

REFLEXIONS JURIDIQUES SUR LE MATERIEL GENETIQUE DE L'HOMME

PAR

Noël MAZEN

Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne

Aux limites de la médecine et de la biologie est désormais la création de la vie ; chirurgie génétique, génie génétique, fivettes seront bientôt totalement passés dans les mœurs.

Le droit appréhende cette réalité de deux manières qui ne sont pas totalement étrangères :

— celle dont on débat depuis quelques années : jusqu'où peut-on aller trop loin ? Quelles barrières la société et donc le droit doivent-ils tenter d'imposer à la science ? ;

— l'autre qui consiste à s'interroger sur la base de cet univers génétique. la nature juridique du matériel génétique¹.

On entend par matériel génétique le support physique de l'information mais aussi l'information génétique propre à tout être vivant. Cette information constitue tant le patrimoine génétique hérité des parents et qui exprime le continuum de l'espèce ou génotype, que celui qui écrit l'individualité de chacun encore appelé phénotype ; l'ensemble s'inscrit dans un lot chromosomique dont le nombre est spécifique à chaque espèce. Il en ressort que le matériel génétique implique en même temps l'individu, sa famille et plus généralement l'espèce. Nous verrons qu'il en sera de même des produits directs du matériel génétique que sont embryons, placentas, fivettes...

1. L'expression est celle utilisée actuellement par les généticiens.

La recherche de la nature juridique du matériel génétique nous conduit aux confins de la *summa divisio* du droit civil, les deux grandes catégories des choses et des personnes².

Deux raisons rendent la réflexion difficile. La première procède 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 fertilité³. La seconde tient à ce que la notion de personne que l'on croyait bien définie a tendance à vaciller quelque peu ; les progrès de la science conduisent en effet à en remettre en cause les frontières : apparition de la vie, définition de la mort, possibilité d'intervenir sur les processus génétiques voire de créer la vie, tous domaines dans lesquels le droit, à part quelques préceptes élémentaires, reste étrangement discret. Cette matière est en général le lieu de polémiques entre spiritualistes et matérialistes⁴. Une approche de technique juridique ne pouvant qu'être positiviste, commandera deux questions : le matériel génétique et ses produits sont-ils une chose, objet d'appropriation ? Le matériel génétique et ses dérivés sont-ils des biens hors commerce ?

I. — LE MATERIEL GENETIQUE, OBJET D'APPROPRIATION

A) *Le matériel génétique ressortit au domaine des choses*

Le matériel génétique est formé de deux fibres complémentaires d'ADN qui constituent le support de l'information génétique ou, d'une manière plus précise, un ensemble d'informations qui, dans une situation spécifique, peuvent conduire à la multiplication des cellules et à la genèse d'un organisme nouveau⁵. Le matériel génétique se présente extérieurement sous un aspect corporel, tangible ; de par cette matérialité, qui est

2. Aurel David, *Structure de la personne humaine ; limite actuelle entre la personne et la chose*, éd. P.U.F., Paris, 1955, p. 19 : « Pour indiquer l'existence d'une personne originale et distincte de la matière classique, le Droit a dû découvrir un faisceau de propriétés définissant la structure personnelle ». Pierre Catala, « La transmission du patrimoine dans le Droit civil français », *R.T.D.Civ.*, 1966, p. 185 : « Il y a les êtres et les choses, les personnes et les biens, et les rapports juridiques qui s'établissent entre les uns et les autres ». Jean-Christophe Galloux, « L'information génétique entre choses et personnes », in *Le normal et le pathologique en question. Institut J.B. Dumay, Prospective et Santé Publique. Collège international de philosophie*, Le Creusot, 7-8 mars 1986, III, p. 18.

3. Keyserlink, « Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit », *Commission de réforme du droit du Canada*, Ottawa, 1980, p. 9 et s. Nerson, « Progrès scientifiques et droit familial », *Mélanges Ripert*, tome I, p. 421.

4. Voir à titre d'exemples : Georges Canguilhem, *La connaissance de la vie*, Hachette, Paris, 1952 ; Ernest Kahane, *La vie n'existe pas*, Editions de l'Union rationaliste, Paris 1962.

5. Volontairement nous n'entrerons pas ici dans le débat concernant l'origine et le point de départ de la vie, le concept même de vie étant trop soumis à controverses.

celle du support, il semble ressortir au domaine des choses ; d'ailleurs le progrès du génie génétique permet désormais la synthèse des gènes, la fabrication d'un ADN complémentaire à partir d'un ARN messager⁶.

Si le problème est relativement simple quant au support du matériel génétique, il n'en est pas de même de l'information qu'il véhicule. Celle-ci est la base de l'individu, en quelque sorte son code, son image biologique ; elle permet d'identifier la personne puisqu'aussi bien, hormis les jumeaux homozygotes, deux êtres humains ne peuvent présenter la même définition génétique. L'information génétique est étroitement liée à la personne et représente en même temps le point de départ de la vie ; certains diront qu'il s'agit d'un message vivant.

L'information sur le plan scientifique est un paramètre mesurable, une collection de données ; les juristes la considèrent comme un bien d'une nature particulière et bénéficiant d'une protection spécifique (brevets, marques, dessins, modèles...)⁷. Ainsi le potentiel génétique des plantes et des animaux est l'objet de nombreux textes tant en ce qui concerne la garantie et la qualité du produit que la sauvegarde des espèces ou la protection « des obtentions végétales »⁸. Doit-il en être différemment du potentiel génétique de l'homme ? Dans la mesure où il constitue la clef de la vie humaine, nombreux sont ceux qui ont tendance à le sacraliser. La majeure partie de la doctrine tente d'éluider le problème soit par des faux-fuyants comme l'utilisation de l'expression « forces génétiques » appliquée aux gamètes humaines⁹ qui, à notre sens, ne recouvre pas une réalité juridique tangible soit en proposant l'idée, séduisante au premier abord mais artificielle, d'une catégorie intermédiaire¹⁰.

A notre 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. En outre, rien ne permet d'affirmer que le matériel génétique humain est à ce point différent du matériel génétique animal, auquel nul ne contesterait la nature de choses, pour bénéficier d'une catégorie juridique différente. D'ailleurs, pourquoi octroyer un statut particulier aux cellules sexuelles alors que les simples cellules somatiques possèdent

6. Robert Teoule, « Les gènes artificiels », in *La Recherche*, n° 131, mars 1982, p. 340.

7. Michel Vivant, « A propos des biens informationnels », *S.J. Cahiers du droit de l'entreprise*, n° 14, 5 avril 1984, 14200 ; Royon Gassin, « Le droit pénal de l'informatique », *D.*, 1986, chron., p. 39 ; J. de Veze, « Le vol des biens informatiques », *J.C.P.*, 1985, I, 3210 ; J.L. Goutal, « La protection juridique du logiciel », *D.*, 1984, chron., p. 197.

8. Cf. Loi n° 70-480 du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales.

9. Gérard Cornu, *Droit Civil*, tome 2, *La Famille*, Précis Domat, n° 306 ; Catherine Labrusse, « Don et utilisation de sperme et d'ovocyte », *Actes du colloque « Procréation génétique et droit. 1985 »*, Ed. du Seuil, Paris.

10. Edgar Morin, *L'unité de l'homme*, tome 3, p. 280 : « Il faut bien se méfier de la tendance à considérer l'information comme une substance de même nature épistémologique que l'énergie ».

elles-mêmes un lot complet de gènes dont on sait maintenant qu'il est suffisant pour définir totalement le corps de l'individu¹¹.

Ainsi concluerons-nous que le matériel génétique est une chose¹²; bien plus, il est à notre sens un bien susceptible d'appropriation¹³.

N'est-ce pas naturel dès lors que l'image de la personne elle-même, bien qu'elle bénéficie d'une protection spécifique, est également considérée comme un bien objet de conventions ? Ne rejoint-on pas là l'ancien débat sur la nature du corps qui, simple mélange d'eau et de poussière, n'est rien d'autre qu'une chose faisant l'objet de protections diverses selon l'intimité, la régénéralité ou la nature de l'organe ou de l'élément¹⁴.

En ce qui concerne le cadavre des embryons et des fœtus, on se trouve face à un certain vide juridique. Le Code civil évoque seulement la nécessité de présenter l'enfant mort-né à l'officier d'état civil¹⁵; le Code pénal quant à lui applique au fœtus de sept mois les dispositions propres aux personnes, en instituant une véritable protection¹⁶. Qu'est-ce à dire ? A priori que l'embryon ou même le fœtus de moins de sept mois n'est pas une personne et que si son développement ne se poursuit pas « l'enfant sera réputé n'avoir jamais existé en tant qu'être humain »¹⁷. Certes, l'interruption de grossesse pratiquée sur un fœtus de quatre ou cinq mois exposera la mère à des poursuites pénales ; cela n'implique pas en droit positif qu'il s'agisse d'une personne mais seulement d'une chose protégée comme il en existe un certain nombre¹⁸. A notre sens, le fœtus est seulement objet de droit ; il ne devient sujet de droit que passé le

11. Les expériences effectuées depuis Jean Rostand en matière de parthénogénèse ont démontré qu'il était possible de régénérer un individu à partir d'une cellule somatique. Il est vrai que si l'expérience a été réalisée avec succès pour certaines espèces inférieures, elle ne l'a jamais été pour l'espèce humaine bien qu'elle soit en principe possible.

12. Voir en ce sens X. Labbé, « L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur », *Gaz. Pal.*, 1984, 2, p. 401 : « Si le corps humain est le support de la personnalité, il n'en est pas nécessairement le synonyme. On ne peut pas, en conséquence accorder aux organes et aux produits du corps humain la protection que l'on accorde aux personnes ». J.C. Galloux, *Le statut du matériel génétique*, thèse, Bordeaux, à soutenir en 1988.

13. On ne peut résister au plaisir de citer la vision étonnamment moderne de Josserand dès 1932 (« La personne humaine dans le commerce juridique », *D.H.*, 1932, chr. p. 1 et s.), « La personne humaine... voit s'atténuer le splendide isolement où l'avait laissé une longue évolution... elle se commercialise, elle se patrimonialise... ».

14. En d'autres termes, ne peut-on pas se demander si le concept de personne ne recouvre pas seulement un potentiel de protection ? Il est à noter que dans la Rome primitive, l'appropriation d'une chose se formulait « aio hanc rem meam esse » c'est-à-dire « je dis que cette chose fait partie de moi », Aurel David, *La cybernétique et l'humain*, Idées, NRF, 1965, p. 150.

15. Art. 82 du Code civil.

16. Effectivement le fœtus de sept mois bénéficie des protections édictées par les articles 302 du Code pénal (infanticide) et 312.3 du même Code (homicide involontaire, meurtre et coups mortels à mineurs de quinze ans).

17. Bertrand Louvel, « Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance », *G.P.*, 1984, I, doc., p. 4.

18. Ainsi en est-il des choses qui sont considérées comme appartenant au patrimoine national.

septième mois¹⁹ : alors il est un être humain bénéficiant des mêmes droits que les autres²⁰. Lui porter atteinte exposera le responsable à toutes les peines que le Code pénal édicte à l'encontre de ceux qui font subir des mauvais traitements, blessent ou tuent un enfant ; de même, en cas de décès, il devra être inhumé conformément aux prescriptions légales, faute de quoi la famille se verra appliquer les peines de l'article R. 40-7 du Code pénal.

Ainsi aurions-nous tendance à dire que, jusqu'à l'âge de sept mois, le fœtus est une chose dont la mère se trouve propriétaire et qu'ensuite il s'agit d'une personne que le droit considère comme tel ; il redevient une chose au cas où l'enfant ne naît pas viable et la famille pourra alors en disposer selon les lois en vigueur²¹. Le problème, on le sait, revêt un intérêt particulier dans la mesure où embryons et fœtus représentent une richesse très grande pour la fabrication de certains produits pharmaceutiques.

Le problème est plus complexe lorsqu'il s'agit d'embryons congelés souvent appelés fivettes ; effectivement, dans l'hypothèse de la fécondation in vitro et en raison de la difficulté de l'opération, on tente de féconder plusieurs œufs, un seul étant utilisé à la fois. En cas de réussite, on se trouve en présence des autres œufs fécondés et conservés par congélation. Si l'on poursuit notre raisonnement, il s'agit de choses dont la propriété appartient non plus à la mère mais au couple et dont celui-ci peut librement disposer soit pour une grossesse future soit pour en demander la destruction soit pour en faire don à tel ou tel institut scientifique pour des expériences²².

Allant plus loin dans la recherche, il est nécessaire de déterminer comment le matériel génétique peut s'intégrer dans les différentes classifications du droit, précisément de quel type de choses il s'agit.

19. Dans un avis du 22 mai 1984, le Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé a affirmé que l'embryon et le fœtus devaient être reconnus « comme une personne humaine potentielle ». Cette position, purement éthique, ne nous semble pas avoir de rôle à jouer en matière juridique. Voir cependant, dans le même sens, la Recommandation du Conseil de l'Europe relative à la protection juridique de l'enfant dès sa conception, adoptée le 24 septembre 1986.

20. Voir cependant sur les relations de l'embryon au concept de personne les intéressants développements et l'éclairage pluridisciplinaire donné par Edith Deleury : « La condition prénatale, la médecine et le droit » : *Travaux de l'association H. Capitant. Le corps humain et le droit*, tome XXVI, 1987, p. 57 et s. Voir également la position de J. Rubellin Devichi, « ... il serait beaucoup plus sage d'admettre que l'œuf fécondé n'est pas ab initio, une personne humaine à protéger en tant que telle ... » (« Les procréations assistées : état des questions », *R.T.D.Civ.*, 1987, p. 478).

21. Le principe de cette position peut être critiqué sur le plan philosophique ; en revanche, elle nous semble conforme au droit positif actuel.

22. Ainsi le Comité National d'Éthique recommande leur destruction au bout d'un délai d'un an ce qui nous semble en contradiction avec le caractère de « personne humaine potentielle » qu'il entend attribuer à l'embryon.

B) *Le matériel génétique, bien inné*

Le matériel génétique, tant qu'il est incorporé à un organisme vivant (animal, plante ou micro-organisme) suit le régime de celui-ci. On doit donc considérer que, dans certaines circonstances, le matériel génétique est approprié, alors que dans d'autres, il demeure une *res nullius*²³. L'appropriation par la personne d'un matériel génétique devient évidente à l'occasion des techniques du génie génétique, lors de la manipulation de clones ou de micro-organismes et ne se conteste plus quand le matériel se trouve modifié par ses soins²⁴. La nature du matériel génétique humain ne différant en rien de celle des matériels employés (qui sont même parfois humains), nous sommes naturellement conduits à en déduire que le matériel génétique propre à l'homme est lui aussi appropriable. Dans cette hypothèse particulière, il doit être qualifié de bien inné car il est approprié *ab initio* au profit de la personne au corps de laquelle il demeure intégré²⁵. On pourrait également avancer que l'information génétique humaine est commune à l'ensemble de l'espèce et donc tenter de lui imposer le statut de chose commune. Ce serait faire fi de la spécificité du matériel génétique de chaque individu et de sa capacité d'en disposer. En fait, si la plupart des séquences géniques sont communes à l'ensemble de l'espèce, il n'en reste pas moins que le génome individuel c'est-à-dire la combinaison de celles-ci lui est spécifique.

Ayant brièvement tenté de cerner le statut du matériel génétique et de ses produits, biens innés appropriés par l'homme, il convient maintenant de nous interroger sur les conventions dont ils peuvent être l'objet.

II. — LE MATERIEL GENETIQUE, OBJET DE COMMERCE

Pendant longtemps, toute autopsie et toute dissection de cadavre furent interdites tant était vive l'idée de la sacralité du corps. C'est très progressivement que les interventions se sont multipliées jusqu'à la loi sur les greffes d'organes qui, dans certaines conditions, fait présumer que le défunt, s'il n'a pas manifesté d'avis contraire, a accepté que ses organes soient utilisés pour une transplantation²⁶.

23. C'est notamment le cas de la plupart des micro-organismes « sauvages ».

24. On notera qu'un droit de propriété intellectuelle portant directement sur le matériel génétique est alors délivré à l'inventeur de séquences géniques ou de génomes nouveaux. Ex. : Le brevet français FR 80/00133 déposé le 29-8-1980, revendique la séquence nucléotidique (le gène) codant l'antigène de surface de l'hépatite B, outre le vecteur contenant ladite séquence et le procédé permettant son obtention, ainsi que l'antigène obtenu.

25. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 6^e éd., par Bartin, 1935, tome 2, p. 8 : « On a coutume d'appeler biens innés les objets qui se confondent avec l'existence même de la personne... ».

26. Cf. art. 2 de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

On entend souvent dire, et c'est à notre sens une erreur, que le matériel génétique et ses dérivés peuvent être considérés comme des biens abandonnés.

A) *Le matériel génétique peut-il être abandonné ?*

On peut se demander ce qu'il advient du matériel génétique lorsque l'homme décide de l'abandonner.

A notre sens, l'abandon ne peut concerner que des parties détachables, périphériques ou des organes non essentiels. Il est clair que les cheveux ou les ongles coupés chez le coiffeur ou la manucure sont des choses abandonnées sauf si l'intéressé a manifesté le désir de les garder. En est-il de même de tous les éléments détachables du corps ? Il ne le semble pas. S'il s'agit d'une amputation, le blessé ne souhaite pas en général conserver le membre malade : il est confié à l'établissement hospitalier pour être détruit : on peut dire qu'il y a mandat implicite, ce qui implique à notre sens qu'aucune utilisation du membre ou d'une partie du membre ne doit être faite sans autorisation préalable. Il en est pensons-nous de même du matériel génétique et de ces produits « génofacturés » tel le placenta, l'embryon et les fivettes.

Le placenta est une sorte d'annexe fœtale par laquelle se font les échanges entre le corps du fœtus et le sang de la mère²⁷ ; à la naissance, il est expulsé et était détruit jusqu'à ces dernières années. La recherche cosmétologique et pharmaceutique ayant permis de souligner les vertus de ce placenta, il est désormais utilisé dans la composition de nombreux produits. Aussi les établissements hospitaliers et cliniques d'accouchement le négocient-ils avec quelques entreprises pharmaceutiques sans d'ailleurs que la mère en soit informée, sous prétexte qu'il y a de sa part abandon²⁸. Nous avons souligné qu'il n'y avait pas abandon mais mandat en vue d'une destruction ; on pourrait également ajouter que le placenta, provenant d'un œuf fécondé, n'est pas un produit maternel et de ce fait, appartient à l'enfant ; on voit donc que l'accord des représentants légaux serait alors nécessaire.

Ainsi on le voit, le matériel génétique et ses produits peuvent être qualifiés de choses faisant l'objet d'une protection particulière mais en aucun cas ils ne sauraient être considérés comme abandonnés, ce qui cependant est actuellement le fondement du comportement de la plupart des institutions hospitalières et cliniques de maternité. Seul un don par

27. P. Beaconsfield et G. Birdwosa, « Le placenta », *Pour la science*, 1980, n° 36, p. 26.

28. Gérard Memeteau, « Le prélèvement à des fins thérapeutiques sur le fœtus de lege ferenda », *G.P.*, 1983, II, p. 321. Dominique Thouvenin, « Les principes juridiques impliqués par l'utilisation des tissus fœtaux », *L'Hôpital à Paris*, n° 88, juillet-août 1985, p. 35. J.P. Almeras, « L'utilisation des tissus fœtaux », *Le Concours Médical*, vol. 106-23 du 9 juin 1984, p. 2225 ; Michèle Laure Rassat, « Le statut juridique du placenta humain », *J.C.P.*, 1976, II, n° 2777, *Le Concours Médical*, vol. 106-12, du 22 mars 1986, p. 984.

le titulaire du droit de propriété permettrait de régulariser cette situation. Dès lors, le matériel génétique et ses dérivés, peuvent-ils être l'objet de conventions ?

B) *Le matériel génétique appartient-il aux choses hors commerce ?*

La doctrine dans sa quasi unanimité considère que « Le corps humain est hors commerce »²⁹. Qu'en est-il exactement ?

Selon le Doyen Carbonnier « Les choses qui ne sont pas dans le commerce (extra-commerciales) sont celles qu'un interdit prononcé par la société a retiré du domaine des opérations entre personnes privées »³⁰.

Ainsi sont hors du commerce les biens dont la loi prohibe toutes dispositions, soit en raison de l'immoralité des choses sur lesquelles ils portent soit en raison au contraire de la très grande valeur morale du bien, objet de transaction. Traditionnellement, en raison du caractère sacré de l'intégrité de la personne humaine, le corps humain est considéré comme se situant hors du commerce. N'est-ce pas là une position imprégnée d'une métaphysique que le droit positif récuse mais également une position qu'il n'est plus possible d'accepter aujourd'hui dans la mesure où les manipulations sur le corps humain et sur le patrimoine génétique se multiplient³⁰ ?

L'article 1128 du Code civil rappelle qu'« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ». Le terme commerce est utilisé dans un sens large ; il implique simplement que le bien peut ou non être l'objet de conventions, sans référence à quelque notion plus étroite de commercialisation³¹.

Continuer à prétendre que le corps humain ne peut faire l'objet de conventions est totalement inexact ; cela conduit en fait à exclure du droit tout ce qui porte atteinte d'une manière ou d'une autre à la personne humaine et ainsi à laisser régir ce domaine par un halo aux confins du droit, de l'éthique, de la déontologie et de l'arbitraire médical. L'avis du Comité consultatif national d'éthique en date du 23 février 1987 est à ce sujet très révélateur ; il considère que les produits d'origine humaine ne peuvent être ni achetés ni vendus³². Il prohibe toute utilisation cosmétologique des cellules humaines mais ajoute cependant que « si on devait l'admettre, on ne saurait tolérer que la personne en cause ne soit pas

29. Carbonnier, *Droit civil*, Thémis, Paris, tome IV, n° 25, p. 95 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome II, par P. Esmein, n° 171, Dierkens, *Le droit sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson, 1966.

30. Il est intéressant de noter que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 24 septembre 1986 un certain nombre de règles restreignant l'utilisation du matériel génétique et de ses dérivés et prohibant en particulier leur utilisation dans un but lucratif. Pour l'instant il ne semble pas que les différents Etats membres du Conseil de l'Europe se soient empressés de se prononcer en ce sens.

31. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 1983, tome II, n° 248.

32. Cf. J.Y.N., *Le Monde*, 24 février 1987.

clairement informée de la destination qui va être donnée aux cellules prélevées ». En réalité, et le Comité l'avoue, il hésite mais estime difficile d'admettre que le corps humain ou certains de ses démembrements puissent revêtir une valeur économique. Nous ne partageons pas ce point de vue purement éthique et refusons en outre de situer le présent débat sur ce plan puisqu'aussi bien notre démarche se veut de pure technique juridique³³ ; dès lors elle doit, par-delà les options morales, religieuses ou éthiques des uns ou des autres tenir compte tant de la logique interne que de l'autonomie du droit.

Or le corps humain de nos jours est fréquemment l'objet de conventions privées sans que l'on soulève l'illicéité de leur objet. Doit-on rappeler la très ancienne vente de lait³⁴, les dons d'organes, dons du sang ou dons du sperme³⁵ ? Ce sont désormais des pratiques courantes³⁶. D'aucuns ont tenté de les situer hors du commerce par l'adoption de la règle de la gratuité : il n'en est rien³⁷.

Qu'il s'agisse d'une vente ou d'un don, on se trouve bien en face d'un acte juridique. De la même manière, le Tribunal de Grande Instance de Créteil dans la célèbre affaire Corinne Parpalaix a reconnu la validité du dépôt portant sur les gamètes du mari défunt et corrélativement. l'obligation de lui restituer ce dépôt. Curieusement cependant la juridiction s'empresse de le situer hors du commerce juridique eu égard à l'intégrité de la personne, lui accordant une sorte de nature sui generis³⁸...

Il nous semble faux de prétendre que le corps humain dans son ensemble et plus particulièrement le matériel génétique soient indisponibles et extérieurs à toute convention juridique. Ils bénéficient tout au plus d'une protection spécifique par le biais de la cause qui rend l'acte illicite lorsque celle-ci se révèle contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs³⁹.

33. La valeur des avis du Comité National d'Éthique n'est pas sans poser de problèmes car il est difficile de proposer des règles qui recueillent le consensus en la matière ; en outre le domaine éthique n'a pas encore en France de réelle résonance et les positions prises, toujours confrontées au domaine juridique, donnent parfois une impression de malaise particulièrement en ce domaine et dans celui des embryons « personnes potentielles ».

34. Régie par les articles 170 à 175 du Code de la santé publique.

35. On notera que la Commission Warnoch admet non seulement le don d'ovule mais également le don d'embryon ; au contraire, en France, le Conseil National de l'Ordre des Médecins adopte une position inverse en ce qui concerne le don d'embryons (*Le Monde*, 21 octobre 1986).

36. C. Labrusse-Riou, « Don et utilisation de sperme et d'ovaires : le point de vue du juriste », in *Génétique, procréation et droit*, 1985.

37. Voir les développements de J. Rubellin Devichi. « Les procréations assistées : état des questions », *précité*, spécial, pp. 475 et 476.

38. T.G.I. de Créteil, 1^{er} ch., 1^{er} août 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, II, jur., p. 560, conclusions de M. Lesec. « Les règles du contrat de dépôt telles qu'elles sont définies par les art. 1915 et s. C. civ. ne peuvent s'appliquer à la présente espèce qui concerne non pas une chose tombant dans le « commerce » mais une sécrétion contenant le germe de la vie et destinée à la procréation d'un être humain ... Il apparaît que la convention du 7 décembre 1981 constituait un contrat spécifique comportant pour le C.E.C.O.S. obligation de conservation et de restitution au donneur, ou de remise à celle à qui le sperme était destinée. »

39. Cf. les développements extrêmement pertinents de Pascal Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personne : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse, Dijon, 1978, n° 200 et s. : « Ce que l'on veut dire,

Allant plus loin, on est en droit de s'interroger sur la gratuité imposée par certains en ce qui concerne le matériel génétique.

Cette gratuité n'est que relative. En effet, les établissements hospitaliers lorsqu'ils cèdent des placentas ou embryons à des laboratoires pharmaceutiques le font naturellement de manière onéreuse. Que l'argent ainsi collecté serve, ce qu'avancent de nombreux médecins, à l'amélioration des conditions de vie des malades est un autre problème. L'essentiel pour notre démonstration est qu'il y ait cession onéreuse même si de nombreux établissements se bornent, avec une certaine hypocrisie, à facturer les frais de stockage précédant la livraison et non la vente des produits en cause...

Le débat de la gratuité est extrêmement délicat et se pose avec acuité en ce qui concerne l'insémination artificielle. Les CECOS, sous l'impulsion rigoureuse du Professeur David, ont imposé le bénévolat pour les dons de sperme en prenant pour modèle le don du sang ; les CEFER de Marseille, au contraire, indemnisent le donneur ainsi que cela se fait dans un certain nombre de pays. Certes, il faut éviter de tomber dans le mercantilisme mais ne doit-on pas au moins indemniser le donneur du dérangement causé pour les examens multiples ? Il est en effet nécessaire de faire preuve de réalisme si l'on ne veut pas manquer de donneurs.

On remarquera que les paillettes de sperme congelées sont elles-mêmes cédées contre un prix à la femme qui se fait inséminer. Les CECOS affirment qu'ainsi ils ne font que demander la juste indemnisation du prix de revient de la conservation et de la manipulation du matériel génétique ; cet argument nous semble quelque peu factice et qu'en réalité la paillette fasse l'objet d'une cession onéreuse tout à fait classique⁴⁰.

Le danger, diront certains, est que la commercialisation du matériel génétique soit l'objet de dérapages et que le corps devenant une sorte de nouvelle richesse du pauvre, cela renforce l'aliénation des plus défavorisés. Ne s'agit-il pas d'un débat quelque peu dépassé et les craintes ainsi formulées pourraient être apaisées par l'édictation d'une réglementation suffisamment stricte ? N'est-il pas tout aussi dangereux que sous prétexte de bénévolat l'on refuse d'analyser avec lucidité la situation et que l'on laisse s'instaurer des pratiques plus ou moins clandestines et qui, en toute hypothèse, n'apporteront aucune réelle protection aux intéressés ?

Plutôt que de s'interroger sur la validité de conventions qui sont quotidiennement passées, il nous semble plus important d'insister sur l'indispensable transparence de ces conventions et la nécessité tant de l'information que de l'accord de ceux qui abandonnent ou font don de matériel génétique ou de dérivés du matériel génétique. Dans ce cadre,

lorsqu'on affirme que le corps humain est indisponible ou hors du commerce, c'est seulement en réalité que certaines atteintes particulièrement graves à l'intégrité physique sont contraires à l'ordre public ... Tout cela concerne plutôt l'immoralité des conventions qu'il n'illustre l'extrapatrimonialité de la personne humaine ».

40. Selon la réglementation en vigueur en 1986, le tarif de remboursement d'une paillette de sperme congelé par la Sécurité sociale est de 268 F.

il est essentiel de s'attacher à la finalisation de la cession : cela semble évident tant le matériel génétique implique étroitement la personne ⁴¹. On raisonnera par analogie avec la cession par l'individu de son image : accepter que celle-ci soit publiée dans tel journal à titre d'information n'autorise pas une utilisation publicitaire et encore moins politique. De même la cession du matériel génétique ou de ses dérivés en vue de leur destruction ou même en vue de leur utilisation aux fins d'expérimentation ne permet pas d'en user pour une insémination artificielle ou a fortiori une utilisation commerciale.

Les gamètes et les cellules somatiques humaines ne sont pas seulement l'objet des opérations juridiques les plus diverses, dons, ventes, dépôts, elles sont également utilisées par les laboratoires de recherche dans le cadre de recombinaisons génétiques à l'instar du matériel génétique animal ou végétal. Celles-ci bien évidemment ne sont pas désintéressées : il s'agit en général de créer des substances nouvelles à l'utilité médicale et commerciale évidente. Se pose alors le problème de la protection de ces créations et du rapport de celles-ci avec les droits de la personne sur son matériel génétique. Certains se bornent à introduire leur « marque » dans le génome de l'organisme considéré ; cette technique permet, sur le plan scientifique, de surveiller le comportement de la cellule modifiée ; en revanche « le marquage génétique semble (...) loin d'être l'arme idéale en matière de protection de la propriété industrielle » ⁴².

En outre, si la « marque » est facile à introduire, il n'est pas très compliqué de la faire disparaître pour réutiliser à son profit la cellule nouvelle...

C'est pourquoi certains laboratoires « préfèrent protéger leurs secrets de fabrication en déposant un pli cacheté auprès d'une société savante ou d'un notaire ou encore en confiant un pli renfermant un échantillon de la cellule transformée à l'Institut national de la protection industrielle ⁴³...

Ces méthodes sont extrêmement empiriques et dans l'ensemble peu satisfaisantes ; c'est pourquoi le juriste est inévitablement conduit à envisager la brevetabilité de ces matériels génétiques nouveaux. Ce n'est pas là une hérésie totale... De fait, le droit des brevets a connu dans ces dernières années une évolution rapide au niveau international ; bien qu'elle ne se retrouve pas entièrement dans le droit positif français, elle semble toutefois irréversible ⁴⁴.

Il doit être clair qu'aujourd'hui le vivant ne se trouve plus exclu du champ de la brevetabilité. La loi française des brevets ne pose elle-même que l'interdiction de breveter les races animales, les variétés végétales et les procédés essentiellement biologiques d'obtention des végétaux

41. Cf. *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Ontario, 1984, vol. 1, p. 87 et s.

42. E. Gordon, « Des molécules brevets », *Le Monde des affaires*, avril 1987, p. 22.

43. E. Gordon, *Ibid.*

44. E. Gordon, *ibid.*

ou des animaux⁴⁵. Il ne s'agit pas là d'une interdiction générale et absolue de breveter du matériel vivant, à moins d'y voir une invention contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ce que personne n'a a priori jamais soutenu. Les premiers êtres vivants à tomber sous le coup de brevets furent les micro-organismes : un bacille ou une bactérie modifiés grâce aux techniques de génie génétique sont brevetables *per se* aux Etats-Unis⁴⁶, ce que l'on savait peu ou prou depuis un siècle⁴⁷.

En dépit d'une réticence opiniâtre des doctrines européenne et française⁴⁸, l'Office européen des brevets s'est rangé à cette opinion, imité en cela par la plupart des offices de brevets accidentaux⁴⁹. Dès lors, un certain nombre de matériels allaient trouver ainsi une protection nouvelle : les séquences géniques, entre autres, étaient désormais brevetables comme simples molécules chimiques quel que soit l'individu dont elles provenaient⁵⁰, les cellules modifiées comme les hybridomes⁵¹ ou les organelles⁵².

Allant plus loin encore, les juridictions nord-américaines finissaient par admettre la brevetabilité des êtres vivants supérieurs ; ainsi en était-il

45. Art. 7 de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 telle que modifiée par la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978 ; ce texte précise lui-même qu'il ne s'applique pas « aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés ».

46. Cf. *Diamond v. Chakrabarty*, 16-6-1980, Cour Suprême des Etats-Unis, 206, *United States Patent Quarterly* 193 (1980). Contrairement à la position adoptée par l'Office des brevets et des marques des Etats-Unis la Cour estima que l'inventeur avait obtenu une nouvelle bactérie distincte des bactéries naturelles et susceptible d'une utilisation industrielle.

47. Ainsi Pasteur déposa ses premiers brevets sur des micro-organismes en 1873 (cf. Frederico, *Louis Pasteur's Patents*, vol. 86, *Science*, 1937, p. 327). De même, en 1969, la Cour suprême d'Allemagne fédérale admit le principe de la brevetabilité d'un procédé de sélection d'animaux tout en considérant en l'espèce que la reproductibilité était incertaine. (Aff. « Rote Taube », 7-3-1969 (*Bundesgerichtshof*, 1 IIC 136 1970). Voir sur le principe de la brevetabilité : J.C. Galloux, *La protection juridique de l'innovation génétique : une approche européenne*, thèse L.L.M. Institut Universitaire Européen, Florence, 1987-1988.

48. J.M. Mousseron, *Traité des brevets*, CEIPI et Librairies Techniques, 1984, n° 431 à 435, p. 450 et s. ; B. Edelman, « Vers une approche juridique du vivant », *D.*, 1980, chron., p. 329 et s. ; G. Bonet, « Le système de l'obtention végétale », in *Le droit du génie génétique végétal*, sous la direction de Marie-Angèle Hermitte, Librairies Techniques, Paris, 1987, p. 211 et s.

49. Voir particulièrement l'Allemagne, l'Australie, le Canada, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède ; cf. *Biotechnologie et protection par brevet. Une analyse internationale*, par F.K. Beier, R.S. Crespi et J. Straus, O.C.D.E., Paris, 1985, p. 52 et s. On notera que l'Autriche elle-même, après que la Division des Recours de l'Office des brevets autrichien ait refusé longuement d'admettre la brevetabilité des micro-organismes, a fini par l'accepter dans une loi du 27 juin 1986.

50. Cf. Rapport du comité d'experts sur les inventions biotechnologiques et la propriété industrielle, Genève 3-7 février 1986, Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle, UIPPI, p. 28.

51. Formation cellulaire hybride constituée par la fusion de cellules vivantes de provenances différentes.

52. Fraction de la cellule qui assume une fonction spécifique ; ainsi en est-il des chromosomes qui contiennent l'essentiel du matériel génétique.

des plantes qui cependant bénéficient du régime particulier de l'obtention végétale⁵³ et même des animaux⁵⁴...

Le droit européen, contenu dans la stricte limite des textes de la Convention de Munich⁵⁵ hésite encore à suivre cette voie, pressé cependant par les chercheurs et les industriels.

On pourrait, il est vrai, s'interroger sur l'opportunité d'inclure le vivant et surtout le vivant produit à partir de matériel génétique humain dans le droit des brevets ou bien d'envisager une protection spécifique comme cela avait été fait pour les obtentions végétales. Les arguments en faveur de cette dernière hypothèse ne pourraient être que du type de ceux utilisés pour justifier la Convention internationale de 1961. Or on sait que ceux-ci apparaissent aujourd'hui beaucoup moins prégnants⁵⁶ et qu'au contraire certains auteurs s'interrogent sur les dangers d'un système dual.

Nous ne sommes pas, et de loin, un spécialiste du droit des brevets. Il nous semble seulement que, de manière générale, il faille éviter la multiplication des systèmes de protection sous peine de voir se créer des conflits aux frontières de ceux-ci ; en outre, la souplesse acquise par le droit des brevets nous paraît a priori répondre aux nécessités actuelles de protection des créations à partir de matériel génétique. Des adaptations seraient sans doute nécessaires car, ainsi que l'a excellentement démontré un auteur⁵⁷, il faut éviter qu'une protection trop stricte ne conduise à des brevets « de barrage » qui pourraient aboutir à « un gel total du progrès dans ce domaine », voire accentuer la concentration et la multinationalisation dans un secteur où il est nécessaire de protéger en même temps la diversité génétique et l'incitation à la recherche.

Le développement du droit des brevets, qui ne distingue donc pas selon l'origine des matériels et des informations utilisés ou revendiqués, ne saurait entièrement résoudre la question des rapports de la personne et de son matériel génétique. Si le matériel humain est à l'heure actuelle incontestablement brevetable⁵⁸, la personne qui s'en est détachée peut-elle

53. Af. Hibbert, Cour Suprême des Etats-Unis, 18 sept. 1985, 227 *U.S.P.Q.* 443 (1985), voir Noël J. Byrne, « Patents for plants, seed and tissue culturcs », *I.I.C.*, vol. 17, 1986, p. 324.

54. Aff. *Abitibi*, Bureau des appels de l'Office des brevets du Canada, 18 mars 1982, 62 *C.P.R.* (2D) 81 (1982) : « si un des inventeurs crée un insecte nouveau et non évident qui n'a pas existé auparavant... et s'il peut le recréer de façon constante et à volonté et s'il est utile... alors il est tout autant un nouvel outil de l'homme qu'un micro-organisme ». Aff. *Allen*, Cour Suprême des Etats-Unis, 3 avril 1987, 2 *U.S.P.Q.*, 2d 1425.

55. Convention internationale de Munich.

56. E. Gutmann, « Les modalités de la protection des innovations dans le domaine de la création végétale. Le système du brevet et ses limites », in *Le droit du génie génétique végétal*, précité, p. 199.

57. Marie-Angèle Hermitte, Conclusions in *Le droit du génie génétique végétal* précité, p. 253.

58. Les réponses de l'Office Français des Brevets (I.N.P.I.) et de l'Office européen des brevets (O.E.B.) au questionnaire de l'Office mondial de la propriété industrielle (O.M.P.I.) sur les questions de la brevetabilité en matière biotechnologique, indiquent clairement que, dans la pratique, une séquence d'ADN, les organelles (plasmides ou cosmides), les hybridomes, fussent-ils d'origine humaine sont brevetables, (*Committee of Experts on biotechnological inven-*

revendiquer des droits en concurrence avec le chercheur qui aura déchiffré sur ces supports une séquence génétique ou l'aura recombinée au sein d'un organisme tiers ?

En effet, les chercheurs peuvent-ils se prévaloir d'un abandon de matériel humain pour se livrer à toutes les recherches sur l'information génétique et éventuellement les breveter ? En d'autres termes, le don ou l'abandon de matériel humain emporte-t-il renoncement à tous droits sur l'information encore inconnue qui y est inscrite ? Il semble bien que oui⁵⁹. Le contraire ne bloquerait-il pas la recherche en immobilisant toute possibilité de découverte ? En revanche, ne devrait-on pas alors faire jouer la volonté individuelle ? On peut en effet parfaitement concevoir une cession par laquelle la personne demanderait expressément que son matériel génétique ne fasse pas l'objet d'une exploitation commerciale mais soit seulement utilisé à des fins scientifiques ou même une convention prévoyant un partage des droits sur l'information découverte... On ne peut s'empêcher de faire là encore l'analogie avec l'image de l'individu pour laquelle entre le simple cliché et son exploitation commerciale se glisse un droit sur l'image.

On retrouve alors l'exigence de transparence et de maîtrise du matériel humain évoquée plus haut : elle nous semble fondamentale en ce domaine bien qu'elle soit pour l'heure presque totalement occultée tant les uns sont obnubilés par la nature personnelle du matériel génétique tandis que les autres le sont par sa brevetabilité.

En conclusion, face au génie génétique, le juriste doit faire preuve d'humilité et d'ingéniosité. Il doit accepter de remettre en cause les catégories anciennes, inadaptées et de prendre en compte les champs d'investigation nouveaux que la science lui impose. Il doit également ne pas se borner à des investigations purement théoriques et, de manière pragmatique, être attentif à certaines pratiques que d'aucuns voudraient situer hors du droit comme l'utilisation des placentas ou la réutilisation en vue de la recherche de cellules prélevées pour biopsies.

tions and industrial property, OMPI, 29 juin-3 juillet 1987, Genève, *Doc. Biot. CE/III/2* n° 41). Voir également : « La protection des inventions biotechnologiques par la propriété industrielle », *Rapport élaboré par le Bureau International OMPI Genève doc. biot. CE/II/2* 1986 ; Jacques Warcoï, « Les développements de la biotechnologie et les brevets d'invention », *Revue du droit de la propriété industrielle*, n° 1, octobre 1985, p. 2 ; F.K. Beier et J. Straus, « Le génie génétique et la propriété industrielle », *La propriété industrielle*, 1986, p. 485 (particulièrement sur le génie génétique et l'ordre public). Voir à titre d'exemple : brevet OEB EP n° 0020147 du 25 janvier 1984 qui revendique un vecteur de transfert ADN comprenant une séquence codant une pré-hormone de croissance humaine ; brevet US n° 4. 541 570 du 29 mai 1984 qui porte sur une lignée de cellules lymphoblastoïdes humaines...

59. Allen B. Wagner, « Human tissue research : who owns the results ? », *J.P.T.D.*, juin 1987, vol. 69, n° 6, p. 329.

La difficulté est double. D'une part, médecine et droit ont chacun « leur technique propre et leur morale pour autrui particulière »⁶⁰. D'autre part, notre société européenne se trouve confrontée à un conflit de valeurs qu'elle a du mal à assumer : les concepts de vie et de personne humaine s'effritent hors les limites de la métaphysique et, tandis que les anglo-saxons réagissent en donnant une importance plus grande à l'autonomie de la volonté dans la tradition de la « privacy », l'Europe continentale semble relativement désemparée car engluée dans la prévalence de l'intégrité de la personne.

60. Aurel David, *La cybernétique et l'humain*, N.R.F., Gallimard, 1965, p. 139.