assimiler l'échantillon à la donnée elle-même, ainsi que le propose le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe⁷². Dans l'hypothèse de la conservation, par contre, cette assimilation est nécessaire. En effet, le Centre de génétique qui conserve les échantillons a précisément les moyens de les analyser et d'en tirer, en tout temps, des informations qu'il exploitera à son profit. La protection doit donc être aménagée de manière à assurer la confidentialité des données extraites, comme de celles à extraire.

I. Le principe de la bonne foi

L'article 4, al. 2, LPD impose au généticien de traiter les données qui lui sont confiées dans le respect du principe de la bonne foi. Cette règle signifie notamment que le traitement des données doit répondre à un intérêt raisonnable. Dans le cadre de la conservation, plus particulièrement, le principe a pour conséquence que les informations ne peuvent être gardées indéfiniment sans que cela ne soit justifié par un but précis.

En pratique, si le praticien conserve les échantillons d'ADN et les données dans le but d'en faire bénéficier le patient, il le fait en conformité avec la LPD. C'est le cas notamment s'il conserve un échantillon de sang prélevé sur un enfant, dans le but d'éviter au patient le désagrément d'un nouveau prélèvement, au cas où les tests effectués sur la base du premier échantillon ne donneraient aucun résultat.

En l'absence d'un but légitime, par contre, les échantillons ne devraient pas être conservés au-delà d'une durée "raisonnable", à savoir plus longtemps que le suivi du patient ne le justifie.

II. Le principe de proportionnalité

L'article 4, al. 2, LPD impose au praticien de ne traiter que les données objectivement indispensables au but poursuivi.

Dans le cas qui nous occupe, cette règle interdit au médecin de conserver des informations qui sont sans lien avec la recherche de la pathologie génétique dont souffre le patient.

⁷¹ Voir pp. 233-6 ci-dessus.

⁷² Voir pp. 442-3 ci-dessus.

III. Le principe de finalité

Lorsqu'un prélèvement est effectué sur un patient venu se soumettre à une analyse génétique, la conservation de l'échantillon ne peut et ne doit servir que le but défini par le contrat médical. L'article 4, al. 3, LPD protège le patient contre toute modification ultérieure du but du traitement. Ainsi, si la conservation venait à servir un but propre au généticien et étranger au patient, ce dernier aurait la faculté d'exiger la destruction des données le concernant. Seul le consentement de l'individu permet la modification du but du traitement.

IV. La sécurité des données

L'article 7 LPD impose au généticien diverses obligations, toutes en relation avec la sécurité des données. En premier lieu, le praticien doit veiller à leur confidentialité: les informations doivent demeurer secrètes, ou accessibles seulement à un nombre restreint d'individus. Ensuite, la personne qui traite les données doit garantir leur intégrité. Ainsi, la conservation doit se faire de manière à éviter les risques de destruction, de perte, d'erreurs techniques, de falsification, de vol ou d'utilisation illicite.

V. Le droit d'opposition de l'individu

La législation fédérale fait défense à quiconque de traiter des données contre la volonté de la personne concernée (art. 12, al. 2, *litt. b*, LPD). Ainsi, la conservation des informations ne pourra se faire qu'avec l'accord du patient. Celui-ci garde en tout temps la maîtrise des données qui le concernent et n'a pas besoin de justifier d'un intérêt pour s'opposer à la conservation.

VI. La communication de données sensibles à des tiers

Dans le cadre de l'analyse génétique, les informations traitées sont toujours sensibles: elles sont en effet directement liées à la santé du patient. L'article 12, al. 2, *litt. c*, LPD interdit de manière générale la communication de données sensibles à des tiers. Ainsi, contrairement à la conservation, pour laquelle l'individu n'a qu'un droit d'opposition, la communication à des tiers est déclarée d'emblée illicite par la législation fédérale.

2. L'anonymisation de l'échantillon

L'avant-projet de LAGH exclut du champ d'application de la loi «les analyses génétiques humaines effectuées dans le cadre de projets de recherche médicale.»⁷³ Dans ce cadre, les échantillons sont anonymisés (art. 17, al. 2, AP LAGH). Le problème se pose donc sous un angle

⁷³ Rapport explicatif LAGH, p. 16.

différent. Il est intéressant par contre de se pencher sur la procédure d'anonymisation elle-même. L'individu est-il en mesure de l'exiger ou, au contraire, de s'y opposer?

Pour que la protection de la vie privée, comme de n'importe quel bien personnel, ait un sens, le lien doit pouvoir être établi entre l'entité investie de l'intérêt personnel et la personne dont elle provient. La disparition de ce rattachement s'accompagne de la sortie de la sphère d'intérêt.

C'est précisément le cas de l'anonymisation.

Lorsqu'un médecin choisit d'anonymiser des échantillons de matériel génétique pour les destiner à la recherche, il affecte le droit de la personnalité de l'individu concerné. L'anonymisation consacre la sortie définitive de l'échantillon de la sphère personnelle. Si toute clé d'identification est supprimée, le rattachement n'est simplement plus possible.

Or, la rupture du lien est possible, mais elle nécessite le consentement de l'individu, puisque, précisément, elle signifie la renonciation à l'élément investi d'une valeur personnelle. L'avant-projet de LAGH n'ignore pas le problème, puisque le texte de loi exige l'accord de l'individu pour une réutilisation de son matériel biologique destiné à être anonymisé.

Si la renonciation portait sur le bien personnel lui-même, elle serait illicite. Ici, comme pour une cession, l'individu ne se défait que d'un support matériel qu'il avait jusque là fait bénéficier d'un statut privilégié.

L'échantillon anonymisé avec l'accord de son ancien titulaire est alors déchu de la protection renforcée que lui conférait le droit de la personnalité. Il est dépouillé de tout intérêt de nature personnelle et ne répond dès lors qu'à des prétentions réelles.

L'anonymisation de l'échantillon entraîne également la perte de la protection assurée par la Loi sur la protection des données. N'est en effet qualifiée de donnée personnelle qu'une donnée qui a trait à une personne identifiée ou identifiable. Si le rattachement n'est plus possible, si l'échantillon n'est plus qu'un morceau de tissu sans lien, quel qu'il soit, avec un individu donné, la LPD ne s'applique plus.

3. La cession de l'échantillon par le médecin

Un médecin, ou une institution telle qu'un centre de génétique, en possession de matériel génétique, ou de simples informations découlant de l'analyse d'un tel matériel, peut être appelé à céder l'échantillon dont il dispose. L'échantillon lui-même ou les données seules suscitent en effet un intérêt croissant à deux égards. Une étude américaine rapporte que chacune des quatre cents entreprises de biotechnologie actives aux Etats-Unis utilisent du tissu humain dans le développement de leurs produits. Quant

aux unités de recherche universitaires qui conduisent des recherches biomédicales, la moitié d'entre elles font de même. En outre, le nombre d'échantillons utilisés par chacun des intervenants est extrêmement élevé; il se monte à plusieurs dizaines de milliers⁷⁴.

Les exemples pratiques ne manquent pas. Nous allons en retenir un, puis nous élaborerons notre discussion sur cette base.

Un médecin de New Delhi s'est vu proposer 20'000 dollars pour des échantillons de sang de deux patientes possédant un «dislocated gene», à savoir un gène qui a échangé sa place avec un autre sur un chromosome différent, gène responsable en l'occurrence d'une agénésie du canal de Muller, pathologie caractérisée par l'absence d'utérus⁷⁵.

En Inde, une offre de ce type n'est pas exceptionnelle. Ce pays cumule certaines qualités qui en font un lieu de prospection très couru par les chercheurs en génétique. L'Inde possède à la fois une population variée, des structures familiales étendues, et un taux élevé de mariages consanguins. En outre, la présence de 930 millions d'habitants permet de réunir un nombre important de patients affectés de pathologies congénitales rares. L'extension de la structure familiale habilite les chercheurs à retracer la transmission des gènes à caractère récessif. La présence concomitante de ces caractéristiques sociales a fait de ce pays «a geneticists' paradise⁷⁶».

Pour mener à bien la discussion, il importe de définir deux hypothèses bien distinctes. Dans la première, le médecin transmet des données accompagnées de l'identité de ses patientes. Dans la seconde, il fait disparaître toute trace de la personnalité des individus dont provient l'échantillon, en remettant à son interlocuteur une simple éprouvette de sang.

Le sang que renferme l'éprouvette est propriété du médecin. Ce dernier en a, à ce titre, la pleine et libre disposition. Il a en particulier la faculté d'aliéner la substance. Cependant, le tissu est également objet du droit de la personnalité de la patiente sur laquelle il a été prélevé. Source potentielle d'informations sensibles, il est couvert par la sphère intime de cette dernière.

Avant de passer à l'analyse juridique des prétentions en cause, précisons qu'au titre de la protection de la personnalité, seul l'article 28 CC pourra

⁷⁴ CURRAN, *N Engl J Med* 1991, Vol. 324 (14), p. 999.

⁷⁵ JAYARAMAN, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 13.

⁷⁶ MUDUR, *BMJ* 1996, Vol. 312, p. 464.

être invoqué. L'article 27 CC protège l'individu contre un engagement juridique qu'il a lui-même contracté et auquel il est, par conséquent, forcément partie. La cession d'un échantillon d'ADN par le médecin à un tiers n'implique pas, du moins pas contractuellement, l'individu qui a fourni le matériel génétique. Il n'est pas partie à l'acte et ne jouit, de ce fait, pas des garanties spécifiques que cette position lui aurait ouvertes. Par contre, une atteinte aux intérêts personnels qui habitent le prélèvement constitue une violation par les tiers, hypothèse couverte par l'article 28 CC.

A. LA CESSION DE L'ECHANTILLON IDENTIFIÉ

Aussi longtemps que le lien reste établi entre l'éprouvette de sang et l'identité de la patiente, la protection conférée par la personnalité doit impérativement subsister. Toute analyse du matériel génétique contenu dans les cellules sanguines donnera directement accès à des données de nature hautement personnelle, puisqu'elles concernent la santé de la femme chez qui le sang a été prélevé. La prise de connaissance des informations génétiques constitue ainsi une intrusion dans la sphère intime de l'individu et, si elle n'est pas couverte par le consentement de l'intéressée, une atteinte illicite à son droit de la personnalité⁷⁷.

Il n'est pas interdit au médecin d'aliéner le fruit du prélèvement. Pourtant, il lui faudra respecter une ligne de conduite définie. En premier lieu, ainsi que nous l'avons mentionné, le consentement de la patiente sera indispensable. Il confèrera à la divulgation qu'entraîne la cession la licéité qui lui ferait autrement défaut. L'exigence du consentement découle directement de l'article 119, al. 2, *litt. f*, Cst. Au sens de cette disposition le patrimoine génétique d'une personne ne peut être révélé qu'avec le consentement de celle-ci. Révéler signifie rendre des données personnelles accessibles à des tiers, en autoriser la consultation, les transmettre ou les diffuser⁷⁸.

Ensuite, même si le médecin a recueilli l'accord de ses patientes, il doit supporter le risque que ce consentement soit révoqué avant que l'atteinte ne soit effectivement réalisée. Si l'ordre juridique habilite l'individu à tolérer une atteinte à sa personnalité, il lui interdit de donner à son consentement un caractère irrévocable. Ainsi, si les patientes autorisent la divulgation des informations les concernant par la cession du matériel génétique, puis reviennent sur leur accord avant que le transfert de l'éprouvette ne soit effectif, le praticien sera contraint de se plier à cette expression de leur volonté et sera tenu de renoncer à l'aliénation prévue.

⁷⁷ ATF 119 II 222, JT 1994 I 598, 601.

⁷⁸ SCHWEIZER, No 91 ad 24^{novies} aCst.

Cette solution est également dictée par la Loi sur la protection des données. Nous savons que les informations en cause appartiennent à la catégorie des données dites sensibles⁷⁹. Or, l'article 12, al. 2, *litt. c*, LPD interdit au médecin de communiquer des informations de cette nature sans motif justificatif. Ce dernier peut être le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public, ainsi qu'une habilitation légale expresse (art. 13, al. 1, LPD). En l'espèce, en l'absence à la fois d'une règle légale autorisant la démarche ou de circonstances particulières permettant de conclure à la présence d'un intérêt prépondérant, seul le consentement de la patiente permettra de rendre licite la communication des données.

B. LA CESSION DE L'ECHANTILLON ANONYMISE

Ici, l'éprouvette, munie jusqu'alors d'une étiquette contenant les indications nécessaires à établir l'identité de la source, est dépouillée de tout procédé artificiel permettant d'établir publiquement l'appartenance.

Nous avons vu plus haut que la démarche consistant à anonymiser un échantillon requérait le consentement du patient, puisqu'elle comporte une renonciation à certaines prérogatives personnelles.

Au stade suivant, cependant, la situation est différente, et moins complexe que dans le cas précédent. En effet, les échantillons, dès leur anonymisation, sortent définitivement de la sphère privée des individus. La rupture du lien consacre la perte de tout intérêt de nature personnelle sur le matériel biologique.

En fin de compte, ne subsisteront sur l'éprouvette que les prérogatives réelles. Dans ces conditions, le médecin, devenu propriétaire au moment du transfert, est complètement libre d'en disposer.

La Loi sur la protection des données autorise également le transfert dans cette hypothèse. En effet, une donnée anonymisée n'est plus une donnée personnelle. Puisque n'est une donnée personnelle qu'une information qui se rapporte à une personne «identifiée ou identifiable» (art. 3, *litt. a*, LPD), une donnée anonymisée ne satisfait plus à cette définition. Elle n'est donc plus protégée par la Loi sur la protection des données et peut dès lors être librement communiquée.

C. CONCLUSION

Nous avons développé le raisonnement qui précède sur la base de la protection de la personnalité en général, sans s'attarder sur le bien de la personnalité impliqué. Cependant, l'ambivalence est nette. Lorsqu'il importe avant tout de réserver à l'individu une zone protégée, à l'abri de toute incursion extérieure, le droit à la vie privée joue parfaitement son

⁷⁹ Voir p. 233 ci-dessus.

rôle. Lorsqu'il s'agit par contre de renoncer à cette protection pour exploiter des éléments susceptibles de circuler, il faut faire appel au droit à l'image. Cette analogie non seulement facilite la circulation des éléments, mais permet de surcroît de reconnaître et de protéger d'éventuels intérêts patrimoniaux liés à l'exploitation de l'attribut personnel.

4. Le décès du patient

En cas de décès du patient, l'échantillon n'est plus investi d'intérêts de nature personnelle. La vie privée, dont il fallait impérativement assurer la protection, n'existe plus. Le sort de l'échantillon est alors guidé par les seules prérogatives personnelles. Les proches du défunt pourraient subir une atteinte du fait de la réutilisation des échantillons, alors même que le patient n'est plus là pour faire respecter le droit à la non-divulgence des données le concernant. Ces proches ont cependant à leur actif leurs propres droits de la personnalité. En invoquant la protection de leur propre sphère privée, ils se verront reconnaître des prérogatives suffisantes pour voir triompher leurs intérêts, dans la mesure bien sûr où ces derniers sont légitimes et ne doivent pas s'incliner devant un intérêt prépondérant.

IV. La qualification du contrat

Nous n'allons pas revenir ici sur la qualification du contrat qui lie le patient à son médecin. Il est admis qu'il s'agit d'un mandat, au sens des articles 394 sq. CO⁸⁰.

A. Le transfert du bien

La particularité du cas qui nous occupe est le transfert de propriété que comporte la convention. Une clause implicite prévoit la cession d'un échantillon de matériel biologique par le patient. Cette aliénation a lieu sans contre-partie de quelque sorte qu'elle soit. Elle est simplement indispensable à l'exécution du contrat.

Dans le chapitre précédent, confronté à un cas de figure semblable, nous avons opté pour l'existence d'un contrat distinct pour l'attribution de biens⁸¹. Nous avons décortiqué la procédure d'insémination avec donneur en un mandat et une donation mixte. Ici, pourtant, la solution est

⁸⁰ **AK-FELLMANN**, No 28 ad 394 CO; **ENGEL**, *Contrats de droit suisse*, p. 479; **GUHL/SCHNYDER**, p. 550; **HONSELL**, p. 289; **KSP-WEBER**, No 2 ad *Vorbemerkungen zu 394-406 CO*; **TERCIER**, *Partie spéciale*, Nos 2911-2.

⁸¹ Voir p. 411 ci-dessus.

différente. Nous ne retiendrons que le mandat. La raison en est la suivante. Le matériau transféré ne l'est pas pour lui-même, nous l'avons vu plus haut. Il n'a pas de valeur intrinsèque. Il est uniquement le moyen d'obtenir les informations nécessaires à l'exécution du mandat. Si le patient pouvait fournir ces indications par oral, le résultat serait le même. Dans le cas de l'IAD, par contre, la cession des gamètes a une valeur en soi. Les spermatozoïdes sont exploités pour eux-mêmes, pour les potentialités qu'ils recèlent.

B. Le caractère révocable de l'obligation

Le mandat est un acte juridique qui se prête à être résilié en tout temps. Il est ainsi en parfaite adéquation avec la réglementation du droit de la personnalité, qui impose le caractère révocable de l'obligation.

Le droit de révocation permanente offert à l'individu est renforcé par la réglementation que prévoit l'avant-projet de LAGH. Le principe y est affirmé que toute analyse ne se fait qu'avec le consentement de la personne concernée (art. 4 AP LAGH). En outre, c'est également au patient de prendre les décisions qui conduiront du conseil au test, du test à la connaissance des résultats, et de l'information à la prise de décision quant à la suite à y donner (art. 15 LAGH). Ainsi, il apparaît clairement que le patient garde en permanence la maîtrise de l'information. Dès lors, l'engagement en soi ne met pas en péril le bien de la personnalité impliqué.

En conclusion, nous admettrons ici avoir affaire à un contrat médical classique, sans qu'il soit nécessaire de le doubler d'une convention indépendante réglementant les aspects réels de l'accord.

§ 3 Conclusion

L'intervention du support matériel qu'est l'échantillon peut sembler compliquer à l'excès un schéma relativement simple. L'entier de la transaction est fondé sur la demande d'accès du patient aux données que contient son matériel génétique. Ainsi, le contact de l'individu avec son médecin ou un centre de génétique n'est-il motivé que par la mise en œuvre de son droit de la personnalité qu'est le droit à la vie privée. Par conséquent, les rapports qui lient les parties devraient être gouvernés par le seul régime personnel. Or, ce n'est pas le cas, ici, car la nature des données en jeu empêche leur communication autrement que par la remise d'un échantillon de tissu.

Cependant, le régime réel présente l'immense avantage de faciliter les échanges, lorsque l'intérêt personnel a disparu. S'il fallait ne retenir que la

solution personnelle, comme le souhaitent certains, la circulation des tissus en serait grandement entravée.

Nos solutions présentent, à notre avis, le double avantage de respecter les droits de la personnalité des personnes impliquées à leur juste mesure, ainsi que de favoriser la circulation des échantillons de tissu. Ce dernier point est crucial. La localisation du gène responsable d'une affection monogénique consomme à elle seule plusieurs dizaines de milliers d'échantillons. C'est pourquoi les chercheurs considèrent à l'heure actuelle que le facteur limitant, dans l'étude des pathologies génétiques, est la disponibilité des échantillons.

L'accès à ce matériau humain est essentiel pour la compréhension des pathologies et le développement des thérapies qu'elles rendent nécessaires. Or, ce progrès peut être freiné par la sacralisation des échantillons. Contrôler la destinée à la fois physique et informative de chaque prélèvement peut sembler à un individu l'aboutissement d'un processus de maîtrise de son identité, sa sphère intime et son autonomie⁸².

Pourtant, ce n'est pas là un but en soi. Il est inutile et dangereux de vouloir tout protéger. Assurer une protection extensive à tous les fragments de la personnalité, quels qu'ils soient et quelle que soit la valeur qu'ils ont aux yeux de l'individu, est techniquement impossible et juridiquement peu souhaitable. Il est essentiel de définir les priorités et de s'y tenir. La protection à tout va de ce qui porte l'empreinte profonde d'une individualité se fera au détriment des enjeux essentiels, des portions de la sphère privée qui nécessitent réellement cette protection.

⁸² KNOPPERS/LABERGE, *JAMA* 1995, Vol. 274 (22), p. 1807.

Conclusion

Une partie séparée du corps humain est une chose. A ce titre, elle est susceptible d'être objet d'un droit de propriété. Font exception à cette structure unitaire les gamètes d'une part, le matériel génétique d'autre part. Entités complexes, elles ne peuvent être appréhendées qu'en tenant compte de leur nature double. Elles se laissent rarement réduire à leur aspect matériel, mais lorsque tel est effectivement le cas, elles rejoignent le régime général.

Il est un résultat sur lequel nous souhaitons insister. A l'exception des deux catégories ci-dessus, une partie séparée n'est pas directement objet d'un droit de la personnalité, elle n'est pas un bien personnel. Elle peut être investie d'une valeur personnelle, à l'instar de n'importe quel objet de la vie courante. Dans ces circonstances, une atteinte qui lui est portée justifiera la réparation que commande le régime de la personnalité. Celle-ci ne sera cependant pas due en raison de la nature humaine de l'élément, mais uniquement sur la base de la violation du droit de la personnalité qui englobe la chose en question. Si la personne retire à cette partie détachée l'intérêt personnel qu'elle lui portait jusqu'alors, d'une part, aucun argument juridique relevant de la protection de la personnalité ne lui interdit de le faire, d'autre part l'élément corporel ne répond dès lors plus qu'aux règles de la propriété.

En entreprenant ce travail, nous étions guidée par une exigence qui surpassait toutes les autres: celle d'une solution crédible. Or qui dit crédibilité, dit cohérence. Il devait être possible et justifié d'imposer une cohérence à l'approche juridique du corps humain. Nous craignons avant tout de parvenir à un morcellement du statut des parties séparées, chaque catégorie de produits adoptant un régime distinct.

Au terme de notre étude, il nous semble avoir été fidèle à cette ligne directrice. Le régime n'est pas uniforme, il ne pouvait pas l'être. Pourtant, en identifiant avec précision la source du traitement marginal du gamète et du matériel génétique, nous avons légitimé leur soustraction à la solution générale. De surcroît, la mise en évidence des spécificités techniques qui présidaient à leur exclusion a permis à la fois d'évacuer les *a priori*

éthiques en ne fondant l'exception que sur des particularités objectivement constatées, et de rendre ces éléments indépendants de l'évolution incontrôlable autant qu'imprévisible des considérations d'ordre subjectif.

A différents égards, également, il nous tenait à coeur de respecter notre désir de crédibilité et de cohérence. En premier lieu, la compréhension de la systématique par les non juristes en est facilitée, lesquels sont souvent les premiers concernés parce qu'en prise directe avec la réalité. Il n'est pas concevable d'expliquer à un scientifique que sa faculté de disposer d'un échantillon de sang complet est plus restreinte que cette même faculté sur un concentré érythrocytaire, au motif que le premier comporte de l'ADN nucléaire, alors que le second en est dépourvu.

Inversément, il n'était pas souhaitable que le juriste ait à effectuer des distinctions reposant sur des données de nature biologique, allant au-delà des concepts de base saisissables par le commun des mortels. Nous n'aurions pas nous-même été en mesure de percevoir la portée de toutes les informations techniques et, surtout, d'être garante de leur exactitude.

Ces quelques considérations mises à part, il est un enjeu de la circulation des parties du corps sur lequel nous souhaiterions revenir.

La gratuité est un choix de société, une option fondamentale. Il est vain, et hypocrite, de tenter de la justifier par des motifs d'ordre pseudo-juridique. C'est un choix, et il faut l'assumer.

Il est faux, objectivement faux, de prétendre que le sperme ou le sang est "naturellement" extrapatrimonial. Si des sociétés privées américaines ont été en mesure de mettre sur pied une véritable industrie des gamètes, elles ont forcément tiré parti de l'aspect patrimonial de ces cellules.

C'est pourquoi il appartient au législateur ou au constituant de dire clairement qu'un élément corporel est susceptible d'être aliéné ou non, et s'il l'est, de l'être à titre gratuit ou onéreux. Exprimer ce choix et l'assumer est la seule manière de le défendre efficacement. Il est facile de contrer des arguments prétendument juridiques par des arguments techniques, objectivement vérifiables. Une option fondamentale, une ligne de conduite, par contre, ne se justifie pas. Elle s'assume. On peut en débattre idéologiquement, mais sous l'angle de la technique juridique, elle est irréfutable. C'est pourquoi le législateur doit exprimer en termes clairs les options fondamentales qu'il entend suivre, sans chercher à se retrancher derrière des concepts juridiques vagues, utilisés souvent à mauvais escient. Ce procédé ne peut conduire qu'à des incertitudes, et par là, à des abus.

En outre, on ne peut se le cacher, l'enjeu pécuniaire est crucial. Les options sont délicates à définir parce que toujours ambivalentes. La vente des parties du corps est souvent considérée comme un asservissement du pauvre aux besoins de santé du riche. Pourtant, à l'inverse, on peut

considérer que le corps est une richesse comme une autre, l'interdiction d'exploiter cette richesse étant alors aussi oppressive qu'un asservissement. Ceci sans parler du paradoxe qui réside dans la prescription de la gratuité à un bout de la chaîne, alors qu'à l'autre bout les bénéficiaires engendrés se chiffrent en millions.

Le désir d'exclure le corps du marché est clairement dicté par les dangers que comporte une commercialisation abusive. La démarche risque pourtant de se heurter à la nécessité de se procurer du matériel humain et donc d'avoir une mesure incitative autre que l'amour désintéressé du prochain.

Pour conclure, il nous semble que le poids accordé à la personne dans l'ordre juridique nécessite un rééquilibrage. Elle est surprotégée, contre son gré parfois. Il faut savoir identifier quand la protection est superflue et quand elle est nécessaire.

Si un homme souhaite donner son sperme et se désintéresser complètement de ce qu'il en adviendra, pourquoi lui imposer de force une implication dans le processus? Si un patient atteint d'une maladie grave consent librement à céder un échantillon d'ADN à l'industrie pharmaceutique, pourquoi le lui interdire, ou imposer le caractère gratuit de son acte, alors que la découverte potentielle dont il est à l'origine est susceptible d'engendrer des retombées financières plus que conséquentes?

A force de vouloir contrôler, maîtriser chaque parcelle du corps humain détachée de l'organisme, on perd le sens des priorités. L'extension à l'infini de la sphère de protection personnelle se retournera contre ceux-là mêmes qui ont voulu sa réalisation. Il n'est pas viable de protéger de manière extensive la personne en son corps et, parallèlement, d'accorder ces mêmes garanties à chaque produit distrait de l'organisme. La démesure du concept conduira nécessairement à choisir entre l'un et l'autre. Le risque est grand que, dans l'inattention générale accordée à la personne, inattention directement provoquée par la focalisation des préoccupations sur les produits de son corps, on perde de vue ce qu'il importe réellement de protéger, à savoir l'être humain.

Bibliographie

ALBERTS BRUCE/BRAY DENNIS/LEWIS JULIAN/RAFF MARTIN/ROBERTS KEITH/WATSON JAMES D., *Biologie moléculaire de la cellule*, traduit de l'américain par Nathalie Cartier, 3e éd., Paris, 1995 (cité ALBERTS).

ALNOT M. O./LANSAC J., Problèmes éthiques, *L'insémination artificielle*, Paris, 1991, p. 215.

Analyse génétique humaine et protection de la personnalité, Colloque international, Lausanne, 14 avril 1994, Zurich, 1994.

ANDREWS LORI B., My Body, My Property, *Hastings Center Report*, October 1986, p. 28.

ARANETA ET AL., HIV Transmission Through Donor Artificial Insemination, *JAMA* 1995, Vol. 273 (11), p. 854.

ARNOUX IRMA, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, 1995.

Article constitutionnel sur la médecine de la transplantation, Rapport explicatif et projet d'article 24^{decies} de la Constitution, Département Fédéral de l'Intérieur, Août 1996 (cité: Rapport explicatif 24^{decies}).

AUBY JEAN MARIE/DUCOS-ADER ROBERT, *Droit de l'information*, 2^e éd., Paris, 1982.

AUDIER JACQUES, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, 1979.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux*, Berne, 2000.

BAILEY JILL ET AL., *Nouvelle Encyclopédie Junior*, Paris, 1980.

BAKER DORIS J./PATERSON MARY A., Marketed sperm: use and regulation in the United States, *Fertility and Sterility* 1995, Vol. 63 (5), p. 947.

BAUD JEAN-PIERRE, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993.

BAUD JEAN-PIERRE, Présentation du corps en personne, *Cahiers médico-sociaux* 1995, vol. 39, p. 59.

BAUDOIN JEAN-LOUIS/LABRUSSE-RIOU CATHERINE, *Produire l'homme: de quel droit? étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, 1987.

BAUMANN JÜRGEN, Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?, Zum Urteil des BGH v. 28.11.1957, *NJW* 1958 II 2092.

BELLIVIER FLORENCE/BOUDOUARD-BRUNET LAURENCE, Les ressources génétiques et les concepts juridiques de patrimoine, *Le droit saisi par la biologie, Colloque sur la protection juridique de la personne face aux risques biotechnologiques, 11 juin 1987*, Paris, 1996.

BERGH PAUL A., Indecent proposal: \$5'000 is not "reasonable compensation" for oocyte donors — a reply, *Fertility and Sterility* 1999, Vol. 71 (1), p. 9.

BERNARD ALAIN, Le corps objet, objet du contrat, *Bioéthique et droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux*, Paris, 1988, p. 148.

BERNAT ERWIN R., *Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung*, Francfort, 1989.

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641 — 654 ZGB, 5^e éd., Berne, 1981.

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 1. Unterteilband: Inhalt des Vertrags/Mängel des Vertragsabschlusses, 1. Lieferung, Art. 19 — 20 OR, Berne, 1990.

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch — Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen — Der Fahrniskauf, Art. 184 — 215 OR, Berne, 1979.

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung. Die einzelnen

Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Berne, 1992.

BERTIN PHILIPPE, Un doigt de droit, deux doigts de bon sens..., *Gaz. Pal.* 1986/4, p. 96.

BERTIN PHILIPPE, Touche pas à mon dentier, *Gaz. Pal.*, 12 novembre 1985, p. 626.

BGB-, voir sous Bürgerliches Gesetzbuch.

BISCONTINI GUIDO (a cura di), *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, Napoli, 1994.

BK-, voir sous Berner Kommentar.

BORGHI MARCO/SPRUMONT DOMINIQUE, *La transplantation d'organes, Repères pour une législation fédérale*, Fribourg, 1995.

BRAHAMS DIANA, Who owns patients' data?, *Lancet* 1990, Vol. 335, p. 39.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Künstliche Fortpflanzung und Forschung am Embryo in vitro — Gedanken de lege ferenda, *RSJ* 1985, p. 381.

BRUNNER JOHANNES, Theorie und Praxis im Leichenrecht, *NJW* 1953 II 1173.

BUCHER ANDREAS, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e éd., Bâle, 1999.

BUCHER EUGEN, *Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere Die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit*, Thèse Zurich, 1956.

BUCHER EUGEN, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, *Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984*, Berne, 1985, p. 39.

BUCHLI-SCHNEIDER FRANZISKA, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Thèse Berne, 1987.

Bürgerliches Gesetzbuch, 58e éd., Band 7, München, 1999.

CADIET LOÏC, La notion d'information génétique en droit français, *La génétique humaine: de l'information à l'informatisation*, p. 41, Paris, 1992, p. 41.

CAMPBELL K.H.S./MC WHIR J./RITCHIE W.A./WILMUT I., Sheep cloned by nuclear transfer from a cultured cell line, *Nature* 1996, Vol. 380, p. 64.

CAPITANT HENRI (Travaux de l'Association), *Le corps humain et le droit (Journées Belges)*, Tome XXVI, 1975, Paris, 1977.

CASSANI URSULA, *La protection pénale du patrimoine, Autonomie et détermination par le droit civil*, Lausanne, 1988.

Cass. civ. 17 décembre 1954, JCP 1955, II, 8490, note Savatier

CATALA PIERRE, La "propriété" de l'information, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, 1985, p. 97.

CATALA PIERRE, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *RTDC* 1966, p. 185.

CAVIN PIERRE, *Traité de droit privé suisse, Tome VII, 1: La vente, L'échange, La donation*, Fribourg, 1978.

CHENAUX JEAN-LUC, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux, Etude de droit international privé comparé*, Thèse Lausanne, 1990.

CHEVROLET CHRISTIAN, *Les enjeux de l'éprouvette, Fécondation in vitro et insémination artificielle: un débat passionné*, Lausanne, 1992.

CLAVERT ANDRÉ, La Fédération française des CECOS, *L'heure du doute, Insémination artificielle: enjeux et problèmes éthiques*, Paris, 1994, p. 17.

CLAVIER JEAN-PIERRE, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Paris, 1998.

CLAYTON ET AL., Informed Consent for Genetic Research on Stored Tissue Samples, *JAMA* 1995, Vol. 274 (22), p. 1786.

CLÉMENT J. C., Aspect sociologique du don, *L'insémination artificielle*, Paris, 1991, p. 85.

CONSEIL D'ETAT, *De l'éthique au droit, Rapport de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat*, Paris, 1988.

Cour d'appel de Douai du 14.10.1983
JCP 1985.1.20365, note Xavier Labbé

CRAFT IAN, Should egg donors be paid? An "inconvenience allowance" would solve the egg shortage, *British Medical Journal* 1997, Vol. 314, p. 1400.

CURRAN WILLIAM J., Scientific and Commercial Development of Human Cell Lines, Issues of Property, Ethics, and Conflict of Interest, *N Engl J Med* 1991, Vol. 324 (14), p. 998.

DAVID G., L'expérience des C.E.C.O.S. (Centres d'étude et de conservation du sperme), *Procréation Artificielle, Génétique et Droit, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985*, Zurich, 1986, p. 65.

DE BOER A./OOSTERWIJK J.C./RIGTERS-ARIS C.A.E., Determination of a maximum number of artificial inseminations by donor children per sperm donor, *Fertility and Sterility* 1995, Vol. 63 (2), p. 419.

DECOCQ ANDRÉ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, 1960.

DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, *Personnes physiques et tutelle*, 3^e éd., Berne, 1995.

DESSEMONTET FRANÇOIS, Le droit à sa propre image: Droit de la personnalité ou droit à la publicité, *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle et Francfort, 1992, p. 41.

DEUTSCH ERWIN, Des Menschen Vater und Mutter, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, *NJW* 1986, p. 1971.

DE WERRA JACQUES, *Le droit à l'intégrité de l'oeuvre, Etude du droit d'auteur suisse dans une perspective de droit comparé*, Thèse Lausanne, 1997.

DICKSON DAVID, Whose genes are they anyway?, *Nature* 1996, Vol. 381, p. 11.

DIERKENS RAFAËL, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Gand, 1962.

DIJON XAVIER, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles, 1982.

DILLON THOMAS P., Source Compensation for Tissues and Cells Used in Biotechnical Research: Why a Source Shouldn't Share in the Profits, *Notre Dame Law Review* 64 (1989), pp 628-645.

DOLL PAUL-JULIEN, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Paris, 1970.

DRUEY JEAN NICOLAS, *Information als Gegenstand des Rechts, Entwurf einer Grundlegung*, Zurich, 1995.

DUKEMINIER JESSE, Supplying Organs for Transplantation, *Michigan Law Review* 68 (1969-70), p. 811.

EDDE JEAN-LOUIS, *Les droits extra-patrimoniaux relatifs au corps humain*, Thèse Paris, 1954.

EDELMAN BERNARD, L'homme aux cellules d'or, *Recueil Dalloz* 1989, Chronique XXXIV, p. 225.

EDELMAN BERNARD/HERMITTE MARIE-ANGÈLE, *L'homme, la nature et le droit*, Paris, 1988.

EICHHDLZ JÜRGEN, Die Transplantation von Leichteilen aus zivilrechtlicher Sicht, *NJW* 1968 II 2272.

ENGEL PIERRE, *Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, 2^e éd., Berne, 2000 (cité: ENGEL, *Contrats de droit suisse*).

ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne, 1997 (cité: ENGEL, *Traité des obligations*).

FABRE-MAGNAN MURIEL, Propriété, patrimoine et lien social, *RTDC* 1997, p. 583.

FÄTKENHEUER GERD, La collecte du sang, *Marchands de sang, un commerce dangereux*, Traduit de l'allemand par JEAN-BERNARD BILLETER, Lausanne, 1986, p. 11.

FEHR EMIL, Die rechtliche Ordnung der Elektrizitätsversorgung, *RDS* 46 (1927), p. 1a.

FISCHER JEAN-LOUIS, Les premières xénogreffes humaines, *Pour la science*, No 259 (1999), p. 12.

FORKEL HANS, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, *Juristenzeitung* 1974, p. 593.

FRANK RICHARD, *Die künstliche Fortpflanzung beim Menschen im geltenden und im künftigen Recht, Ein Beitrag zur Gesetzgebungsproblematik*, Zurich, 1989.

FRANK RICHARD, *Persönlichkeitsschutz heute*, Zurich, 1983.

GALLOUX JEAN-CHRISTOPHE, L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques, *Revue de droit sanitaire et social* 34/1998 (1), p. 1.

GALLOUX JEAN-CHRISTOPHE, *La distinction entre la personne et la chose, Nouvelles technologies et propriété, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal, 1991, p. 213.

GALLOUX JEAN-CHRISTOPHE, *De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant*, *RRJ* 1989, p. 521.

GARNIER MARCEL/DELAMARE VALERY ET AL., *Dictionnaire des termes de médecine*, 24^e éd., Paris, 1995.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./TERCIER PIERRE, *La partie générale du droit des obligations*, Tomes I et II, 2^{ème} éd., Zurich, 1982.

GIESEN DIETER, *Geburt eines ungewollten Kindes - Wertverwirklichung oder Schadensereignis?, Zur Problematik einer Gerichtsentscheidung über die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden*, *FamRZ* 1970, p. 565.

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Cours donné à la Faculté de droit de Lausanne*, Lausanne, 1985.

GLASER HARRY, *Eigentumsrecht und Besitzschutz im Hinblick auf Energien*, Thèse Zurich, 1954.

GOBERT MICHELLE, *Réflexions sur les sources du droit et les «principes» d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution)*, *RTDC* 1992, p. 489.

GRAF VITZTHUM WOLFGANG, *La technologie génétique entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche*, *RRJ* 1986, p. 69.

GRIOT GUBERT, *Das Recht am eigenen Körper auf Grund des Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Thèse Zurich, 1921.

GROSSEN JACQUES-MICHEL, *Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse*, Tome II, 2, Fribourg, 1974.

GROSSEN JACQUES-MICHEL, *La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels)*, *RDS* 1960 II 1a.

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9^e éd., Zurich, 2000 (cité: GUHL/...).

GUILLOD OLIVIER, *Tests génétiques et protection de la personnalité, Quelques réflexions, Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle et Francfort, 1992, p. 55.

GUILLOD OLIVIER, Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique. Aspects du droit de la personnalité. *SJ* 1986, p. 113.

GUINAND JEAN, Contrats passés avec les donneurs de semence. *Procréation Artificielle, Génétique et Droit, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985*, Zurich, 1986, p. 243.

GUINAND JEAN, Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique. Aspects contractuels, *SJ* 1986, p. 125.

HAFNER PETER, *Das Verhältnis urheberrechtlicher Befugnisse zum Eigentum am Werkexemplar*, Thèse Zurich, 1994.

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9^e éd., 1. Band, Münster, 1993.

HARDIMAN ROY, Toward the Right of Commerciality: recognizing property rights in the commercial value of human tissue, *UCLA Law Review* 34 (1986), p. 207.

HARICHAUX MICHÈLE, *La protection des libertés et droits corporels. Préparation au CRFPA, Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 1995.

HARICHAUX MICHÈLE, Le corps objet, *Bioéthique et droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux*, Paris, 1988, p. 130.

HARICHAUX MICHÈLE, Rapport du groupe de travail n^o 2 sur le corps et les produits du corps, *Bioéthique et droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux*, Paris, 1988, p. 105.

HEGNAUER CYRIL, Künstliche Fortpflanzung und Vertrag, *Mélanges Paul Piotet, Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet Professeur à l'Université de Lausanne*, Berne, 1990, p. 67.

HEGNAUER CYRIL, Die familienrechtliche Problematik in der Schweiz. *Procréation Artificielle, Génétique et Droit, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985*, Zurich, 1986, p. 201.

HEGNAUER CYRIL, Gesetzgebung und Fortpflanzungsmedizin, *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zurich, 1984, p. 49.

HELDRICH ANDREAS, Schadenersatz bei fehlgeschlagener Familienplanung, *JuS* 1969, p. 455.

HENNAU-HUBLET CHRISTIANE, Le projet de Convention de Bioéthique du Conseil de l'Europe: l'espoir d'une protection élevée des droits de l'homme, *Revue de Droit de la Santé*, Septembre-Octobre 1995, n°1, p. 25.

HERMITTE MARIE-ANGÈLE, *Le Sang et le Droit, Essai sur la transfusion sanguine*, Paris, 1996.

HERMITTE MARIE-ANGÈLE, Le corps hors du commerce, hors du marché, *Archives de Philosophie du droit* 33, 1988, p. 322.

HÖFLING WOLFRAM, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin, Eine rechtsvergleichende Betrachtung, *RJB* 1996, p. 787.

HONSELL HEINRICH, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 5^e éd., Berne, 1999.

HOTZ KASPAR ERNST, *Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB*, Thèse Zurich, 1967.

JÄGGI PETER, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, *RDS* 1960 II 133a.

JALBERT P., Aspect génétique, *L'insémination artificielle*, Paris, 1991, p. 77.

JANIN CH., *RTDC* 1994, p. 934.

JOHNSON MARTIN H., Should egg donors be paid? The culture of unpaid and voluntary egg donation should be strengthened, *British Medical Journal* 1997, Vol. 314, p. 1401.

JORDAN ELKE/COLLINS FRANCIS S., A march of genetic maps, *Nature* 1996, Vol. 380, p. 111.

JOSSERAND LOUIS, La personne humaine dans le commerce juridique, *Dalloz*, Recueil hebdomadaire, 1932, no 1, Chronique.

Journée de droit de la santé 1995, Institut de droit de la santé, Neuchâtel.

KASER MAX, *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*, 2^e éd., Munich, 1971.

KASSIRER JEROME P./ROSENTHAL NADIA A., Should Human Cloning Research Be Off Limits, *N Engl J Med* 1998, Vol. 338 (13), p. 905.

KNOPPERS BARTHA M., L'appropriation du vivant: le matériel génétique humain, *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la

Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989, Montréal, 1991, p. 103.

KOHLER STEFAN, *Stand und Entwicklung im Gentechnikrecht, AJP/PJA 1998, p. 519.*

Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 1 — 529 ZGB, 2^e éd., Bâle et Francfort, 1996.

Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 — 359 ZGB, Bâle et Francfort, 1996.

Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457 — 977 ZGB, Art. 1 — 61 SchlT ZGB, Bâle et Francfort, 1998.

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Einleitung, Art. 1 — 10, Das Personenrecht, Art. 11 — 89, 2^e éd., Zurich, 1930.

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641 bis 729, 2^e éd., Zurich, 1977.

KSP-, voir sous *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht.*

LABBÉE XAVIER, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Lille, 1990.*

LABRUSSE-RIOU CATHERINE, *Biomédecine, bioéthique, biodroit? L'état du droit français, Bioéthique: de l'éthique au droit, du droit à l'éthique. Colloque international, Lausanne, 17-18 octobre 1996, Zurich, 1997, p. 9.*

LABRUSSE-RIOU CATHERINE, *Réflexions terminales, Colloque sur la protection juridique de la personne face aux risques biotechnologiques, 11 juin 1987.*

LANG RUEDI, *Das Folgerecht des bildenden Künstlers, Thèse Bâle, 1978.*

LAUFS ADOLF, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen — Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, JZ 1986, p. 769.*

LEGLER THOMAS, *Vie privée, image volée, La protection pénale de la personnalité contre les prises de vues, Berne, 1997.*

LE LANNOU D./SAINT POL P., *Recrutement et aspects biologiques, L'insémination artificielle, Paris, 1991, p. 71.*

- LETTERON ROSELINE, *Le droit de la procréation*, Paris, 1997.
- LIPPERT HANS-DIETER, Zur Zulässigkeit medizinischer Forschung an menschlichen Körpermaterialien, *Medizinrecht* 1997, p. 457.
- LIVER, *Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band: Sachenrecht, Erster Halbband*, Bâle, 1977.
- Loi sur la transplantation, Rapport explicatif sur le projet de loi, Décembre 1999, Département fédéral de l'intérieur (cité: Rapport explicatif LTransp).
- MACKAAY EJAN, La propriété est-elle en voie d'extinction?, *Nouvelles technologies et propriété, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal, 1991, p. 217.
- MADANI Z./PERRET, Aspects psychologiques, *L'insémination artificielle*, Paris, 1991, p. 82.
- MAHLSTEDT PATRICIA P./PROBASCO KRIS A., Sperm donors: their attitudes toward providing medical and psychosocial information for recipient couples and donor offspring, *Fertility and Sterility* 1991 (56), No 4, p. 747.
- MAIER JOACHIM, *Der Verkauf von Körperorganen: zur Sittenwidrigkeit von Übertragungsverträgen*, Heidelberg, 1991.
- MANAI DOMINIQUE, La personne et son corps: de la symbiose à la dissociation, *Personne, Société, Nature, La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVIIe siècle à l'écologie moderne*, Fribourg, 1996, p. 29.
- MANAI DOMINIQUE, Le droit civil saisi par la vie sans corps et par le corps sans vie, *Présence et Actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Genève, 1991, p. 205.
- MANDOFIA MARINA/BÜRGISSER MICHEL, Réflexions critiques sur le règlement genevois en matière de fécondation in vitro, *SJ* 1988, p. 177.
- MARTIN RAYMOND, Personne et sujet de droit, *RTDC* 1981, p. 785.
- MATTHEY BLAISE, *Droit et énergies nouvelles*, Lausanne, 1986.
- MAURER URS/VOGT NEDIM PETER, *Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz*, Bâle et Francfort, 1995.

MAZEN NOËL, *Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme, Bioéthique et droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux*, Paris, 1988, p. 194.

MELLIGER ALPHONS, *Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten*, Thèse Berne, 1929.

Message relatif à un article constitutionnel sur la médecine de la transplantation, FF 1997 III 613.

Message relatif à l'initiative populaire «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine)» et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III 197.

Message concernant un arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants, FF 1995 IV 945.

Message concernant l'initiative populaire "contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine", FF 1989 III 945-1169.

Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421.

Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO), FF 1982 II 661-720.

MEULDERS-KLEIN MARIE-THÉRÈSE, Conclusion de la première partie: Le statut juridique du corps humain à la recherche d'un compromis, *De la bioéthique au biodroit*, Paris, 1994, p. 73.

MOINE ISABELLE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, 1997.

MOLINARI PATRICK A., L'information génétique: reflet d'une image?, *La génétique humaine: de l'information à l'informatisation*, Paris, 1992, p. 3.

MOLINARI PATRICK A., Observations sur la production des théories juridiques: les images floues du droit à l'image, *Nouvelles technologies et propriété, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal, 1991, p. 11.

MONNIER GILLES, *Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média, Droit suisse de la personnalité, Aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure*, Thèse Lausanne, 1999.

MÜLLER HANSJAKOB, *Genetische Tests: praktische Aspekte, Analyse génétique humaine et protection de la personnalité, Colloque international, Lausanne, 14 avril 1994, Zurich, 1994, p. 9.*

MÜLLER MARKUS, *Staatshaftungsverfahren und Grundrechtsschutz, Zum Grundrechtsschutz im Staatshaftungsverfahren am Beispiel ärztlicher Behandlung in öffentlichen Spitälern; gleichzeitig eine Besprechung von BGE 2P.373/1994 vom 12. Februar 1996, recht 1996, p. 259.*

MÜLLER ROLF, *Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, Rechtliche Grundlagen und Grenzen, Berlin, 1997.*

NEIRINCK CLAIRE, *Conclusion à la seconde partie: Le droit à la recherche de ses catégories, De la bioéthique au biodroit, Paris, 1994, p. 151.*

NIGGLI MARCEL ALEXANDER, *Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach geltendem Recht und dem Entwurf 1991, Thèse Zurich, 1992.*

NERSON ROGER, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil, RTDC 1970, p. 661.*

NOONAN WILLIAM D., *Ownership of Biological Tissue, Journal of the Patent and Trademark Office Society 72 (1990), p. 109.*

Note du Prof. Perrot relative à l'arrêt de la prothèse dentaire RTDC 1985, p. 454.

Observation Nerson, Rubellin-Devichi quant à l'affaire Parpalaix RTDC 1984, p. 703

OLIVENNES F./HAZOUT A./FRYDMAN R., *Assistance médicale à la procréation, Paris, 1997.*

Ownership of human tissues and cells, Congress of the United States Office of Technology Assessment 1987.

PALANDT/HEINRICHS, BGB, 53ème éd., 1994.

PAUL DIANE B., *Tests génétiques: à qui profite le débat, La Recherche, N° 329, mars 2000, p. 86.*

PEDERSEN BJORN/NIELSEN ANDERS FAURSKOV/LAURITSEN JORGEN GLENN, *Psychosocial aspects of donor insemination, Sperm donors — their motivations and attitudes to artificial insemination, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica 1994 (73), p. 701.*

PEDRAZZINI MARIO M./OBERHOLZER NIKLAUS, *Grundriss des Personenrechts*, 4^e éd., Berne, 1993.

PIOTET DENIS, Quelques réflexions sur les limites juridiques du corps, *Cahiers médico-sociaux*, Vol. 39 No 1-1995, p. 69.

PORTMANN HUGO, *Rechtliche Probleme der Fernheizungsanlagen (Wärmelieferungsvertrag und Dauersicherung der Rechte des Wärmelieferanten und des Wärmeempfängers)*, Thèse Zurich, 1954.

POULLET YVES, Le fondement du droit à la protection des données nominatives: «propriétés ou libertés», *Nouvelles technologies et propriété, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal, 1991, p. 175.

Procréation artificielle, génétique et droit: colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, ISDC en collaboration avec l'ASSM, Zurich, 1986.

PÜTTNER GÜNTER/BRÜHL KLAUS, Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung - Zum Gesichtspunkt der Einwilligung Betroffener, *JZ* 1987, p. 529.

Rapport explicatif 24^{decies}, voir sous Article constitutionnel sur la médecine de la transplantation.

Rapport explicatif LTransp, voir sous Loi sur la transplantation.

Rapport explicatif de l'avant-projet relatif à une loi fédérale concernant l'analyse génétique humaine, Septembre 1998 (cité: Rapport explicatif LAGH).

REY HEINZ, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts. Band I*, Berne, 1991.

REY HEINZ, Perspektiven des Fernwärmelieferungsvertrages, *Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*, Zurich, 1988, p. 131. (cité: REY, *Innominatverträge*)

RIEGER HANS-JÜRGEN, "Verkauf" von Körperbestandteilen an die pharmazeutische Industrie, *Deutsche Medizinische Woche* 1978, p. 290.

RITTER K. PETER, Moore v. Regents Of The University of California: The Splenetic Debate Over Ownership Of Human Tissue, *Southwestern University Law Review* 21/1992, p. 1465.

ROBERT JACQUES, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, 1993.

ROBERTSON JOHN, Liberty, Identity and Human Cloning, *Texas Law Review* 76: 1371 (1998), p.1.

ROGUIN ERNEST, La Règle de droit, Etude de science juridique pure, Lausanne, 1889.

ROSSEL JEAN-EMMANUEL, L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, *Aspects du droit médical, Enseignement de 3e cycle de droit*, Fribourg, 1987, p. 59.

ROSSINELLI MICHEL, *Les libertés non écrites*, Lausanne, 1987.

ROSSINELLI MICHEL, Aspects constitutionnels des droits des patients, *Aspects du droit médical, Enseignement de 3e cycle de droit*, Fribourg 1987, p. 49.

SANDOZ SUZETTE, Liberté personnelle et procréation médicalement assistée: quelles limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel?, *RDS* 1995 1 453.

SAUER MARK V., Indecent proposal: \$5'000 is not "reasonable compensation" for oocyte donors, *Fertility and Sterility* 1999, Vol. 71 (1), p. 7.

SAUER MARK V., Should egg donors be paid? Exploitation or a woman's right? *British Medical Journal* 1997, Vol. 314, p. 1403.

SAVATIER RENÉ, De sanguine jus, *Recueil Dalloz* 1954, *Chronique XXV*, p. 141.

SCHAABER JÖRG, Le sang du Tiers-Monde, La campagne du BUKO et ses effets, *Marchands de sang, un commerce dangereux*, Traduit de l'allemand par JEAN-BERNARD BILLETER, Lausanne, 1986, p. 223.

SCHAEFFER RAYMOND, *La relativité d'Einstein aujourd'hui*, Paris, 1994.

SCHAUMANN CLAUDIA, *Die heterologe künstliche Insemination, Verhältnis zwischen Samenspender und Samenvermittler*, Fribourg, 1991.

SCHMELCHER R., Eigentum an operativ entfernten Sachen oder Organteilen, *DMW* 1960, p. 2036.

SCHMIDLIN BRUNO, La personne individuelle: pierre angulaire du système du droit moderne, *Personne, Société, Nature, La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVIIe siècle à l'écologie moderne*, Fribourg, 1996.

SCHNORBUS YORK, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma, *JuS* 1994, p. 830.

SCHUENEMANN HERMANN, *Die Rechte am menschlichen Körper*, Frankfurt, 1985.

SCHWEIZER RAINER J./SALADIN PETER, *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Article 24novies*, Berne, 1996.

SCOTT RUSSELL, *Le corps notre propriété*, trad. de Mireille DAVIDOVICI, Paris, 1982.

SEELMANN KURT, Kein Diebstahl an Betäubungsmitteln möglich? BGE 122 IV 179 ff., *recht* 1997/1, p. 35.

SEEMANN BRUNO, *Prominenz als Eigentum, Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persönlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persönlichkeitsschutz*, Thèse Zurich, 1996.

SERIAUX ALAIN, La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *RTDC* 1994, p. 801.

STALDER LISA, «Don» de sperme via Internet, *Bon à Savoir* 1998, No 5, p. 22.

STAMM OTTO A., Biotechnologische Erfindungen, *Kernprobleme des Patentrechts, Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen eines eidgenössischen Patentgesetzes*, Berne, 1988.

STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels, Tome 1*, 3^e éd., Berne, 1997.

SWAIN MARGARET S./MARUSYK RANDY W., An Alternative To Property Rights in Human Tissue, *Hastings Center Report*, September/October 1990, p. 12.

TAUPITZ JOCHEN, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, *NJW* 1995, p. 745.

TAUPITZ JOCHEN, Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung, *JZ* 1992, p. 1089.

TAUPITZ JOCHEN, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper? - Zur Beteiligung des Patienten an der kommerziellen Nutzung seiner Körpersubstanzen, *AcP* 1991, p. 201.

TERCIER PIERRE, *La partie spéciale du Code des obligations*, Zurich, 1988 (cité: TERCIER, *Partie spéciale*).

TERCIER PIERRE, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich, 1984.

TERCIER PIERRE, *Contribution d'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse*, Fribourg, 1971.

The Genetic Privacy Act and Commentary, Boston, 1995 (<http://www-busph.bu.edu/Depts/HealthLaw/>).

THÉVENAZ ALAIN, *La protection contre soi-même, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC*, Thèse Lausanne, 1997.

THIAGARAJAN C.M./REDDY K.C./SHUNMUGASUNDARAM D./JAYACHANDRAN R./NAYAR P./THOMAS S./RAMACHANDRAN V., The Practice of Unconventional Renal Transplantation (UCRT) at a Single Centre in India, *Transplantation Proceedings* 1990, Vol. 22 (3), p. 912.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11^e éd., Zurich, 1995 (cité TUOR/SCHNYDER).

WAGNER ALLEN B., Human Tissue Research: Who Owns the Results?, *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 69 (1987), p. 329.

WAKAYAMA T./PERRY A.C.F./ZUCCOTTI M./JOHNSON K.R./YANAGIMACHI R., Full-term development of mice from enucleated oocytes injected with cumulus cell nuclei, *Nature* 1998, Vol. 394, p. 369.

WERRD FRANZ, *Le mandat et ses effets, Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, Analyse critique et comparative*, Fribourg, 1993.

WERRD FRANZ, La définition des biens de la personnalité: une prérogative du juge, *La protection de la personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contributions en l'honneur de PIERRE TERCIER pour ses cinquante ans*, Fribourg, 1993, p. 15.

WICHMANN BURKHARD, *Die rechtlichen Verhältnisse des menschlichen Körpers und der Teile, Sachen, die ihm entnommen, in ihn verbracht oder sonst mit ihm verbunden sind*, Thèse Düsseldorf, Berlin, 1995.

WILLEMIN VINCENT, Insémination artificielle avec donneur, Etude comparative des droits français, allemand et suisse, *Cahier de l'Institut de droit de la santé* N° 3, Neuchâtel, 1996.

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Article 32^{ter}*, Berne, 1992.

ZK, voir sous Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit de la personnalité: quelques éléments d'une analyse économique, *La protection de la personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses 50 ans*, Fribourg, 1993, p. 203.

ZUFFEREY-WERRO JEAN-BAPTISTE, *Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Etude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes moeurs en droit suisse des contrats*, Fribourg, 1988.