

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CONGRÈS DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT -
2009, JOURNÉES SUISSES, 7-12 juin 2009

Auteur(s) : Jean-Louis BAUDOIN

Revue : *RDUS*, 2009-2010, volume 40, numéro 1-2

Pages : 365-381

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10455>

Page vide laissée intentionnellement.

**CONGRÈS DE L'ASSOCIATION
HENRI CAPITANT - 2009
JOURNÉES SUISSES
7-12 juin 2009**

par Jean-Louis BAUDOUIIN*

En septembre 1975, notre association tenait ses journées annuelles en Belgique sur le thème « Le corps humain et le droit ».

Lorsque, pour préparer ce rapport de synthèse, j'ai été conduit à relire les actes de cette rencontre, j'ai été frappé de constater combien beaucoup des interrogations du droit et des pistes de réflexion de l'éthique à quelque 34 années de distance restaient sinon identiques du moins fort semblables.

Certes, on ne s'interroge plus guère de nos jours (sauf dans quelques rares pays et pour des raisons essentiellement religieuses) sur les conséquences juridiques de l'insémination artificielle hétérologue. Par contre, les applications médicales de la génétique qui, à l'époque, en étaient à leurs débuts, ont pris une place importante dans notre réflexion collective. Par contre aussi, la définition du statut juridique du corps humain et la tendance à sa patrimonialisation et à sa commercialisation sont aujourd'hui, comme ils étaient alors, d'importants sujets de préoccupation.

*
* *

* . Avocat conseil, Fasken Martineau DuMoulin et professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Faire la synthèse d'une matière aussi diversifiée et aussi riche que celle que nous avons examinée et discutée au cours de ces quatre jours de travail, relève sinon de l'inconscience du moins de l'audace. Je sollicite donc d'avance votre indulgence pour les propos qui vont suivre.

La difficulté de faire cette synthèse tient à deux facteurs. Le premier est le regroupement contraint mais nécessaire, à l'intérieur d'un même thème de quatre sujets fort différents les uns des autres. Ceux-ci, en effet, n'ont entre eux que des liens très flous et la recherche de points communs ou de certaines lignes de force universelles comporte le risque de conférer à mes propos un certain parfum d'artificialité.

Le second facteur est que l'enseignement du droit et son éclairage sur l'ensemble de ces problèmes et même son rôle sont encore incomplets, relatifs et mal définis. La science juridique, dans un cadre conceptuel plus large, est souvent reléguée en droit de la santé à un rôle de simple épiphénomène. Les questions posées par le droit de la santé à notre époque et l'examen critique des conflits, controverses et parfois même des énigmes qu'elles soulèvent, relèvent en toute priorité du domaine de la philosophie et de l'éthique et non du droit. Ainsi, j'ai été particulièrement frappé de la chose lors de nos discussions et à la lecture de cette partie des rapports sur le statut juridique de l'embryon. Si, dans plusieurs pays, le droit prévoit une réglementation et en général ne reconnaît la personnalité qu'à la naissance, il évite toutefois toujours de trancher la véritable question philosophique de son statut. La loi ou parfois la jurisprudence édictent des règles souvent issues d'un compromis politique et utilitariste parfois contestable, tout en abandonnant au philosophe et à l'éthicien le soin d'évaluer et de juger les questions fondamentales qui, normalement, devraient logiquement précéder et sous-tendre l'intervention du droit.

*

* *

Par contre, deux fils conducteurs, deux éléments ou deux axes de réflexion me sont apparus à la lecture des rapports et à l'écoute de nos discussions.

Le premier est la réappropriation par l'homme du contrôle sur son corps, gouvernance qui s'exerce à la fois sur la gestion de son existence mais aussi sur l'apprivoisement de sa mort.

L'Organisation mondiale de la santé (OMS) a proposé une définition très large de la notion de santé en la reliant directement au concept du bien-être global de la personne. Or, être maître de son corps c'est se donner la possibilité d'atteindre ce bien-être physique et moral, mais selon ses propres critères et ses propres exigences puisque, bien évidemment, le bien-être de chacun, les conditions minimales de vie étant acquises, demeure toujours un choix et une vérité particulière et personnelle. La santé pour chacun d'entre nous, toute chose étant égale, est donc un concept essentiellement subjectif dont la satisfaction dépend en grande partie de la volonté individuelle et n'est plus laissée aux seules contingences du hasard ou aux despotismes de nos sociétés. Au cours des récentes années, le droit de la santé a considérablement élargi le droit de regard et le contrôle de la personne humaine sur son sort et replacé la volonté individuelle au cœur du processus de décision.

Le second fil conducteur est d'un tout autre ordre. Le droit de la santé moderne est aussi en quête de moyens d'assurer une distribution plus équitable des soins tant sur le plan national qu'international. Il ne s'agit plus simplement de permettre à l'homme de s'épanouir en lui donnant un contrôle accru sur son corps, mais plutôt de répondre à une inquiétude et à une sollicitation universelle devant les différences scandaleuses qui séparent par exemple, sur ce point, comme sur bien d'autres, les pays riches et les pays pauvres. Dans cette hypothèse, la mission du droit comme régulateur social n'est plus égocentriste, mais altruiste. La santé est vue comme une valeur globale. C'est la collectivité, donc l'ensemble de l'humanité qui en est la référence obligée et qui doit s'en trouver mobilisé. Le droit doit désormais

s'efforcer d'assurer une distribution équitable de ressources sanitaires au niveau mondial et tenter ainsi d'effacer ou au moins de réduire les inégalités choquantes à l'ère de la mondialisation des rapports humains, même si, parfois, pour le faire il doit enlever à la personne une partie de la gouvernance de son propre corps.

Tels sont, à mon avis, les deux aspects nouveaux du droit de la santé moderne qui ressortent de ces Journées. Ils peuvent paraître contradictoires à première vue puisque l'un est empreint d'individualisme, sinon d'égoïsme parce que tourné vers l'individu, alors que l'autre est, au contraire, résolument porteur d'altruisme et tourné vers la collectivité humaine.

C'est donc en tenant compte de ces deux aspects que je me permettrai de vous présenter maintenant les quelques réflexions que m'ont inspirées ces Journées.

*
* *

Le principe général de l'autonomie individuelle comme conséquence directe du droit à l'autodétermination sur son corps est probablement l'une des plus grandes conquêtes de l'individu sur sa destinée.

Pendant longtemps, le corps de l'homme ne lui appartenait pas vraiment pour des raisons culturelles, sociologiques, et surtout religieuses. Le corps était, en effet, considéré comme le réceptacle mortel de l'âme qui, elle immortelle, devait être rendue à Dieu. Dès lors, il lui était difficile, sinon impossible, d'exercer un libre pouvoir sur celui-ci, car disposer de son corps, c'était aussi, dans une certaine mesure, disposer de son âme. L'homme était dépossédé de son corps par volonté divine.

Rappelons, à titre de simple illustration, qu'il y a à peine quelques siècles, celui qui se suicidait était privé de sépulture religieuse et que dans certaines civilisations, on faisait même un

procès à son cadavre. Plus près de nous, n'oublions pas que, jusqu'à récemment et encore à l'heure actuelle dans certains cas, la médecine traditionnelle faisait peu de cas des désirs et vœux du patient relatifs à l'administration du traitement médical. L'acharnement thérapeutique favorisé par une relation dominante du médecin envers son patient lui ôtait le pouvoir de contrôler son corps, donc sa vie, sa santé et même sa mort.

Les choses ont effectivement changé. La laïcisation croissante des rapports humains, la reconnaissance par les tribunaux de l'importance des droits individuels, la protection accordée au principe de l'autodétermination par les textes législatifs internationaux (Oviedo) et nationaux, et l'émergence de la notion jurisprudentielle de consentement libre et éclairé ont encouragé cette transformation et contribué à donner à la personne humaine une maîtrise sur son corps et, partant, un pouvoir décisionnel sur sa destinée.

Ce pouvoir n'est cependant pas absolu et si la personne humaine a la maîtrise sur son corps, elle n'en a pas pour autant la pleine propriété. Il est d'abord limité par l'ordre public qui définit, selon chaque pays, les limites de l'acceptable. Ensuite, par le principe de la dignité de la personne humaine auquel, même sur son propre corps, l'individu ne peut contrevenir. La dignité humaine n'est pas seulement une valeur individuelle. Elle est aussi une valeur collective. Attaquer celle-ci, c'est enfreindre le caractère sacralisé du corps. C'est en son nom qu'il y a quelques années, on a interdit ce spectacle dégradant du lancer du nain. Enfin, plus récemment en raison de l'émergence de la génétique, par l'impératif nouveau de la protection de l'intégrité de l'espèce, qui justifie l'interdiction du clonage non thérapeutique, de la création de chimères, de manipulations génétiques et aussi l'interdiction dans certains pays de breveter le vivant.

Le pouvoir de l'homme sur son corps a deux dimensions principales. La première se situe dans le cercle de la vie, la seconde dans celui de la mort.

S'agissant de la vie, les quelques constatations suivantes peuvent être faites.

La première est que tous les pays, sans exception, admettent désormais que l'individu puisse, dans certaines limites, disposer de son vivant des parties de son corps qui ne sont pas essentielles à sa survie. Dans ce sens, le corps, ou du moins ses parties, n'est plus envisagé seulement comme un sujet de droit, mais plus comme un objet de droit, objet cependant doté bien évidemment d'un statut particulier. La science a, en effet, progressivement démontré que désormais mon corps pouvait être utile à d'autres. Le corps fait plus que donner la vie, il la sauve parfois. Tous les pays réglementent donc les prélèvements pour les greffes d'organes tant sur l'être vivant que sur le cadavre. Dans cette dernière hypothèse, on distingue d'ailleurs une nette différence entre ceux qui favorisent la formule d'inclusion (il faut que l'individu ait librement consenti au prélèvement sur son cadavre pour que celui-ci soit autorisé) et ceux qui, au contraire, au nom de la solidarité collective présument de ce consentement en l'absence de directives contraires. L'Espagne qui, il y a déjà plusieurs années, a mis sur place un programme intégré de concertation psychologique et sociale avec les familles des donneurs a fait, à cet égard, œuvre de pionnière.

Ce contrôle s'exerce aussi sur les cellules reproductrices du corps humain. Le don de gamète, qui a pris beaucoup d'importance avec le développement de la procréation médicalement assistée soulève une série de questions éthiques importantes, se rapportant directement à la perpétuation et à l'intégrité de la race humaine. On sent d'ailleurs combien le droit reste perplexe et hésitant face à la légalisation de certaines pratiques et à la sollicitation toujours plus forte de satisfaire le désir d'enfant. Doit-on, par exemple, permettre l'insémination post-mortem? Est-il légitime de permettre un droit à l'enfant du mort? Doit-on, plus généralement, reconnaître un droit À l'enfant et légaliser ainsi toutes les techniques pour produire ce que Geneviève Délaissi de Parseval a appelé l'enfant prothèse, en occultant du même coup les droits DE l'enfant et en faisant éclater

le concept de la famille traditionnelle? Doit-on favoriser le diagnostic génétique préimplantatoire dans le seul but d'avoir l'enfant parfait qui satisfasse pleinement les désirs de ses parents? La sélection par diagnostic prénatal nous fait d'ailleurs courir le risque d'eugénisme. Demandez-vous si nous serions tous ici aujourd'hui, si l'homme de Néandertal avait disposé du diagnostic prénatal et de l'interruption volontaire de grossesse? Ce type de dilemme ne relève pas vraiment de la science juridique. L'interrogation et la solution de ces problèmes doivent être avant tout éthiques, philosophiques et sociologiques. Le droit peut tout juste espérer en prévenir certaines dérives.

En plus des organes et des cellules germinales, c'est aussi toutes les cellules humaines, avec le développement de la génétique qui sont porteuses d'espoir pour le traitement de certaines maladies. La controverse entourant à l'heure actuelle la collecte et l'utilisation des cellules souches en est une illustration. Peut-on permettre de breveter le vivant et créer ainsi un monopole d'utilisation? Peut-on, au nom du bien-être général, disposer de produits individuels du corps humain librement, de façon collective, sans l'autorisation et le consentement de l'individu comme ce fut le cas dans l'affaire *Moore* aux États-Unis? Le droit des brevets, comme nous l'avons vu, éprouve d'ailleurs de sérieuses difficultés à réguler l'utilisation de la matière vivante. Accorder un brevet sur le vivant, n'est-ce pas sanctionner son entrée dans la sphère économique et ouvrir largement la porte à la commercialisation de la personne? C'est pourquoi les réponses du droit varient beaucoup (même d'ailleurs pour les espèces végétales et animales) et donnent la nette impression d'un certain caractère artificiel fondé sur l'utilitarisme. Doit-on aller plus loin et autoriser des manipulations génétiques pour éviter la transmission de déficiences ou de maladies? L'ADN de certains individus peut-il, lorsque nécessaire pour la santé ou la sauvegarde des autres, devenir en quelque sorte partie du patrimoine commun de l'humanité et être ainsi revendiqué à titre de bien collectif? Ce sont là des controverses que tous les pays auront à résoudre et dont la réponse devra probablement être puisée en partie du moins dans le nouveau droit international de la santé.

Il reste intéressant de constater donc qu'à l'extension du contrôle de l'individu sur son propre corps (qui est au fond une forme de narcissisme), s'oppose la revendication plus générale et encore mal définie d'un droit d'accès au corps de l'autre lorsque le bien de l'autre ou l'intérêt commun est en jeu.

Je ne pense pas que l'on puisse totalement exclure l'idée dans l'avenir, qu'au nom de la solidarité humaine, la gouvernance de la personne sur son corps se voit imposer des limites cette fois-ci dans l'intérêt commun et donc que l'individualisme cède, en partie du moins, sa place à une forme d'entraide forcée.

Il en est, par contre, autrement de la maîtrise de l'homme sur sa mort.

Le combat du malade pour se réapproprier complètement sa mort est loin d'être terminé. À l'heure actuelle, du moins dans nos pays, on meurt, la plupart du temps, intubé, gavé, perfusé, anesthésié, dans l'anonymat d'une chambre d'hôpital, dans la solitude et loin de tout ce qui faisait la vie. Comme l'ont montré nos discussions sur le sujet, dans nos sociétés développées l'individu a été exproprié de sa mort par la science médicale.

La progression des mœurs à cet égard est intéressante à observer. L'ensemble des pays, sous une forme ou une autre, reconnaissent maintenant l'obligation pour le médecin de respecter les volontés de fin de vie, exprimées tantôt dans le cadre d'un mandat d'inaptitude (comme c'est le cas au Québec ou en Suisse), tantôt en donnant un effet juridique contraignant aux directives anticipées (comme en Espagne). L'acharnement thérapeutique est désormais presque universellement condamné comme contraire au droit à l'autodétermination. Le premier devoir du médecin n'est donc plus de sauver la vie à tout prix, mais plutôt de respecter la liberté de choix de son patient.

Par contre, nombreux sont les pays, à la différence des Pays-Bas, de la Belgique, du Luxembourg et de la Colombie, qui refusent de consacrer l'ultime conséquence logique de cette

réappropriation et de reconnaître non plus un simple droit de mourir dans la dignité mais un véritable droit à la mort par la décriminalisation de l'aide au suicide et la légalisation de l'euthanasie active, volontaire et médicalement contrôlée. Ce refus illustre bien le contraste entre deux visions philosophique et éthique divergentes sur l'exercice du pouvoir de l'homme sur sa destinée.

S'agissant en premier lieu du suicide assisté, la tentative de suicide raté n'est plus sanctionnée par le droit pénal, comme ce fut le cas pendant longtemps. Par contre, un nombre important de pays continuent à pénaliser l'aide ou l'assistance au suicide. On ne peut s'empêcher de souligner un certain paradoxe puisqu'il s'agit d'un cas où la loi punit la complicité d'un acte qui, lui-même, n'est plus criminalisé.

Ce paradoxe est plus apparent que réel pour deux raisons. La première est que moralement, toutes les sociétés réprouvent et fustigent le suicide comme constituant un acte socialement répréhensible et donc moralement condamnable. On peut donc considérer l'acceptation de l'aide du suicide, même pour le malade en phase terminale, comme une contradiction idéologique. La seconde est que l'aide au suicide ne se déroule pas toujours dans le cas du malade en phase terminale dont les souffrances physiques ou morales sont devenues insoutenables. On se souviendra à cet égard du scandale provoqué en France, il y a quelques années, par la publication d'un livre intitulé «*Suicide, mode d'emploi*» et on ne peut qu'applaudir au combat mené actuellement contre les différents sites Internet qui proposent sur le Web à tous et sans distinction divers moyens de mettre fin à ses jours.

La solution est peut-être, comme certains l'ont compris, de décriminaliser cette aide, mais uniquement dans l'hypothèse du malade en phase terminale et de continuer à la sanctionner dans les autres cas.

Le débat est évidemment encore plus vif et plus délicat dans le cas de l'euthanasie active, volontaire et médicalement assistée.

On peut penser personnellement ce que l'on veut sur cette question qui n'est certes pas nouvelle. L'opinion que l'on s'en fait et le sentiment individuel dépendent avant tout, en effet, de ses propres convictions morales et religieuses. Il n'en reste pas moins que l'euthanasie active, médicalement contrôlée, a désormais acquis ses lettres de créance par sa consécration officielle dans trois pays européens, par la Colombie et quelques États des États-Unis. Les études belges et néerlandaises sur le sujet montrent que le système de contrôle mis en place pour éviter les erreurs (argument dominant des opposants) fonctionne bien et que, s'ils existent, les cas de bavures sont rares sinon inexistantes. L'argument donc de la pente glissante ou du dérapage, invoqué pour l'écartier dans toutes les hypothèses a désormais moins de poids qu'on pourrait le croire. Certes, cependant certains dérapages restent possibles et il faudra être vigilant. L'explosion des coûts de la santé et la pression économique qui en résulte risquent de favoriser des programmes d'euthanasie pour certaines catégories de personnes plus vulnérables, dont le maintien en vie obère les finances de l'État.

Ceci obligerait donc à se prononcer sur la qualité de vie de l'autre. Mais qui est l'un pour en décider et juger la vie de l'autre?

La consécration de l'euthanasie par la Belgique, la Hollande, le Luxembourg et la Colombie est un tournant important.

Jusqu'ici le droit de mourir s'analysait simplement comme un simple droit-liberté, soit la faculté de mourir en paix, dans le respect de ses propres choix et dans la dignité.

La reconnaissance de l'euthanasie active a institué un véritable droit-créance. Le médecin qui accepte de participer à cette procédure, lorsque toutes les conditions posées par la loi

sont réunies, a donc désormais, sous réserve de l'objection de conscience, l'obligation de donner la mort ou d'aider l'individu à le faire. Le rôle traditionnel du médecin strict sauveur de la vie est désormais remis en cause.

*
* *

En guise de conclusion, ce premier volet sur les nouveaux aspects du droit de la santé permet de mettre en évidence que la réflexion éthique sur le sujet reste hésitante, pluraliste, pour ne pas dire éclatée, et est encore loin d'être complétée.

D'un côté, comme on a pu le constater, le droit à l'autodétermination, et donc le contrôle que l'individu peut exercer sur son propre corps, est désormais bel et bien accepté. C'est la liberté retrouvée et la consécration de la gestion individualisée de la destinée humaine.

D'un autre côté, les avancées de la médecine et de la science ont démontré que le corps humain, cette fois-ci, le corps de l'autre, était aussi source de bien-être et donc que le principe de la solidarité humaine pouvait imposer des limites à l'individualisme. Le droit ne s'intéresse donc plus désormais seulement au corps que l'on est, mais aussi au corps que l'on a.

*
* *

C'est également au nom de cette même idée d'entraide entre les hommes que le droit, mais cette fois-ci dans un contexte international plus large, recherche les moyens d'assurer à chacun une accessibilité accrue au système de santé et aux médicaments.

Le droit moderne de la santé a évolué et la protection de celle-ci est devenue aussi une responsabilité collective, un

impératif humanitaire reconnu par des textes internationaux et prise en charge par des organismes comme l'OMS.

Si elle n'entend pas rester un simple vœu pieux, cette responsabilité à l'égard de l'autre suppose, tout en tenant compte des grands écarts financiers et économiques qui séparent les différents pays du monde, un accès global et minimal aux soins de santé et aux médicaments et un contrôle efficace des coûts garants de cette accessibilité universelle.

Des différences très importantes et des inégalités criantes séparent les pays développés et ceux qui sont en voie de développement, donc principalement ceux du Nord et ceux du Sud pour reprendre une expression bien connue. Cette disproportion a été révélée de façon incontestable il y a quelques années, par la pandémie du sida qui, à la différence d'autres affections comme le paludisme ou la fièvre jaune, ne connaît pas de frontière. En outre, les statistiques générales sur l'expectative de vie des ressortissants des pays du tiers-monde révèlent un écart choquant avec celles des pays développés.

La protection universelle de la santé reste cependant, pour le moment, plus un idéal à atteindre, puisque sa réalisation dépend de la disponibilité de ressources humaines et financières suffisantes et qu'à cet égard, l'inégalité demeure, malgré de nombreux efforts, et n'est probablement pas prête de disparaître.

En premier lieu, l'accès aux traitements médicaux, chirurgicaux ou autres, présuppose la reconnaissance juridique d'un droit d'être soigné dans des conditions décentes, eu égard aux moyens disponibles et met en cause leur disponibilité et le contrôle de leur qualité. Tous les pays sans exception prévoient donc un corpus plus ou moins impressionnant de lois et de règlements sur l'accès des malades aux services de santé et le contrôle de la qualité des soins. Partout cependant, ces textes en admettent le caractère essentiellement relatif, qui reste soumis aux contingences des conditions sociales, politiques et économiques nationales particulières. Il s'agit là de différences

porteuses d'inégalités qu'il paraît impossible d'écarter. On peut seulement espérer parvenir dans le futur à assurer à tous et partout un accès physique, une accessibilité économique (notamment par une distribution équitable des services) et une qualité de soins minimalement acceptables.

En second lieu, s'agissant de la disponibilité des autres soins et des médicaments, celle-ci suppose la reconnaissance d'une égalité basée sur les besoins et non sur la capacité de payer. Il est donc fondamental d'instaurer un système de contrôle des prix (surtout pour les médicaments) garantissant une justice pour tous, d'en assurer une distribution géographique adéquate et de réduire (ce qui semble à l'heure actuelle poser partout un problème majeur) les délais d'attente. Être soigné trop tard n'est pas être bien soigné.

S'agissant en troisième lieu du contrôle de la qualité des soins, celui-ci varie, là encore, selon chaque pays et les ressources disponibles. Par contre, tous luttent contre la fraude dont la vente de médicaments sur Internet est la forme la plus récente.

Accès et qualité des soins passent nécessairement par un remboursement ou une prise en charge globale ou partielle par l'État des coûts de santé. Différents systèmes existent à cet égard. Parfois, l'État les assume au complet en mettant en place un système de sécurité sociale universelle. Parfois, n'en payant qu'une partie, il oblige chacun à contracter une assurance-maladie complémentaire auprès d'un organisme public ou semi-public. Parfois enfin, il laisse à l'individu entièrement libre la responsabilité de contracter une assurance auprès de l'industrie privée.

Devant l'explosion des coûts (la France en est un bon exemple avec ce que l'on a appelé le trou de la sécurité sociale) chaque état a mis en place des mécanismes de contrôle *a priori* touchant donc l'accès au système et *a posteriori*, c'est-à-dire portant sur le type, la fréquence et la qualité des soins.

Le contrôle de l'accès aux soins rencontre cependant certains problèmes communs.

Le premier est celui du traitement des maladies rares ou dites non rentables parce que la recherche pouvant mener à une thérapie n'est pas payante pour l'entreprise pharmaceutique. Ce problème est universel et, je pense, existera toujours, puisque le développement de la recherche scientifique s'oriente tout naturellement vers les maladies ou affections les plus répandues, comme le cancer ou les maladies cardiovasculaires.

Le second touche la brevetabilité des techniques de diagnostic et des techniques chirurgicales. Très rares sont les pays qui leur reconnaissent un droit au brevet.

Le troisième sur lequel on doit insister davantage est celui, cette fois-ci, de la brevetabilité des médicaments. Celle-ci est admise en règle générale dans tous les pays, même si l'étendue de la protection ainsi conférée varie grandement. La gestion de la relation entre le droit de propriété sur un médicament qui confère un monopole d'exploitation, source de profits et l'intérêt public d'y avoir un accès à un coût acceptable, reste difficile à gérer et fait partout l'objet de solutions de compromis.

Un résultat positif de la réflexion collective est cependant le développement des médicaments génériques et l'imposition de licences obligatoires qui permettent une plus grande accessibilité aux nouvelles molécules et une diffusion plus large à meilleurs coûts.

Le problème est particulièrement important lorsque la découverte se rapporte à la matière vivante. Celle-ci, quelle qu'en soit la forme (cellules, lignée génétique) peut-elle être protégée par brevet? Là encore, le droit est hésitant. Certains pays optent pour la brevetabilité pour permettre d'encourager le développement scientifique. D'autres, au contraire, sur une base éthique s'y opposent en invoquant le principe de la non-commercialisation du corps humain et de ses parties.

Ce bref tour d'horizon montre donc bien combien le droit a encore de grands progrès à faire pour assurer un accès universel aux soins de santé et aux médicaments et combien les garanties données par les textes internationaux et nationaux restent souvent illusoire en pratique. Les efforts pour supprimer les inégalités les plus flagrantes à travers la planète sont cependant nombreux et encourageants, mais doivent néanmoins être appréciés dans une perspective à long terme. L'OMS en a fait d'ailleurs l'un des objectifs du prochain millénaire.

Ces deux aspects du droit de la santé moderne, soit l'appropriation par l'homme d'un plus grand contrôle sur son corps et l'universalisation de l'accès aux soins de santé, sont tous les deux, en réalité dans le premier cas directement, dans le second indirectement, des manifestations du questionnement sur le statut du corps humain, puisqu'en définitive, ce problème reste au cœur même de nos interrogations et est, en quelque sorte, le passage obligé de notre réflexion collective.

La difficulté de définir ce statut est due, en partie, à la vision analytique binaire du droit et à son désir irrésistible de tout faire entrer dans des catégories juridiques connues et préétablies (le vrai, le faux, le légal et l'illégal, la culpabilité et l'innocence). Or, chercher à qualifier le statut du corps est se heurter à deux réalités apparemment contradictoires. Le corps dans son intégralité est, ce que l'on est, c'est un « être », il est donc sujet de droit. La chose est indiscutable. Cependant, à l'époque moderne avec les conquêtes de la science, le corps, entendu cette fois-ci dans ses différentes composantes, est aussi devenu ce que l'on a, il est aussi avoir et peut donc prétendre au statut de bien. La *summa divisio* de Gaius, reprise par Justinien entre personnes et choses, paraît donc désormais difficilement applicable ou en tout cas n'est certainement plus étanche.

Le droit moderne devra sans doute dans l'avenir remettre en question ce qui, jusqu'à récemment, apparaissait être des dogmes intangibles et faire preuve d'imagination pour ne pas s'enfermer dans ce dilemme.

Ainsi, l'inaliénabilité du corps humain n'est plus, de nos jours, une valeur aussi absolue, puisque organes, cellules somatiques ou germinales, une fois détachés peuvent être transigés, avoir une valeur en eux-mêmes et servir à l'autre. Jusqu'ici heureusement, le principe de la gratuité a prévalu. En sera-t-il cependant ainsi dans quelques années lorsque les forces du marché et les intérêts commerciaux auront créé des pressions politiques suffisamment fortes?

Pour sa part, l'indisponibilité du corps ou de ses parties est aussi remise en question par la science moderne. L'affaire *Moore* aux États-Unis est une illustration éloquente de ce phénomène. Il n'est donc pas impossible d'imaginer, avec les promesses de la science, que le patrimoine génétique individuel puisse devenir patrimoine biologique commun de l'humanité, et donc disponible pour tous, au nom de la solidarité et de l'entraide humaines sans que l'individu n'en puisse conserver la maîtrise. Cette indisponibilité, autrefois basée sur la religion, le serait désormais peut-être davantage sur le souci collectif de la sauvegarde et du maintien de l'espèce humaine.

Enfin, il n'est pas certain non plus que la règle de l'inviolabilité du corps humain ne puisse pas elle aussi être remise en cause. Si le corps peut être utile à l'autre, pourquoi ne permettrait-on pas, à la limite, de l'utiliser, sans pour autant exiger un acte volontaire et consensuel mais tout en respectant évidemment la sauvegarde de la vie et de la santé du donneur? Peut-être donc faudra-t-il que le droit, après une sérieuse réflexion éthique et philosophique préalable fondée sur les nouvelles réalités du droit de la santé, clarifie mieux le statut du corps, trace certaines limites à ne pas dépasser, identifie un noyau dur de valeurs universelles non négociables et mette ainsi fin à certaines ambiguïtés porteuses de controverses et de désillusion?

*

* *

Le droit de la santé dans ses aspects contemporains (et je terminerai là-dessus pour ne pas abuser de votre patience) me paraît donc partagé entre deux visions du corps humain. La première reflète clairement l'égoïsme ou plutôt l'égoïsme et tend vers un contrôle de plus en plus étendu de l'homme sur son corps et donc sur sa destinée. La seconde traduit le devoir de solidarité, d'entraide et de charité humaines envers l'autre, devoir basé sur l'altruisme, c'est-à-dire sur le souci de l'autre.

C'est donc, à mon avis, beaucoup plus par un compromis qu'il faudra tenter de réconcilier, d'une façon acceptable pour tous, égoïsme et altérité. D'ailleurs, le problème de l'euthanasie montre bien que toute solution ne relève qu'accessoirement du droit parce qu'elle est inévitablement en symbiose avec la vision morale, philosophique et sociale qu'a chaque société de la valeur de la vie humaine.

*

* *

Eh bien, mes chers amis, il faudra donc que dans quelque 35 ans d'ici, l'Association Capitant tienne de nouvelles Journées sur ce même thème, en espérant toutefois que l'on pourra constater alors un plus grand progrès dans la réflexion collective que celui qui sépare nos Journées anciennes de 1975, de celles que nous venons de vivre.

