

# LE RÔLE CRÉATEUR ET LES LIMITES DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, SPÉCIALEMENT EN MATIÈRE DE PROCRÉATION ASSISTÉE

Par

Philippe PEDROT  
*Maître de Conférences*

*Directeur de l'Institut d'Études Judiciaires de Toulon (France)*

Deux siècles après les travaux de l'Assemblée constituante française caractérisés par la primauté de la loi, pourquoi s'intéresser au rôle créateur de la jurisprudence en matière de droit des personnes et de la famille, en particulier dans les litiges qui concernent la procréation assistée et la filiation ?

Quel fil directeur y-a-t-il entre les problèmes relatifs à l'insémination ante ou post mortem, à la fécondation in vitro ou in vivo, au statut de l'embryon surnuméraire ou à celui du foetus après la mort du donneur, aux maternités de substitution ou à l'expérimentation biomédicale ? En quoi ces litiges générés par ces techniques récentes traduiraient-elles une conception nouvelle de l'acte de juger ? En quoi cela changerait-il la nature et le rôle de la jurisprudence ?

C'est qu'il faut d'abord observer qu'il y a là des situations totalement inédites et qui touchent à l'indécidable dans ces cas d'espèce relatifs au statut du corps humain ou à celui de l'enfant né ou à naître. Or, même si le juge a l'obligation de dire le droit, d'énoncer la ratio decidendi, "l'inédit, comme le montre M. Atias, est en dehors du droit... nul ne plaide vraiment l'inédit, l'inconnu, le tout nouveau, le jamais vu, le risque serait trop grand (1)".

Il faut, en effet, insister sur le caractère totalement inédit des questions juridiques posées par ces nouvelles techniques car celles-ci ont eu trois conséquences sur la détermination du lien de filiation : elles tendent d'abord à réaliser un changement d'échelle et de portée de l'agir humain puisqu'elles représentent un véritable défi à la notion de temps et à la notion d'espace ; elles bouleversent ensuite les modes de preuve de la paternité par une connaissance beaucoup plus précise de la

(1) C. Atias, *Jurisdictio : redire l'inédit*, D. 1992, p. 281.

transmission héréditaire ; ces techniques ont enfin pour effet d'introduire dans la relation du couple un tiers qui risque de déstabiliser la notion même de parentalité.

Au delà de la régulation de toutes les pratiques bio-médicales, c'est toute la question de la normativité qui se trouve soulevée dans un contexte scientifique et technique en redéfinition constante.

Or, en l'absence d'intervention du législateur sur des questions qui touchent au sens même de la vie, c'est le juge, quel que soit le degré de juridiction qui a dû créer cet encadrement normatif (2). C'est le juge qui a dû tracer la ligne de partage entre ce qui est juste et ce qui est nuisible parce qu'il faut bien "quand dans un État, l'autorité constituante est consciemment ambiguë, l'autorité législative délibérément inerte et l'autorité gouvernementale systématiquement peureuse que le juge, saisi d'un litige ponctuel sur lequel les normes sont silencieuses, dise et rende le droit".

Toute une jurisprudence transversale, touchant tant au droit civil qu'au droit administratif ou au droit pénal, s'est donc peu à peu élaborée, à travers un ensemble de décisions dont certaines ont une portée à la fois symbolique et juridique. Un examen attentif des décisions jurisprudentielles en ce domaine révèle cependant qu'un véritable encadrement normatif avec ses limites et ses imperfections s'est mis en place pour régir les pratiques médicales et biologiques ayant pour objet le corps humain (I). En même temps, on peut observer que la jurisprudence a cherché à établir des bornes à la privatisation de la filiation par une articulation de l'éthique et du juridique (II).

### I - LA CRÉATION PAR LE JUGE D'UN ENCADREMENT NORMATIF

Face à des questions qui touchent à la reproduction, à la transmission du patrimoine génétique, à la notion de filiation, le juge a donc été convoqué, sollicité pour trancher un certain nombre de litiges. Il l'a fait par référence à des règles juridiques mais aussi à des principes éthiques pour rappeler des concepts aussi essentiels que celui de "dignité de la personne" ou "d'indisponibilité du corps humain". Tâche éminemment difficile pour le juge en raison du pluralisme éthique de notre société et de l'affirmation fréquente du primat de la liberté individuelle.

La jurisprudence a donc été amenée à étendre considérablement son rôle en exerçant une fonction médiatrice entre les différents intérêts en présence.

Loin d'être uniquement un savant connaisseur de droit apte à faire oeuvre de jurisprudence, le juge a dû exercer sa fonction pour redonner du sens, pour être l'ordonnateur du réel face au désordre des faits, pour faire la balance des intérêts en litige.

#### A - L'EXTENSION DE L'ACTE DE JUGER

Une caractéristique essentielle de ces techniques de procréation médicalement assistée et de façon générale de l'évolution du droit de la famille est la montée en force de la notion de parenté intentionnelle.

Non seulement chaque couple se voit reconnaître la possibilité de refuser l'existence physique de l'enfant par la contraception et l'interruption de grossesse mais apparaît de plus en plus l'idée selon laquelle ces techniques doivent être mises à la disposition de tout être humain, célibataire ou marié, vivant seul ou en couple,

(2) J. Robert, *Le juge administratif et la bioéthique*, Mélanges Chaput, p. 571.

réputé libre de son corps et de ses choix (3). En un mot, on observe une tendance à la désinstitutionnalisation du droit des personnes et de la famille.

A priori, on pourrait considérer que ces questions relèvent uniquement de la conscience personnelle et qu'il n'appartient pas à un juge de créer des règles qui limiteraient la liberté individuelle. Mais deux raisons s'opposent à une telle vision restrictive du rôle du juge : d'abord, parce que celui-ci, lorsqu'il est saisi d'un litige, par exemple, en matière d'insémination post mortem ou de préjudice consécutif à une erreur de diagnostic ante natal, est tenu de statuer, sans pouvoir s'abriter derrière le silence, l'obscurité ou le caractère lacunaire de la loi.

Ensuite, parce que ces questions touchent à la nature même du lien social, aux fondements de notre ordre social et culturel. Comme l'ont rappelé deux auteurs dans un ouvrage intitulé "Produire l'homme, de quel droit", "la déclaration de la naissance à l'état civil ou la reconnaissance de l'enfant inscrivent l'enfant nouveau né comme un individu familialement et généalogiquement situé, socialement reconnu comme partie de la nation" (4).

La jurisprudence a donc rappelé dans de nombreuses décisions que la conception d'un enfant, son éducation, dépassaient largement le cadre des relations purement privées, que le "souci de soi", selon l'expression de Michel Foucault n'était pas seul en cause et qu'il était tout à fait important de s'intéresser aux conséquences sociales de la notion de filiation.

Par une série de décisions plus ou moins solennelles, à la suite d'un débat public qui a duré pendant plusieurs années, la jurisprudence a cherché à limiter les risques de dissociation trop importants de la filiation biologique et de la filiation sociale. Certes, dans l'adoption, on observe une telle dissociation des deux types de parenté mais il importe d'observer que dans le cas de l'adoption, on porte remède à une situation de fait, d'ores et déjà existante, à savoir l'abandon, alors que dans de nombreuses situations entraînées par la procréation assistée, on crée de facto une telle dissociation qui n'existe pas initialement. Et c'est sur cette différence essentielle que la jurisprudence s'est fondée pour sanctionner certains détournements d'institution telle que celle de l'adoption.

Loin de se contenter de poser une norme particulière limitée à un litige donné, la jurisprudence a réaffirmé par plusieurs décisions que l'être humain a fondamentalement une dimension sociale, qu'il est un être bio-culturel. Ainsi en matière de transsexualisme ou de maternité de substitution, la jurisprudence a considéré dans des décisions récentes qu'il ne fallait pas faire glisser le droit de la filiation vers un régime de négociation absolue.

Que le recours aux procréations assistées tende à élargir la reconnaissance dans notre droit de la notion de parenté intentionnelle est en soi un fait dont la jurisprudence a dû tenir compte et qu'elle n'a pas en tant que tel prohibé : il s'agit de lutter contre la stérilité d'un couple.

Mais la jurisprudence a indirectement rappelé par des décisions comme celles relatives aux maternités de substitution qu'une pure morale de l'intention déconnectée d'une réflexion éthique sur les conséquences concrètes immédiates et lointaines, individuelles et collectives de l'agir pouvait être profondément déshumanisante.

Contrairement à certaines interprétations, la jurisprudence n'a pas cherché à normaliser tel ou tel type de comportement, à dicter telle ou telle règle de conduite, à travers ces décisions qui touchent aux procréations assistées ou à la filiation. Elle a

(3) R. Badinter, *Discours de Venise*, 20 mars 1984.

(4) J.-L. Baudouin, C. Labrusse, *Produire l'homme de quel droit*, PUF, 1987, p. 212.

délimité le champ d'autonomie humaine, le point limite où la liberté risquait de basculer dans l'inhumain.

La jurisprudence a donc été amenée à veiller à la cohérence du droit en rappelant que la filiation n'est jamais la simple projection de l'engendrement. Elle a réaffirmé qu'on ne saurait par conséquent prendre appui sur la liberté individuelle pour admettre dans toutes les hypothèses une privatisation totale du lien de filiation.

#### B - LA REDÉFINITION DE L'ACTE DE JUGER

En l'absence de loi spécifique, c'est donc la jurisprudence qui a tracé la limite entre le licite et l'illicite, la frontière entre la liberté individuelle et la nécessaire imposition de règles impératives. C'est la jurisprudence qui, devant ces situations inédites pour lesquelles on peut parler de vide législatif, a rappelé les fondements humanistes de notre droit contractuel et du droit des personnes. C'est elle, avec sa force, sa souplesse et ses faiblesses, ses lenteurs, ses contradictions qui a tranché des questions fondamentales comme celle de savoir si la volonté humaine avait dans son pouvoir de créer n'importe quelle structure parentale ou si le droit de l'enfant était admissible.

L'acte de juger, dans ces domaines, n'a donc pas seulement pour objet de révéler, d'interpréter le droit mais encore de le créer. Le juge donne un sens à la loi, l'adapte, comble les lacunes, oriente l'interprétation dans une direction déterminée. Il rappelle aussi des repères fondateurs de notre société comme celui de l'altérité et de la distinction des personnes et des choses. Il réaffirme des principes essentiels comme celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Il a aussi un rôle synthétique et pédagogique par sa fonction créatrice.

L'examen des questions relatives à la bioéthique nécessite donc pour le juge de garder le sens de la mesure, de faire oeuvre de prudence en faisant l'équilibre entre les différents intérêts en présence.

Mais l'exercice de la fonction jurisprudentielle n'est pas exempt de risques. Poussé à l'extrême, l'appel au juge pourrait en effet aboutir à un déni de politique et à une négation de la loi.

Le juge doit en outre veiller à éviter un dernier écueil : celui du déni des limites par défi de notre condition de mortel ou par un trop grand respect de l'autonomie individuelle.

En définitive, la question fondamentale à laquelle doit répondre la jurisprudence dans ce domaine, me paraît être celle de savoir ce que la société considère comme essentiel pour la construction du lien social. Or, on le sait, la jurisprudence a fait preuve d'une grande prudence en ce domaine. Elle a considéré que détruire un lien de filiation, priver un enfant d'une partie de sa généalogie, tricher avec la filiation, passer d'une filiation à une autre au gré de ses intérêts propres pouvait s'avérer profondément néfaste pour le développement d'un enfant.

Le droit, en effet, ne se limite pas à un ensemble de textes, c'est aussi une instance de jugement, qui nous est nécessaire pour préserver un tissu de relations sociales sans cesse menacé de déchirures.

Or, on le sait, le droit de la filiation a pour fonction de donner une identité au sujet en le situant dans un groupe déterminé : il "institue" des relations humaines. A cet égard, les anthropologues ont montré que la reproduction des humains est aussi un instrument de reproduction de l'ordre social. Elle entre dans la représentation symbolique de cet ordre social au point qu'on a pu dire qu'un système de parenté n'existe que dans la conscience des humains et n'est qu'un système arbitraire de représentations.

Dire quelle est la place de chacun, dans quel réseau familial est inséré l'enfant n'a donc pas qu'une portée individuelle. Une telle démarche a aussi une portée générale et est affaire de convention sociale. L'autonomie des volontés ne peut être absolue.

#### II - LE REFUS D'UNE PRIVATISATION DE LA FILIATION

Qu'il s'agisse de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire, de créer frauduleusement des rapports de droit entre les membres d'un couple juridiquement étranger l'un à l'autre ou encore d'établir un lien de filiation contraire à des principes d'ordre public, le juge a cherché par de multiples arrêts à éviter une privatisation absolue de lien de filiation.

Face à l'inquiétante érosion des règles, à l'imprécision des textes de droit positif, on peut dire en effet que le juge, au prix d'une extension de son rôle, s'est efforcé d'en rechercher l'esprit, dans deux directions. D'abord, en établissant des bornes à la toute puissance des subjectivités individuelles, ensuite en rejetant l'idée d'une instrumentalisation du corps humain.

Sans connaître les questions relatives à la fin de vie qu'il sera tôt ou tard à examiner, sans aller jusqu'à s'intéresser - sauf exception à des hypothèses aussi inquiétantes que les actions américaines visant à obtenir des dommages et intérêts à la suite de malformations d'un nouveau né, le juge français a cherché à sanctionner les déviations de l'autonomie des volontés en rappelant dans plusieurs arrêts un certain nombre de principes directeurs. Que le détournement de l'institution n'affecte que l'ordre privé familial ou qu'il mette en jeu l'ordre public, le juge a ainsi fait oeuvre prétorienne en articulant le débat juridique avec la discussion éthique.

#### A - LA RECHERCHE PAR LE JUGE DE PRINCIPES DIRECTEURS

On le sait, le paradoxe du juridique et de toutes les institutions le représentant, c'est que le droit est souvent conçu comme le monde des décisions justifiées, comme l'univers des décisions objectives. Or, cette vision ne correspond qu'à une partie de la réalité. Contrairement à l'idée que l'on en a couramment, les choix faits dans le domaine de la vie privée, en matière de filiation par exemple ne sont pas toujours le fait d'une stratégie parfaitement rationnelle et déterminée à l'avance.

Au contraire, dans le domaine des relations familiales, l'individu est souvent seul, face à ses choix personnels qui ne sont pas toujours de l'ordre du "donné" mais beaucoup plus souvent de l'ordre du "construit". C'est ce qui explique que le juge qui doit se pencher sur ces questions relatives à la bioéthique, par conséquent sur les règles normatives qui régissent le droit des personnes, le droit de la famille et de la filiation, doit le faire dans un contexte totalement renouvelé.

Mais faire le constat de l'indétermination de nos sociétés démocratiques ne signifie pas pour autant que l'individu doit vivre désormais en s'isolant du monde extérieur, dans une niche, au milieu des incertitudes de ce monde. Reconnaître que nous ne sommes plus dans une société globalisante et qu'il n'y a plus de valeurs partagées par tous ne veut pas dire perte des limites.

On peut citer trois exemples -particulièrement évidents- de la volonté du juge de ne pas laisser le droit de la filiation, selon l'expression de Jacques Donzelot "à la remarque du désir des gens" (5).

(5) J. Donzelot, La demande de droit, Informations sociales.

Le premier est tiré de deux décisions récentes rendues au sujet du désaveu de l'enfant conçu par insémination artificielle avec donneur. En l'état actuel des textes du droit français, il ne fait aucun doute que le mari qui a donné son accord à l'insémination artificielle avec donneur de son épouse puisse revenir sur son consentement en désavouant l'enfant. Dès lors qu'il est établi que le mari ne peut être le père, le Tribunal ne peut que faire droit à demande et admettre le désaveu, conformément à l'article 312 du Code civil. Pourtant, à l'encontre de la lettre des textes du Code civil, le Tribunal de grande instance de Bobigny et à sa suite, la Cour d'appel de Paris ont décidé que celui qui a consenti à l'insémination artificielle de son épouse, ne pouvait plus, du seul fait que l'enfant est né par I.A.D., désavouer celui-ci.

De telles décisions sont remarquables en ce qu'elles considèrent que l'I.A.D. crée en quelque sorte une paternité intentionnelle que l'on ne peut révoquer librement, au gré de ses désirs et que par conséquent, il serait nécessaire d'adapter les textes du Code civil relatifs au désaveu. Par la même, de telles décisions vont bien au delà des textes et, comme l'a noté M. Hauser, en arrivent au stade de "l'anticipation jurisprudentielle". Il faut d'ailleurs noter qu'un certain nombre de décisions n'ont pas osé être aussi audacieuses en se contentant parfois d'imposer l'obligation de réparer le préjudice causé à l'enfant en cas de désaveu.

Mais le juge, dans certains cas d'espèce, dépasse son rôle traditionnel d'interprète de la loi, il entreprend d'aller au delà de la loi. "Compte tenu de l'évolution des mœurs et des techniques de procréation assistée, décide la Cour, la parenté, sous ses formes nouvelles, légalement admises, ne se définit plus exclusivement par le lien biologique, mais par d'autres aspects, essentiellement psychologiques et sociologiques". "La volonté commune des époux, renchérit la Cour, crée une paternité de substitution, acceptée en raison de son indétermination biologique, comme le fruit de l'engagement des époux de concevoir, par ce moyen, un enfant qu'ils s'engagent ensemble à accueillir et à traiter comme leur enfant légitime".

En provoquant quelque peu le législateur, la jurisprudence en vient à considérer que "le statut d'un enfant ne saurait donc faire l'objet d'une tractation" et qu'"il ne peut résulter que d'un engagement unilatéral sur lequel la volonté destructrice ne devrait pas avoir de prise" (6). Cette tendance à favoriser une certaine corresponsabilité parentale se constate également dans une décision récente de la Cour de cassation qui a tenté de sauvegarder au moins partiellement, l'engagement de paternité. Elle a en effet décidé que l'homme qui avait donné son accord à l'I.A.D. et reconnu l'enfant "avait contracté... l'obligation de se comporter comme un père en subvenant notamment aux "besoins" de celui-ci". On voit que dans de telles décisions, le juge va donc au delà de la loi en se comportant en pseudo-législateur et en allant jusqu'à redéfinir la notion de paternité.

Mais une autre question que les juges ont dû examiner a été celle de savoir si la volonté humaine avait dans son pouvoir de créer n'importe quelle structure parentale : peut-elle manipuler à son gré toutes les structures de la parenté ? Peut-on par exemple penser notre système de filiation en dehors de l'alliance du père et de la mère ? Il y a là, on le voit, des questions qui touchent aux fondements de notre société.

Sans nier totalement le rôle de la volonté en ce domaine, la jurisprudence a répondu par la négation à cette question. L'arrêt le plus révélateur de la tendance de la jurisprudence à renforcer le lien social est celui du 31 mai 1991 à propos des mères porteuses. Cet arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que le processus de la maternité de substitution constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

(6) J. Carbonnier, Colloque Génétique, procréation et Droit, 1984, Actes, p. 82.

En d'autres termes, même si les textes en vigueur ne contiennent aucune définition de l'adoption, celle-ci ne peut avoir pour seul but que l'intérêt de l'enfant né et abandonné.

La jurisprudence redonne ainsi un sens, une finalité précise à l'institution. Une chose est de vouloir lutter contre la stérilité, autre chose est de chercher à organiser un véritable détournement des règles applicables à la filiation.

La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes : tel est le principe fermement rappelé par la Cour de cassation dès 1989. L'accord entre la mère de substitution et le couple est donc radicalement nul.

Cet arrêt se situe dans la ligne de la jurisprudence administrative qui a annulé à plusieurs reprises de telles associations qui ont pour but d'encourager la venue au monde d'enfants dont la filiation ne correspond pas à leur filiation réelle, au moyen d'une renonciation et d'une cession des droits reconnus par la loi à la future mère.

Cette jurisprudence est également conforme à celle de la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation qui, le 13 décembre 1989, avait déjà condamné par une motivation particulièrement nette ce type d'arrangements : "attendu qu'il résulte des constatations des juges du fond, que l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent elles verbales, portent à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs, des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil ; que ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées des droits reconnus par la loi à la future mère ; que l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu".

Une troisième question fondamentale montrant que la jurisprudence a cherché à établir des principes fondateurs de notre société a été de savoir s'il existe un droit à l'enfant, au même titre que le droit au travail ou à la liberté d'expression. Sur ce point, la jurisprudence a également choisi d'établir des restrictions au pouvoir de la volonté en considérant que l'on ne pouvait faire naître un enfant sans père et fonder par préméditation, une famille unilinéaire, c'est à dire amputée de la branche paternelle.

Saisi d'une demande d'insémination post-mortem par la veuve d'une personne décédée du SIDA, le Tribunal de Toulouse, dans une décision du 26 mars 1991, pour refuser la demande, s'est d'abord appuyé sur le contrat passé entre le C.E.C.O.S. et le mari, lequel prévoyait que ce dernier devait être présent et consentant lors de l'insémination.

Mais l'argument contractuel n'est pas le seul. Le Tribunal a surtout construit sa motivation sur le droit des personnes et en particulier sur la notion d'intérêt de l'enfant.

Ainsi, le Tribunal a jugé important de rappeler que "l'existence du sujet et de la personnalité trouve son fondement dans quelques principes intangibles tels que : la reconnaissance et l'acceptation de l'autre dans l'acte de reproduction, l'altérité de la vie sexuelle, le lien généalogique paternel et maternel, la temporalité de la vie. La procréation implique et impose de telles règles dont le rappel doit faire comprendre que tout n'est pas possible et que tout n'est pas permis".

En d'autres termes, contrairement à une décision antérieure datant de 1984, les juges considèrent qu'une telle convention ne peut subsister au delà de la mort parce qu'elle est contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

En énonçant les attendus essentiels de cette décision, on pourrait parler d'un réancrage anthropologique de la jurisprudence, d'une redécouverte des repères symboliques qui fondent toute société.

Ce qu'il paraît important de souligner, c'est que la jurisprudence réaffirme que le matériel génétique en tant qu'expression génétique de l'individu lui permettant de donner la vie ne peut par conséquent être considéré comme purement détachable de la personne. Il est la personne. C'est-à-dire qu'en ce domaine, comme le rappellent les juridictions, il est nécessaire de poser des limites et que "le désir légitime de faire naître un enfant, n'est pas un droit imprescriptible de l'être humain qui justifierait l'acharnement procréatif et l'indifférence à l'égard de l'enfant à naître".

Le recours au concept de personne dans de telles décisions n'est pas fortuit : il montre la nécessité de dépasser la notion traditionnelle d'individu et ses intérêts pour permettre la prise en compte explicite du "mystère" de l'être, de sa part de sacré, fondatrice de son indéfinition foncière (7). Car la personne, en effet, est "le lien du non inventorié", du non marchandable, de l'indécidable.

Dans ces domaines qui touchent aux fondements de notre ordre social et culturel, cela suppose pour le juge de renouer avec le continent éthique. Comme l'a montré Jacques Lenoble, "la justice n'est pas simple calcul utilitariste du bien être social. Elle est l'affaire d'un débat argumenté toujours à reprendre sur des valeurs" (8). Il est donc nécessaire d'articuler l'éthique avec le juridique.

#### B - L'ARTICULATION DE L'ÉTHIQUE ET DU JURIDIQUE

C'est à ce stade du raisonnement que l'on prévoit que parce qu'il y a interrogation sur une décision à prendre, un questionnement sur l'orientation à donner à l'action humaine, pour lui donner un sens, le juge ne peut répondre à cette demande de droit par les seuls outils de la technique juridique.

Il lui faut redécouvrir les références symboliques qui fondent toute société car la techno-science devenue instrument privilégié de puissance et de production a bousculé les frontières que l'on jugeait intangibles, transformé les valeurs qui permettaient d'établir une convivialité entre les hommes.

Parce que la notion d'altérité peut aussi se dissoudre par les prouesses de la science, le juge doit retrouver les repères éthiques qui "œuvrent à la reconnaissance d'autrui".

Qu'il s'agisse de rappeler la tolérance au handicap lors de décisions cherchant à établir le préjudice subi par un enfant handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic (9) ou de rappeler la notion de dignité de la personne humaine à propos de l'évaluation du dommage concernant des personnes en état végétatif chronique, la jurisprudence est, et sera de plus en plus confrontée à ces redoutables questions.

C'est là que la jurisprudence nous aide à redécouvrir actuellement une troisième dimension de l'éthique dans ce qu'elle a de plus fondamental. L'éthique ne se limite pas aux relations à soi et à l'autre. Elle est aussi directement concernée par le rapport au tiers innombrable, anonyme qui s'opère par la médiation des

(7) La survie juridique de la personne, Droits, 1991, n° 13, p. 19.

(8) J. Lenoble, La crise du juge, L.G.D.J., 1990, p. 4.

(9) Le Tribunal de grande instance de Montpellier, appelé à trancher un problème de responsabilité civile contre des médecins qui n'avaient pas su détecter un handicap à ainsi considéré que la naissance d'un enfant mongolien causait aux parents qui s'étaient trouvés dans l'impossibilité de recourir à une I.V.G. un préjudice matériel et moral indemnisable. T.G.I. Montpellier, 15 décembre 1989, J.C.P. 1990, II, 21556, note J.-P. Gridel.

institutions, qu'elles soient familiales, économiques, sociales, religieuses ou politiques.

Désormais entraînés par l'individualisme et le volontarisme de nos sociétés occidentales, chacun cherche à reconnaître dans ses droits subjectifs une disponibilité de plus en plus grande. Ainsi, certains considèrent que le corps humain est pleinement dans le commerce, les seules limites aux conventions provenant de la notion de cause illicite. Ainsi, certains voudraient placer le corps, traditionnellement sous l'emprise du droit des personnes à celle du droit des biens et de la propriété.

D'un régime traditionnel de protection, le corps passerait à un régime de disponibilité.

Or, dans des matières qui relevaient auparavant de l'ordre public, on ne s'étonnera pas de voir la jurisprudence récente chercher à réintroduire la notion de sujet de droit en refusant le démantèlement de celui-ci.

Après l'interdiction de disposer de la mère et de l'enfant par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991 à propos des mères porteuses, la même juridiction a tout récemment, le 11 décembre 1992, réaffirmé l'interdiction de disposer du corps sans nécessité curative, dans une décision récente relative au problème de transsexualisme.

C'est tout le mérite de la Cour de cassation d'avoir su rappeler que l'indétermination, l'auto-institution du sujet, la toute puissance de la volonté subjective nécessitaient des limites.

Par ces arrêts, la Cour de cassation nous rappelle que le droit n'est pas l'instrument du bonheur individuel mais un pacte social commun, un ordre symbolique - que nul ne peut rompre unilatéralement et à l'intérieur duquel tous les parcours individuels doivent s'inscrire.

La prolifération de droits de créance comme le droit à la parenté, le droit de sélectionner son enfant par le diagnostic prénatal, le droit au changement de sexe risque de nier la notion d'altérité qui est elle-même fondatrice du droit.

Comme l'a parfaitement noté Xavier Dijon, "notre droit empêche le désir de passer à la procréation substitutive car il ne trouve pas en cet acte la nécessaire conjonction du corps et de la parole qui fait l'humanité du lien entre les humains ; il n'y trouve qu'un désir transgresseur des symboles où auraient dû s'unir à la fois l'intimité corporelle, la parole affective et le temps pour reconnaître l'altérité qui y prend naissance".

En définitive, la jurisprudence en remplaçant le législateur défaillant rappelle qu'au cœur du sujet de droit, il y a le sujet d'une lignée, en termes de descendance et qu'il ne saurait y avoir auto-fondation du sujet par voie contractuelle.

Face aux risques d'éclatement de ce sujet de droit par la volonté de maîtrise de la conception, de l'identité sexuelle, de la généalogie, la jurisprudence de la Cour suprême cherche à exercer sa fonction régulatrice en instaurant un statut juridique de l'être humain jusqu'aux deux bouts de la vie.

En rendant le corps et l'état des personnes indisponibles, la Cour entend montrer que si l'homme est libre, c'est "dans son corps et avec autrui". A un moment où la tentation est grande de s'auto-instituer en dissociant à l'extrême parenté génétique et parenté gestationnelle, la jurisprudence cherche ainsi à garantir la juste distance entre la personne comme valeur sociale suprême et le groupe social, signe du lien entre les hommes.