



**HAL**  
open science

## La politique juridique des corps humains

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. La politique juridique des corps humains . Cités : Philosophie, politique, Histoire, 2000. halshs-01651984

**HAL Id: halshs-01651984**

**<https://shs.hal.science/halshs-01651984>**

Submitted on 29 Nov 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## La politique juridique des corps humains

Article publié in *Cités*, 2000, n°3, pp. 96-109, repris in *Le corps et ses représentations*, Emmanuel Dockès et Gilles Lhuillier, éd. Credimi, coll. Théories et droit, Litec, 2001, pp. 51-68.

Pour les juristes familiers des catégories du droit romain, le corps humain est une chose corporelle à la manière d'un mouton. La différence reste que le mouton est une chose dans le commerce, alors que le corps humain ne l'est pas<sup>1</sup>. Si étrange que cela puisse paraître, le corps a longtemps été le grand absent des catégories juridiques. Depuis le droit romain, en effet, les juristes se sont moins intéressés au corps humain qu'à la personne<sup>2</sup> : fiction qui redouble la réalité du corps dans un artifice propre à satisfaire des montages pratiques tels que ceux de la représentation. Le corps humain n'a été pris en compte par le droit que depuis quelques décennies ; la puissance d'intervention de la médecine et des techniques issues de la biologie y est pour quelque chose. N'insistons pas sur l'accélération du mouvement en ce sens et constatons le déplacement qui en résulte. Les débats sur la signification de la personne juridique demeurent vigoureux<sup>3</sup> ; mais ils sont désormais éclairés et redoublés par des discussions sur le statut du corps et de ses éléments. Des pratiques diverses fournissent ici matière à réflexion : greffes d'organes, assistance médicale à la procréation, thérapies génique et cellulaire, interventions neurologiques. Que l'on parle dans ces domaines d'éthique, de bioéthique, de déontologie, ou de droit, il s'agit toujours de fournir des repères normatifs, de déterminer des règles de procédure propres à guider l'action, de fonder et de justifier des décisions concrètes prises au cas par cas.

Ce qui rend stimulante la bioéthique, c'est le désordre qu'elle provoque par son dynamisme. Rien n'est encore stabilisé dans son champ : ni les autorités compétentes, ni les institutions, ni les notions fondamentales, ni les modes de raisonnement ou les cadres de réflexion. L'activité de régulation entreprise par les instances bioéthiques n'est pas moindre pour autant<sup>4</sup>. Elle se manifeste à des niveaux multiples pour définir une politique juridique des corps. Levons la part d'obscurité de cette dernière expression : une politique juridique porte sur les conditions d'évolution du droit en vigueur. A vrai dire, l'expression *politique juridique* s'applique à la fois à des domaines d'intervention du droit et à des modes de régulation, ou si l'on préfère des sources du droit. Concevoir une politique judiciaire ou une politique pénale c'est par exemple réfléchir sur les moyens d'améliorer le fonctionnement de la justice ou sur la

<sup>1</sup>. L'article 1128 du Code civil français définit les choses dans le commerce comme celles qui peuvent faire l'objet de conventions.

<sup>2</sup>. Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993, p. 59.

<sup>3</sup>. Yan Thomas, "Le sujet de droit, la personne et la nature", in *Le débat*, 100, 1998, p. 85-107.

<sup>4</sup>. Il serait fastidieux d'en présenter le panorama. Le *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies* des éditions législatives recense 40 organismes au seul plan national sans compter ceux agissant à l'échelon Européen (Conseil de l'Europe ou Union Européenne), international (ex : Unesco) ou non gouvernemental (ex : Association Médicale Mondiale).

meilleure manière de réduire la criminalité. Envisager une politique législative<sup>5</sup>, une politique jurisprudentielle ou encore une politique contractuelle, c'est s'intéresser respectivement à l'action du législateur, des juges, des personnes privées ou publiques. Sous ces deux aspects, la politique juridique est *traduction* au sens où elle permet d'appréhender une pratique sociale pour la situer dans les termes d'un univers de catégories et de normes orienté vers la prise de décision<sup>6</sup>. La politique juridique est aussi oeuvre de *construction* au sens où ces catégories une fois élaborées et adoptées pèsent sur les pratiques à venir et les représentations sociales<sup>7</sup>.

### I. Quelle est la finalité de la politique des corps ?

La finalité de la politique juridique des corps consiste à traduire les pratiques de la biologie et de la médecine dans l'ordre du droit et à établir les règles de jugement par lesquelles ces mêmes pratiques seront évaluées. Une illustration peut être donnée au sujet des grands singes soumis à des expérimentations scientifiques. Le but est de les protéger, mais comment ? Faut-il les considérer comme des animaux dignes de respect dans un cadre expérimental ? Où bien doit-on, pour plus d'efficacité, les assimiler *en droit* à des êtres humains afin qu'il puisse bénéficier de la protection conséquente, en particulier celle des droits de l'homme et de l'interdiction de la torture ? Cette dernière proposition n'est pas une hypothèse d'école. Elle a été sérieusement envisagée en Nouvelle-Zélande et le débat existe à ses antipodes<sup>8</sup>. Considérer les grands singes autrement que comme des choses inertes paraît aller de soi ; déterminer la manière appropriée d'y parvenir l'est beaucoup moins. Car il n'existe pas de réponse en dehors d'une politique juridique. Laissons de côté les grands singes et revenons à nos moutons, c'est-à-dire aux corps humains.

Lorsque Vésale adresse en 1543 à Charles Quint la préface à ses livres sur l'anatomie intitulée *La fabrique du corps humain*<sup>9</sup>, il plaide pour rendre son prestige à une médecine fondée sur la rigueur de la dissection mise au service de la chirurgie. En qualité d'auteur, le médecin s'adresse au pouvoir pour obtenir sa protection. Mais le but est aussi d'inscrire une activité dans le progrès des sciences, de justifier de pratiques professionnelles, d'asseoir l'autorité d'un enseignement. Science, déontologie, éthique sont liés dans le propos. Il n'en va pas autrement dans le

<sup>5</sup>. La définition du *Vocabulaire Juridique* publié sous la direction de Gérard Cornu, Paris, PUF, 1987 donne : "qui a pour objet de concevoir les fins et les moyens d'une action législative, en vue d'une modification du Droit positif, de donner une impulsion au mouvement de la législation par le discernement de ce qui est souhaitable et de ce qui possible".

<sup>6</sup>. Notons que ce passage du *normé* au *normal* et vice versa est à l'origine de fréquents contresens entre juristes et sociologues ou philosophes. Ces mésententes sont parfois soigneusement entretenues, tant il est vrai qu'elles permettent à chaque spécialiste de délimiter sa discipline avec l'imprécision requise afin de la faire "jouer", à la manière d'une pièce qui occuperait deux places à la fois (le prescriptif et le descriptif) sans perdre son axe qui lui sert de pivot. La norme irrite, surtout lorsque c'est autrui qui s'en prévaut.

<sup>7</sup>. Voir le numéro sur le objets du droit de la revue *Enquête*, Éditions Parenthèse, EHESS, 7, 1998, p. 13-72. En particulier les contributions de Marie-Angèle Hermitte, Marcela Iacub, et Florence Bellivier.

<sup>8</sup>. Voir le dossier in *Le débat*, 108, 2000, p. 155-192.

<sup>9</sup>. André Vésale, *La fabrique du corps humain*, Avant-propos de Claire Ambroselli, Anne-Fagot Largeault, Christiane Sinding, Actes Sud-Inserm, 1987.

discours bioéthique actuel. Le droit en est souvent le point d'aboutissement comme en témoigne le sens des liaisons établies dans les titres d'ouvrages ou de rapports : de la biologie à l'éthique<sup>10</sup>, de l'éthique au droit<sup>11</sup>, de la bioéthique au bio-droit<sup>12</sup>. Partir des connaissances scientifiques pour aller vers des règles d'une détermination normative croissante, tel est le fil conducteur de la bioéthique.

Ce passage de la science à la norme achoppe sur un écueil à la fois social et conceptuel. Le premier obstacle résulte de l'inégalité des connaissances. Si tout le monde a un corps, les connaissances en biologie et en médecine ne sont pas égales entre les individus d'une même collectivité, ni entre les peuples ou les cultures. Qu'un chirurgien dispose de compétences pour réaliser une greffe est plutôt rassurant, qu'il puisse un jour vous proposer de vous greffer un cœur de porc a de quoi inquiéter<sup>13</sup>. Le médecin dira certes ce qu'il est possible ou souhaitable de faire, le patient n'en reste pas moins désemparé pour trancher dans la réalité de son corps. La xéno greffe perturbe par son pouvoir d'incarnation. C'est l'inquiétude inverse (l'excarnation?) que manifestent des communautés face aux projets de collecte génétique entrepris pour conserver, à la manière d'un herbier, le "patrimoine de l'humanité". Ces communautés expriment la crainte de se voir dépossédées de leurs corps et les revendications visent ici à garder le contrôle d'une information source d'identité et parfois de richesse économique.

Le second obstacle du passage de la science à la norme réside dans une vieille aporie présentée comme l'impossible passage de "l'être" (les faits) au "devoir être" (les valeurs). Or, dès son émergence en 1971, le terme de "bioéthique" a pu être défini par le cancérologue Van R. Potter comme "la combinaison des connaissances biologiques et des valeurs humaines". Voilà un alliage qui invite précisément à envisager le mélange des faits et des valeurs. Sur le plan théorique deux voies ont été ouvertes pour remettre en cause la distinction classique des faits et des valeurs. Elles vont dans des directions opposées : l'une vise à "biologiser le social", c'est-à-dire à fonder les valeurs sur des faits biologiques<sup>14</sup> ; l'autre tend à "sociologiser le biologique", en soulignant la part irréductible des valeurs contenues dans les faits. La présentation simpliste est celle d'une querelle entre les scientifiques et les littéraires. En vérité, les divergences sont plus fines et les orientations ne se réduisent même pas à un conflit entre les explorateurs du *donné* et les promoteurs du *construit*. Les

---

<sup>10</sup>. Jean Bernard, *De la biologie à l'éthique. Nouveaux pouvoirs de la science nouveaux devoirs de l'homme*, Paris, Buchet-Castel/Hachette, coll. Pluriel, 1990.

<sup>11</sup>. *De l'éthique au droit*, Étude du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 1988.

<sup>12</sup>. *De la bioéthique au bio-droit*, sous la direction de Claire Neirinck, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Droit et société, 1994.

<sup>13</sup>. L'un des premiers essais de xénotransplantations a eu lieu à Lyon en 1906 (greffe d'un reins de brebis). Les progrès de la recherche, notamment le recours à des porcs transgéniques pour éviter le rejet des greffons, laissent penser que le procédé pourrait devenir pratique courante. En France, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé s'est prononcé en faveur du principe des xéno greffes par un rapport en date du 11 juin 1999.

<sup>14</sup>. Voir la tentative de réécriture de l'histoire générale par l'un des pionniers de la sociobiologie, E. O. Wilson, *Consilience. The Unity of Knowledge*, New York, A. Knoff, 1998. Pour une critique salutaire des positions de la sociobiologie par un scientifique, voir R.C. Lewontin, *Biology as Ideology. The Doctrine of DNA*. New York, Harper, 1991.

réflexions sur la refonte conceptuelle des faits et des valeurs méritent ici l'attention et signalent les termes d'un débat en cours<sup>15</sup>. Quoi qu'il en soit, c'est bien la nature et la règle qui fait penser pour reprendre le titre d'une discussion exemplaire à cet égard<sup>16</sup>.

Ces théories à caractère philosophique et politique ont une importance majeure pour la bioéthique. Mais elles manquent trop souvent de précision aux yeux des praticiens. La formulation des principes généraux explicatifs, les prises de position sur la dualité de l'esprit et du corps, les recherches sur le contenu d'un impératif catégorique au sens Kantien importent moins que de donner une portée concrète à l'éthique, de l'articuler sur les pratiques, de clarifier les choix réalisés<sup>17</sup>.

Les questions qui inquiètent les citoyens et animent la bioéthique ne trouvent aucune réponse particulière dans le droit. Ce n'est pas pour autant que le discours et les techniques juridiques soient neutres, ni que les juristes soient démunis pour formuler sans cesse les choses et les corps dans leurs distinctions : domaine de l'ordre public et de la liberté privée ; prérogatives des autorités compétentes, contrôle des règles posées et application des sanctions prévues ; agencement des normes et hiérarchie des ordres juridiques. Ce qui est nouveau, en revanche, c'est l'application de ces mécanismes aux corps humains. Quels sont les pouvoirs, les instances et les instruments par lesquels se constitue une politique juridique des corps ? Et surtout, qui détermine réellement cette politique ?

## II Qui détermine la politique des corps ?

Le cas des "mères porteuses" au cours des années 1984 à 1991 en France est exemplaire de la conduite d'une politique juridique des corps. L'intérêt est moins d'apprécier la solution retenue en l'espèce -l'interdiction- que d'analyser sa genèse.

Le point de départ, si l'on ose dire, est celui où un couple souhaite avoir un enfant sans pouvoir procréer. Adopter un enfant né d'un autre couple semble la solution la plus simple. Toutefois elle ne répond pas pleinement au souhait du couple demandeur d'avoir un enfant de sa propre descendance. Lorsque la stérilité du couple rend la chose impossible, il faut recourir à un tiers. La pratique est ancienne comme en témoigne plusieurs passages de la Bible. Ainsi, "Saraï dit à Abram : «Voici que Iahvé m'a empêchée d'enfanter. Viens donc vers ma servante : peut être que par elle j'aurai un fils»"<sup>18</sup> ; Rachel dit à Jacob, «voici ma servante Bilhah, viens vers elle, pour qu'elle enfante sur mes genoux et que, moi aussi, j'aie un fils par elle !»<sup>19</sup>. Le corps de l'esclave ou de la servante sert ici à procréer. Le but est d'avoir un enfant *par* autrui.

---

<sup>15</sup>. Pour un essai en ce sens, Bruno Latour, *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Paris, La découverte, 1999, p. 149-178.

<sup>16</sup>. Sous forme d'un dialogue entre Jean Pierre Changeux et Paul Ricoeur, *Ce qui nous fait penser ; La nature et la règle*", Paris, Odile Jacob, 1998.

<sup>17</sup>. Ces objectifs semblent compatibles avec la mise en oeuvre d'une éthique à caractère universel. En ce sens, voir Robert Misrahi, *La signification de l'éthique. Pour l'application de l'éthique aux problèmes de la vie et de la santé*, éd. Synthélabo, coll. Les empêcheurs de penser en rond, 1995, p. 95-98 qui propose les principes de positivité, réciprocité et singularité.

<sup>18</sup>. (Genèse, XVI).

<sup>19</sup>. (Genèse, XXX).

Les techniques de procréation médicalement assistée ont permis de dissocier la procréation de l'acte charnel de reproduction. En 1984, la naissance de Zoé est la meilleure preuve de la possibilité d'une naissance à partir d'une fécondation *in vitro*. Autant dire qu'une épouse stérile ne doit plus consentir à l'adultère si elle souhaite avoir un enfant de son mari. La fécondation peut intervenir *in vitro* et l'embryon sera réimplanté dans l'utérus d'une "mère porteuse"<sup>20</sup>.

Dans un élan d'une singulière solidarité, les personnes favorables aux maternités de substitution se mobilisent. En juillet 1983 se crée l'*Association nationale d'insémination artificielle par substitution*. En novembre de la même année est mis en place le *Centre d'exploration fonctionnelle et d'étude de la reproduction* qui jouera, sous la direction d'un médecin, le rôle de banque du sperme. D'autres associations telles que "*Sainte-Sarah*" et "*Alma Mater*" seront créées en 1984 et 1985. Groupements privés à but non lucratif, ces associations organisent l'échange entre l'offre et la demande et permettent la réalisation matérielle de l'opération. Le but de l'un des groupement était "de permettre à toute femme qui le désire d'aider une femme à devenir mère en portant sa grossesse".

Quelle va être la réaction des pouvoirs publics ? Par tradition, on sait que l'État n'a jamais été favorable aux "corps intermédiaires", *a fortiori* peut-on penser lorsque ceux-ci agissent dans un domaine où il a toujours souhaité exercer un contrôle étroit : la famille et la filiation. D'un autre côté, la liberté d'association a valeur constitutionnelle et la loi de 1901 ne prévoit la nullité du groupement que lorsque son objet est contraire aux lois et aux bonnes moeurs<sup>21</sup>.

La réaction des pouvoirs publics pour interdire et dissoudre les associations ne sera pas immédiate. Et le respect de la chronologie invite à examiner la position prise par le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé mis en place en 1983 et présidé par Jean Bernard. Dans son avis n° 3 du 23 octobre 1984, le Comité se prononce sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle. Plus exactement, il se prononce contre le recours aux "mères porteuses". La construction de l'avis en cinq points est caractéristique de l'affirmation du pouvoir bioéthique.

Après avoir présenté le problème (points 1 et 2), le Comité exprime l'inconfort de sa position et la fragilité de sa légitimité (point 3) : "La gravité des questions posées rappelle au Comité quel est le champ de sa mission. Elle a pour point d'appui la science et la recherche, et sa composition en fait une institution d'abord faite pour se prononcer sur des questions proprement scientifiques. L'expérience de ses membres ne l'habilite que partiellement à trancher les questions -où il n'y a encore que peu de recherche et au contraire beaucoup d'interrogations éthiques et sociales - qui viennent d'être évoquées. Ces interrogations mettent directement en cause la manière dont la société française conçoit le statut familial". Aussi le Comité appelle de ses vœux une "procédure plus ouverte et qui organise de façon plus solennelle la

---

<sup>20</sup>. Lorsque l'embryon fécondé *in vitro* peut être réimplanté dans l'utérus de la femme qui souhaite avoir un enfant le problème de la maternité de substitution ne se pose pas.

<sup>21</sup>. Article 3 de la loi de 1901 : "Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes moeurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du Gouvernement est nulle et de nul effet".

consultation et l'audition de tous les secteurs d'opinion. Les citoyens dans leur diversité devraient y être associés". Cela dit, le Comité prend parti sur le fond et les procédures qu'il conviendrait de suivre (point 4). Ainsi il estime que "les opérations de recherche qui découlent des techniques de reproduction artificielle ne doivent plus être menées qu'au sein d'équipes agréées, et sans but lucratif. Cet agrément devrait être délivré sur l'avis du Comité d'éthique compétent". Enfin (point 5), il se prononce contre les maternités de substitution. Plus encore, il vient affirmer que "le recours à ces pratiques est, en l'état du droit, illicite. Elle réalise une cession d'enfant. Un tel contrat ou engagement est nul par son objet, et est contracté en fraude à la loi relative à l'adoption".

La progression de l'argumentation laisse constater le glissement de la science à la norme déjà évoqué : de l'affirmation d'une compétence scientifique, le Comité vient à se prononcer sur les pratiques sociales souhaitables ; des réticences sur sa propre légitimité, il prend position sur la teneur du droit.

Or l'état du droit n'est pas aussi stable et homogène que le Comité veut bien le dire. Les interrogations juridiques se multiplient. Par une lettre du 19 décembre 1986 le Premier ministre demande au Conseil d'État de réaliser une étude sur la bioéthique dans les termes suivants : "*Comme l'a relevé le Comité national d'éthique, les recherches scientifiques sur le corps humain, ainsi que l'application de ses recherches, posent des questions morales dont la solution paraît résider, au moins en partie, dans une adaptation de notre droit, voire dans la création de normes juridiques inédites*"<sup>22</sup>. Sur la question des maternités de substitution, le Conseil d'État exprimera une position proche de celle du Comité<sup>23</sup>.

Le contentieux porté devant les juridictions présente, au moins dans un premier temps, un bilan plus contrasté. Une première série de décisions concerne la régularité des associations organisant les maternités de substitution. A partir de 1988, le Ministère de la justice ordonne aux procureurs de la République compétents d'agir en justice pour faire annuler toutes les associations ayant pour but de faciliter la maternité de substitution. Les recours formés par les associations seront sans succès aussi bien devant les juridictions judiciaires (lorsque la dissolution est contestée) que devant les juridictions administratives (lorsqu'il est question du refus d'inscrire l'association).

Une seconde série de décision porte sur l'adoption des enfants nés d'une mère porteuse. A défaut de conflit entre les personnes, les procureurs agissent "dans l'intérêt de la loi" pour faire annuler les adoptions qu'ils estiment irrégulières. En première instance, certaines décisions admettent l'adoption dans l'intérêt de l'enfant, d'autres la refusent. La Cour d'appel de Paris est appelée à trancher dans plusieurs affaires. Par des arrêts rendus le 15 juin 1990, elle décide que les adoptions sont

---

<sup>22</sup>. *De l'éthique au droit, op. cit.*, p. 7. C'est nous qui soulignons.

<sup>23</sup>. *Ibid.*, p.65.

régulières et déclare les maternités de substitution conformes au droit<sup>24</sup>. La décision des juges vient contredire l'avis exprimé par le Comité d'éthique.

La politique des corps prend alors la tournure d'une bataille judiciaire. Un pourvoi en cassation est formé contre l'arrêt d'appel. Réunie en assemblée plénière le 31 mars 1991<sup>25</sup>, la Cour de cassation se prononce contre les maternités de substitution au nom d'un nouveau principe : l'indisponibilité du corps humain. Pour prendre leur décision, les juges ont estimé devoir recourir à un procédé peu courant en droit français qui consiste à écouter une personne au cours de l'audience en qualité d'*amicus curiae*. En l'espèce cet ami de la Cour n'est autre que Jean Bernard, ancien président du Comité consultatif national d'éthique, dont les positions contre les pratiques de maternité de substitution sont bien connues pour avoir été exprimées dans l'avis mentionné et surtout, à titre personnel, dans un ouvrage où il dénonce le caractère mercantile de l'opération et le rôle des "médecins ou des intermédiaires qui organisent ce curieux trafic"<sup>26</sup>. Au terme de l'évolution décrite, les juges ont tranché en "conformité" avec l'avis du Comité consultatif national d'éthique. La solution sera reprise par la loi quelques années plus tard<sup>27</sup>.

Au delà du problème exposé, c'est à l'élaboration d'une politique juridique des corps humain qu'il convient de tirer des enseignements. Observons tout d'abord que la diversité formelle des autorités (comité d'éthique, administration, juridictions, parlement) importe moins que le position prise au sein d'une société donnée. Constatons ensuite la fluidité entre les sources du droit : la politique contractuelle organisée par les associations provoque la réaction d'une politique administrative, puis donne lieu à une politique jurisprudentielle relayée par une politique législative. Soulignons enfin le poids pris par le *pouvoir bioéthique* dans l'élaboration d'une politique juridique des corps et prenons conscience de la manière dont il se manifeste au contact de l'exécutif, du judiciaire ou du législatif. Pour être consultatif, le Comité d'éthique n'exerce pas moins une influence déterminante auprès des trois pouvoirs. L'influence du grand médecin ou du chercheur en biologie rejoint celle du conseiller du prince pour édicter des règles, en justifier le bien fondé, en proposer les conditions d'applications.

Par leurs connaissances ou leurs fonctions, les médecins ne sont pas seulement appelés à influencer le cours d'une législation, ils sont surtout mis en position de poser des principes et de prendre des décisions concrètes au sein d'un hôpital public, d'une clinique privée, ou d'un laboratoire pharmaceutique. Confinée à un établissement médical ou un institut de recherche, ces régulations ne sont pas moins

---

<sup>24</sup>. Paris 15 juin 1990, in *Jurisclasseur périodique, édition générale*, 1990.II.21653, note Bernard Edelmann et Catherine Labrusse-Riou. "la promesse de la mère substituée et la situation résultant de sa réalisation doivent être déclarées licites au regard tant des principes généraux que des règles légales applicables".

<sup>25</sup>. Ass. plénière, 31 mars 1991, *Jurisclasseur périodique, édition générale* 1991.II.21752 Aud. Jean Bernard, concl. H. Dontenville, note François Terré, in *Recueil Dalloz*, 1991, p. 417, rapport Chartier, note Dominique Thouvenin.

<sup>26</sup>. Jean Bernard, *op. cit.*, p. 95-97.

<sup>27</sup>. Les dispositions adoptées par les lois du 29 juillet 1994 figurent à l'article 16-7 du Code civil (Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle), et à l'article 227-12 alinéa 3 du Code pénal.

juridiques que d'autres<sup>28</sup>. Et les autorités compétentes au sein de cet ordre juridique miniature sont confrontées à la difficulté de concilier des intérêts parfois contradictoires : protéger les corps et de développer des innovations, garantir une sécurité maximale et répondre à des impératifs de productivité. Que les médecins ou les biologistes déterminent une politique juridique des corps n'est pas mauvais en soi. Encore faut-il que cette politique soit assumée en tant que telle. Encore faut-il surtout ne pas la réduire aux dimensions d'une déontologie professionnelle, car elle concerne chacun de nous. C'est pourquoi les intérêts en jeu et les éléments pris en compte devraient être plus explicites. Les discours rassurants prennent trop souvent le pas sur l'information pertinente. Les citoyens sont alors tenus en retrait et laissés dans l'inquiétude de croire à la médecine autant que de la mettre en doute, voire de la redouter. En définitive, la politique des corps humains n'est pas plus démocratique ou transparente qu'une autre. Le problème est qu'elle donne le vertige par les horizons qu'elle déploie.

### III Quels sont les horizons de la politique des corps ?

C'est sans doute dans les politiques d'amélioration de l'espèce humaine que le lien entre la biologie, la médecine et l'organisation de la cité apparaît avec le plus de force. Les pratiques ne sont pas nouvelles. La peur de la dégénérescence et le souhait de fortifier les membres d'un groupe ont conduit à une sélection des corps. C'est l'eugénisme. Le mot fait peur parce qu'il rappelle les actes criminels perpétrés par les nazis dans le cadre d'une logique d'extermination. A l'enchaînement des sonorités (eugénisme, euthanasie, nazisme) s'ajoutent la filiation des pratiques. En Allemagne les pratiques se sont en effet succédées les unes aux autres. Et il faut lire l'enquête qui rappelle comment le souhait d'améliorer l'espèce humaine a conduit à identifier les races inférieures, à en interdire la reproduction, puis à en éliminer collectivement les individus<sup>29</sup>. Quels ont été les éléments qui ont permis la mise en place d'une politique de destruction des corps ?

L'idéologie raciale doit bien sûr ici être mentionnée. Mais elle n'aurait pu prospérer sans le soutien de scientifiques (médecins, psychologues, anthropologues) et de juristes. La politique a été d'autant plus efficace qu'elle a su donner une justification scientifique à la différence des races et a fourni des bases juridiques à la ségrégation et à l'extermination<sup>30</sup>. Dire qu'il n'y avait pas là *science* ou *droit* élude la

<sup>28</sup>. Voir notre article, "La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ?", in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 247-283.

<sup>29</sup>. Benno Müller-Hill, *Science nazie, science de mort. L'extermination des juifs des tziganes et des malades mentaux de 1933 à 1945*, trad. Olivier Mannoni, Paris, Odile Jacob, 1989, p. 193 qui présente une chronologie de la discrimination, de la ségrégation, et de l'extermination des "différents".

<sup>30</sup>. Quelques repères suffiront à montrer l'alternance de la science et du droit : en 1927 la société de l'Empereur Guillaume fonde l'institut "Anthropologie, théorie de l'hérédité humaine et eugénisme"; en 1933 la "loi sur la prévention et de la transmission des maladies héréditaires" est promulguée, elle permet la stérilisation forcée, les groupes visés ne cesseront d'être étendus ; en 1935 la "Loi sur la protection du sang allemand et de l'honneur allemand" interdit les mariages entre "Juifs et citoyens de sang allemand" ; en 1939, l'Opération Euthanasie est lancée, les pouvoirs de certains médecins sont étendus "pour que des malades incurables selon les critères humains puissent, après un examen critique de leur état de santé, voir mettre un terme à leur souffrance".

question ; il y avait bien une prétention d'agir au nom de la science et du droit. Plus encore, les critères formels de validité des connaissances scientifiques et des normes juridiques ont été souvent respectés<sup>31</sup>.

On comprend alors pourquoi le débat sur l'eugénisme est si délicat à mener<sup>32</sup>. Il est écrasé par le poids de l'histoire<sup>33</sup>. Pour s'en défaire, l'eugénisme nouveau utilise deux stratégies rhétoriques. La première consiste à proposer les distinctions nécessaires pour mettre à l'écart ce qui provoque le malaise. Ainsi il faudrait opposer l'eugénisme positif à l'eugénisme négatif ; l'eugénisme individuel à l'eugénisme d'État, l'eugénisme civilisé à l'eugénisme barbare. L'amélioration de l'espèce est ici souvent assumée sur le mode libéral de l'action individuelle, la contrainte étatique devant s'effacer devant le choix des personnes privées. La deuxième stratégie part du refus de parler d'eugénisme. Le but est de donner l'illusion que le domaine médical est par nature étranger à l'eugénisme. Cela conduit à trouver des substituts pour parler de ce qui ressemble, de près ou de loin, à une sélection à partir de critères génétiques. C'est ainsi notamment que certains médecins proposent de parler d'orthogénie.

Si la sélection génétique n'a pas trouvé sa place dans le discours médical, les pratiques, au demeurant fort légitimes, se développent. L'avortement thérapeutique est déjà une forme de sélection. Les techniques se raffinent : le recours au diagnostic prénatal et le cas échéant préimplantatoire<sup>34</sup> permettent d'avoir accès à des informations sur l'embryon à naître ; l'aptitude à détecter des maladies génétiques à un stade de plus en plus précoce pourrait conduire à des interventions pour corriger les anomalies les plus graves. C'est en particulier le but des thérapies géniques qui sont pour l'heure expérimentales, mais dont les conquêtes semblent assurées sous réserve du respect des règles éthiques et juridiques<sup>35</sup>.

La crainte du pouvoir scientifique conduit parfois à des dramatisations ridicules et assez sottes comme en témoigne la phobie du clonage comme double de soi. L'excès inverse est souvent comique lorsqu'il exprime le conservatisme ambiant : la rencontre du sperme d'un prix Nobel et de l'ovule d'un mannequin fait rêver. Notre société change, mais il semble toujours préférable d'être un garçon intelligent ou une jolie fille (il va de soi que personne ne songe ici à un superbe mâle ou une femme de génie) qu'un niais ou un laideron. L'idée que les thérapies géniques se prolongent un jour par une recherche de la perfection humaine est-elle pour autant stupide ? Cela

---

<sup>31</sup>. Le positivisme juridique est ici accusé, sans d'ailleurs que les arguments prenant appui sur le droit naturel gagnent en autorité.

<sup>32</sup>. Pierre-André Taguieff, "Sur l'eugénisme : du fantasme au débat", *Pouvoirs*, 1991, p. 23.

<sup>33</sup>. C'est du moins le cas en Europe. En Chine ou même aux États-Unis, la situation semble assez différente. Voir Daniel J Kevles, *In the Name of Eugenics. Genetics and the use of human heredity*, Harvard University Press, 1995.

<sup>34</sup>. L'article L. 162-17 du Code de la santé publique réserve le diagnostic préimplantatoire aux couples "présentant une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic".

<sup>35</sup>. La thérapie génique consiste à apporter des soins par la modification du patrimoine génétique d'un individu. Dans l'espace de trois mois le journal *Le Monde*, a pu annoncer en France la "Première mondiale d'une thérapie génique qui marche" (30 décembre 1999), et un "Coup d'arrêt provisoire à certains essais de thérapie génique aux États-Unis" (samedi 19 février 2000).

n'est pas sûr. Du reste, si l'on échappe au syndrome du bébé sur mesure ou de la "santé parfaite", il faudra bien tracer la ligne de partage entre les thérapies géniques souhaitables et celles qui ne le sont pas. Or quels sont les critères pertinents de "normalité" ? Qui devra décider et sur la base de quelles informations ?

A défaut d'apporter une réponse concrète, l'analyse de textes juridiques internationaux<sup>36</sup>, européens ou nationaux fournit un point de départ utile à une réflexion à la fois périlleuse et indispensable. Adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe à Oviedo le 4 avril 1997, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine dispose dans son article 13 qu'"une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance". Dans son chapitre II intitulé "Du corps humain", le Code civil déclare à l'article 16-4 : "Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de la personne humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne"<sup>37</sup>.

Deux constats élémentaires peuvent être tirés de ces textes : la modification génétique d'un corps humain est permise sous certaines conditions ; les restrictions sont accrues lorsque ces modifications ont des effets dans le temps<sup>38</sup>. Or la compétitivité économique qui est d'ailleurs aussi souvent scientifique incite à la vitesse plutôt qu'à la prudence. Et si en droit communautaire le corps humain ne peut constituer une invention brevetable<sup>39</sup>, il en va autrement de ses éléments, y compris de la séquence d'un gène qui "peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel"<sup>40</sup>. Faut-il se rassurer par l'interdiction de breveter les "procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain"? Simple question affolante pour montrer que les choses sont en marche.

Étudier la génétique, sélectionner des espèces, modifier les gènes ne sont pas des activités nécessairement liées entre elles. Un simple regard sur l'évolution de l'agriculture ou de l'élevage montre pourtant à quel point elles peuvent être coordonnées. Dans les scénarios les plus sinistres, ce qui a été appliqué aux plantes ou aux animaux pourrait un jour s'accomplir au sein de l'espèce humaine. Les inégalités s'inscriraient alors dans la réalité des corps sur un mode inédit. Le "meilleur des mondes" est à nos portes et chacun est libre d'interpréter la formule à sa guise. Dans ces circonstances, l'urgence est de penser.

---

<sup>36</sup>. La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme a été adoptée le 9 décembre 1998 dans le cadre de l'Unesco.

<sup>37</sup>. L'article L. 511-1 du Code pénal prévoit une peine de vingt ans de réclusion criminelle.

<sup>38</sup>. On retrouve ici la distinction entre la thérapie somatique de la thérapie germinale, c'est-à-dire susceptible de se transmettre héréditairement.

<sup>39</sup>. En ce sens, voir l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>40</sup>. Article 5 et 6-2 de la Directive n°98/44/CE du 6 juillet 1998 .

Lorsque Platon énonce dans *la République* les meilleures règles de gouvernement des hommes, il utilise l'image pastorale du berger chargé d'élever des moutons et de conduire son troupeau. La métaphore a servi de point d'appui pour appeler à des règles pour le parc humain<sup>41</sup>.

Voilà une stimulante manière de provoquer la réflexion sur ce qui doit être pensé aujourd'hui : une politique juridique des corps. L'enjeu se comprend en négatif. Garder le silence c'est laisser prospérer l'eugénisme à l'ombre des idées diffuses et parfois malsaines de sélection naturelle. Sortir de la tragédie qui en a été l'issue historique suppose de définir de nouveaux horizons. Encore faut-il oser une parole que les scientifiques et les juristes n'ont pas prise pour défendre les corps des juifs, des tziganes et des prétendus déviants et anormaux. Encore faut-il avoir le courage de défendre une politique des corps dans l'arène publique. Alors vous qui voulez sélectionner, dites nous pour quoi faire ?

Rafael Encinas de Munagorri  
Professeur de droit

---

<sup>41</sup>. Peter Sloterdijk, *Règles pour le parc humain. réponse à la lettre sur l'humanisme de Heidegger*, Éditions Mille et une nuits, La petite collection, n° 262, 2000, p. 43-52. Situer le sens de la démarche suppose de préciser l'ambition du texte : montrer que l'humanisme n'est plus apte à contenir la bestialité des hommes et appeler à l'émergence d'une "nouvelle philosophie, non classique, non néo-idéaliste, qui ne rêve pas au-delà des combats mondiaux et de la technique".