

# L'EUGÉNISME ET LA PROTECTION DE L'ESPÈCE HUMAINE DANS LES LOIS BIOÉTHIQUES VERS UNE NOUVELLE CONSTRUCTION JURIDIQUE DE L'HOMME

Marcela IACUB

**RÉSUMÉ :** L'objet de cette étude est de montrer les enjeux que posent aux droits de l'homme les lois bioéthiques de juillet 1994 en ce qui concerne l'application des biotechnologies à la reproduction. À cette fin, sont analysés des dispositifs juridiques mis en place dans la loi pour sélectionner des embryons et pour transformer leurs caractères génétiques. Ces résultats sont ensuite comparés aux procédés eugéniques employés en Occident dans la première moitié du xx<sup>e</sup> siècle. Cela conduit à récuser la catégorie d'eugénique pour rendre compte du projet biopolitique des lois bioéthiques. En conclusion, il s'avère que les enjeux posés par cette législation aux droits de l'homme concernent le sort qu'elle a réservé à la notion d'homme et de sujet de droit.

**MOTS-CLÉS :** lois bioéthiques, eugénisme, espèce humaine, droits de l'homme, biotechnologies.

**ABSTRACT :** *The aim of this study is to bring to the fore some issues concerning human rights unleashed by the bioethical laws of July 1994, regarding the application of biotechnologies to reproduction. To achieve this aim, an analysis is offered of the legal arrangements, set by law in order to determine the procedures related to the selection of embryos and the transformation of their genetic characteristics. These analyses are then compared to the eugenic procedures instituted in the West during the first half of the xx<sup>th</sup> century. As a result, the idea is challenged, that eugenics is a category fit for the characterising the biopolitical project contained in the bioethical laws. To conclude, the aim is made that what is at stake, as far as human rights are concerned, is the fate of the idea of man and of the subject of rights that is involved in these laws.*

**KEYWORDS :** *bioethic laws, eugenics, human species, human rights, biotechnologies.*

*ZUSAMMENFASSUNG : In dieser Studie soll gezeigt werden, welche Herausforderungen die im Juli 1994 erlassenen Gesetze zur Bioethik für die Menschenrechte darstellen, insbesondere im Zusammenhang mit der Anwendung der Biotechnologie auf die Fortpflanzung. Zu diesem Zweck wird untersucht, welche juristischen Möglichkeiten das Gesetz bietet, um Embryonen auszuwählen, deren genetische Eigenschaften verändert werden sollen. Anschließend werden die Ergebnisse dieser Untersuchung mit den eugenischen Maßnahmen verglichen, die in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in den westlichen Ländern durchgeführt worden sind. Für uns ergibt sich daraus eine Ablehnung der eugenischen Kategorien, die bei der Durchführung der aus den bioethischen Gesetzen abgeleiteten biopolitischen Pläne zum Tragen kommen. Wir kommen zu dem Schluß, daß durch die Herausforderung, die diese Gesetze für die Menschenrechte darstellen, die Begriffe Mensch und juristisches Subjekt in Frage gestellt werden.*

*STICHWÖRTER : bioethische Gesetze, Eugenik, menschliche Spezies, Menschenrechte, Biotechnologie.*

Marcela IACUB, née en 1964, est docteur en droit et sciences sociales de l'École des hautes études en sciences sociales. Chargée de recherches au Centre national de la recherche scientifique (Centre de recherches Sens, Éthique et Société, elle a codirigé le volume *Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité* (Paris, Presses universitaires de France, 1999). Ses recherches portent essentiellement sur le droit de la bioéthique.

Adresse : CERSES, CNRS, 59 rue Pouchet, F-75017 Paris.

Courrier électronique : MARCELA.IACUB@wanadoo.fr.

Dans les années 1980, l'explosion des biotechnologies de la procréation a mis la question eugénique au devant de la scène. Un grand débat s'est alors ouvert qui a opposé les partisans et les adversaires de l'eugénisme<sup>1</sup>. Pour les uns, les biotechnologies sécrétaient par leur nature même de l'eugénisme, et ce mot était l'anathème avec lequel on évoquait le projet de la médecine nazie ; pour les autres, il était possible d'envisager la constitution d'un eugénisme non-raciste et démocratique visant l'amélioration du patrimoine génétique de l'homme par un contrôle et une orientation de sa reproduction<sup>2</sup>.

Avec le recul, l'on peut relativiser la portée de ces débats. Les amalgames rapides avec les politiques passées, les querelles surinvesties autour de la valeur d'un mot, ont obscurci les véritables enjeux que les biotechnologies de la procréation étaient susceptibles de poser au droit contemporain.

Il est proposé, ici, de mesurer ces enjeux à partir de l'analyse des dispositifs mis en place par la législation dite bioéthique<sup>3</sup> de juillet 1994. Cet examen permettra de mettre en avant les principaux problèmes juridiques que ces textes posent, notamment l'apparition d'un nouveau domaine de droits liés aux conditions biologiques de naissance. Il sera tenté aussi de soulever tout un autre spectre de problèmes — plus lointains et hypothétiques que les premiers — qui concerne l'éventuelle transformation du patrimoine génétique des êtres humains.

#### LE SORT DU MOT EUGÉNIQUE DANS LES LOIS BIOÉTHIQUES

Dans les lois bioéthiques, le mot « eugénique » a acquis une connotation péjorative. Il fait allusion à une antivaleur qui ne trouve un sens, que dans son opposition à une autre formule, non moins obscure, l'« intégrité de

1. Voir la portée et l'évolution de ce débat en France : Jean-Paul THOMAS, *Les Fondements de l'eugénisme*, Paris, Presses universitaires de France (Que sais-je?), 1995, p. 85-97. Pour les pays anglo-saxons, voir Daniel KEVLES, *Au nom de l'eugénisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

2. Voir, en premier lieu : Jacques TESTART, *Le Désir du gène*, Paris, Flammarion, 1994, p. 105-163 ; Claire AMBROSELLI, *L'Éthique médicale*, Paris, Presses universitaires de France (Que sais-je?), 1988 ; en second lieu : Pierre-André TAGUIEFF, « Sur l'eugénisme. Du fantasme au débat », *Pouvoirs*, 56, 1991, p. 23-64.

3. Voir Noëlle LENOIR, « Les États et le droit de la bioéthique », *Revue de droit sanitaire et social*, vol. XXI, 2, avr.-juin 1995, p. 257-274.

l'espèce humaine ». En effet, « eugénique » apparaît comme ce qui s'oppose, ce qui menace, ce qui est susceptible de porter atteinte à l'« intégrité de l'espèce humaine ». Celle-ci est devenue, par ailleurs, pour la première fois en droit français, un objet de protection juridique, inscrit dans le code civil<sup>4</sup>, dans le code pénal et dans le code de la santé publique. Or, aucune définition n'a été donnée de cette expression de même que de celle d'eugénique. Il paraît donc indispensable de se rapporter aux textes normatifs afin de comprendre le sens de ces expressions.

L'article 16-4 du code civil s'ouvre par un interdit : « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine », dont le contenu se précise dans les deux alinéas suivants :

« 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. »

Ce texte interdit donc deux types d'actions : l'organisation de la sélection des personnes en tant que pratique eugénique et la transformation des caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.

Ces règles vont être analysées à la lumière des dispositions contenues dans le code de la santé publique et dans le code pénal avant de proposer une définition de ce que l'on doit entendre dans les lois bioéthiques par « protection de l'intégrité de l'espèce humaine » et de son revers, l'« eugénique ».

### *L'organisation de la sélection des personnes*

La première interdiction que pose l'article 16-4 du code civil est la sélection des personnes quand cette sélection s'organise en forme de pratique eugénique. *A contrario*, elle est autorisée quand elle n'est pas organisée en forme de pratique eugénique. Il faudrait donc se demander ce que signifie sélectionner des personnes et comprendre quand, selon la loi, on peut qualifier d'eugénique une telle action.

Pour envisager ce problème, nous tiendrons compte des règles du code de la santé publique qui autorisent certaines pratiques qui se rapprochent, au moins dans leurs buts, de la sélection des personnes. La logique qui les

---

4. Code civil, liv. I, chap. II, « Du respect du corps humain », loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

anime ainsi que les sanctions pénales prévues par ces lois sont susceptibles de montrer ce à quoi elles s'opposent, c'est-à-dire, ce que signifie l'organisation de la sélection des personnes en tant que pratique eugénique.

Les lois bioéthiques ont organisé dans le code de la santé publique<sup>5</sup> trois stades différents dans la sélection des entités susceptibles à divers degrés de devenir des personnes : les gamètes, les embryons et les fœtus. Ces procédures ont été instituées dans des règles relatives à l'assistance médicale à la procréation (AMP), aux diagnostics préimplantatoire (DPI) et prénatal (DPN) et à l'avortement thérapeutique. Dans les trois cas de figure, les décisions susceptibles de les éliminer du circuit de la vie doivent être fondées sur les mêmes jugements de valeur.

La loi définit l'assistance médicale à la procréation comme

« les pratiques cliniques et biologiques permettant : la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel<sup>6</sup> ».

La procréation en dehors du processus naturel est donc autorisée dans deux cas de figure : l'infertilité médicalement diagnostiquée et l'éventuelle transmission à la descendance d'une maladie d'une particulière gravité. Cette deuxième ouverture à l'assistance médicale à la procréation permet non seulement à un couple stérile de procréer mais aussi de sélectionner des gamètes et des embryons. La possibilité de transmettre à l'enfant projeté une maladie d'une particulière gravité autorise à ne pas choisir un certain type de gamètes ou d'embryons « suspects ». Le critère de sélection institué dans la loi se fonde ainsi dans la catégorie du normal et du pathologique. La pratique eugénique serait, *a contrario*, toute sélection des gamètes ou des embryons qui ne se trouverait pas fondée sur ce jugement de valeur. Pour compléter ces dispositions, le code pénal punit d'emprisonnement et d'amende le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des *fins autres* que celles définies par le code de la santé publique<sup>7</sup>.

Il en va de même pour le diagnostic préimplantatoire. Il s'agit d'un diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro*, autorisé à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

« Un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire [...] doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a

5. Loi 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

6. Code de la santé publique, art. L 152-1.

7. Code pénal, art. 511-24.

une probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Le diagnostic ne peut être effectué que lorsque a été préalablement et précisément identifié, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie [...]»<sup>8</sup>.

Les mêmes critères sont posés, enfin, pour procéder à la sélection des fœtus. Le diagnostic prénatal est réalisé à partir des analyses de cytogénétique et de biologie, il a pour but de détecter *in utero* une affection d'une particulière gravité<sup>9</sup> et il peut avoir comme conséquence une interruption de grossesse. Celle-ci peut être pratiquée, selon la disposition introduite par la loi du 17 janvier 1975, à toute époque, si deux médecins attestent que l'enfant à naître sera « atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »<sup>10</sup>.

Ainsi, dans l'assistance médicale à la procréation, dans les diagnostics prénatal et préimplantatoire, les lois bioéthiques mettent en place des dispositifs de sélection des personnes. La sélection des fœtus et des embryons permet d'éliminer ceux qui sont atteints de maladies d'une particulière gravité et incurables au moment du diagnostic. Cette forme d'organisation de la sélection des personnes n'est pas qualifiée de pratique eugénique. Elle le serait si l'élimination du fœtus ou de l'embryon obéissait à des critères autres que celui du normal et du pathologique.

L'article 16-4 du code civil autorise donc l'organisation de la sélection des personnes quand il s'agit de préserver la persistance de certaines caractéristiques considérées comme normales, de corriger les défaillances d'une nature qui, sans elles, ne devrait pas être violée. Dès lors, l'eugénique est un adjectif qui s'applique à toute intervention sur le processus de la reproduction qui ne vise pas à rétablir cette normalité mais à d'autres comportements qui se définissent par opposition à ce jugement de valeur.

Cette forme d'organisation de la sélection des personnes révèle, par ailleurs, d'autres particularités qui peuvent être opposées, dans la grammaire des lois bioéthiques, à la qualification d'eugénique. Les paramètres institués par la loi pour autoriser l'élimination des gamètes, des embryons et des fœtus ne sont ni fixes ni prédéterminés. Les expressions employées telles que *affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic*, *maladie génétique d'une particulière gravité* ou *anomalie* sont des jugements de valeur qui peuvent se rapporter à des faits différents à chaque fois et dont la qualification est de la compétence de l'administration sanitaire. *A contrario*, une pratique eugénique serait en ce

---

8. Code de la santé publique, art. 162-17.

9. *Ibid.*, art. 162-16.

10. *Ibid.*, art. 162-17.

sens la mise en place de critères fixes, stables et prédéterminés par la loi et qui obligerait les responsables de l'administration médicale autant que tout autre particulier. Précisément, l'idée de fixité de ces paramètres est apparue comme ayant une portée eugénique intolérable lors des discussions parlementaires ; par exemple, le dépistage systématique des enfants trisomiques conçu comme choix de santé publique<sup>11</sup>. Néanmoins, comme les décisions prises par les instances médicales doivent être élaborées au sein des institutions soumises à un contrôle administratif centralisé<sup>12</sup>, on peut s'attendre à la constitution progressive et officieuse de certains paramètres uniformes.

Contre l'eugénique, ou plutôt contre une certaine manière de l'entendre, le législateur a laissé livrée à la volonté des parents l'élimination de leurs gamètes, de leurs embryons et de leurs fœtus. Si ceux-ci présentent certaines anomalies, ils peuvent être éliminés, mais pas obligatoirement. Les législateurs ont accepté l'existence d'un certain eugénisme individuel compte tenu des possibilités pour les familles de « faire un certain nombre de choix face aux maladies génétiques de leurs enfants ». Ce qu'il fallait tenter, par contre, c'était « de protéger notre société afin que des mesures d'État, des mesures concertées, ne conduisent pas à des pratiques instituant un eugénisme collectif<sup>13</sup> ».

Néanmoins, ce choix de conscience qui s'opposerait à une sélection collective est jalousement contrôlé par la loi. La sélection résulte de la volonté d'individus investie et encadrée par les décisions des instances médico-administratives instituées par les lois bioéthiques. Le choix des parents, qui est fondamental pour décider de l'élimination des enfants à naître, ne peut que s'accorder aux valeurs et aux objectifs de l'Administration.

### *La modification de la descendance de la personne*

Le troisième alinéa de l'article 16-4 du code civil établit :

« 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. »

En introduisant ce paragraphe, les législateurs ont rappelé que :

« L'eugénisme est la science qui étudie et met en œuvre les méthodes susceptibles d'améliorer les caractères propres des populations humaines, essentielle-

11. Rapport BIGNON, Assemblée nationale, n° 1062 (annexe), mars 1994, p. 36 ; Jean-François MATTEI, Assemblée nationale, 20 avr. 1994, p. 986.

12. Code de la santé publique, art. 162-12 et 184-3.

13. Rapport BIGNON, *op. cit. supra* n. 11, p. 36.

ment fondée sur les connaissances acquises en hérédité [et que] cette disposition vise à éviter que ne soit limitée la recherche sur les maladies génétiques du fait de la prohibition par loi de tout agissement conduisant à des pratiques eugéniques<sup>14</sup>. »

Depuis sa promulgation, ce texte a suscité autant de perplexité que de critiques. S'il interdit la transformation des caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne, il laisse ouverte la possibilité de faire des recherches visant la prévention et le traitement des maladies génétiques qui pourraient avoir un tel but. En outre, si l'on se tient à une interprétation stricte de ce texte, la transformation des caractères génétiques susceptibles de modifier la descendance de la personne pourrait être autorisée dans deux cas de figure différents. Lorsque l'objet de cette action est le résultat accidentel d'une thérapie employée pour guérir la maladie d'une personne, comme dans l'hypothèse d'une chimiothérapie, elle ne saurait être interdite. Il en va de même lorsque les transformations génétiques ont une finalité thérapeutique, c'est-à-dire, qu'elles ne constituent pas un but en soi mais un effet, une conséquence d'une telle thérapie. En effet, si le législateur avait voulu interdire les transformations génétiques transmissibles à la descendance, dans ce deuxième cas de figure il aurait dû employer une formule proche de celle du décret de 1997 concernant la recherche sur l'embryon<sup>15</sup>. Ce texte précise que les recherches interdites sont celles qui ont pour objet ou qui risquent d'avoir pour effet de modifier le patrimoine génétique. De ce fait, si la transformation des caractères génétiques transmissibles à la descendance cherche, non pas la transformation en soi, mais la guérison d'une maladie transmissible, elle ne semble pas s'opposer à la règle de l'article 16-4 du code civil. On peut donc convenir que la loi établit à ce sujet la même distinction qu'elle opère entre sélection normalisatrice et sélection eugénique. S'il s'agit de corriger les erreurs de la nature, il est légitime d'intervenir afin de modifier le patrimoine génétique d'une personne, le patrimoine qu'elle va transmettre à sa descendance. Si, par contre, il s'agit de rechercher d'autres objectifs, cela est interdit.

La quête de la santé pourrait-elle autoriser des transformations de caractères génétiques qui rapprochent une personne des autres êtres humains ? Faut-il respecter une quelconque idée d'espèce humaine ? Grâce à la transgénèse, il est possible de transférer à un organisme des gènes étrangers de manière à ce qu'il les transmette à sa descendance. On peut se demander si

---

14. Rapport Bignon, *op. cit. supra* n. 11, p. 35.

15. Voir, à cet égard, le rapport de Alain CLAEYS et Claude HURIET, *L'Application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Paris, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 18 fév. 1999, p. 122-139.



les lois bioéthiques interdisent ou autorisent que, par cette voie, l'on puisse introduire chez l'embryon des gènes provenant d'autres espèces.

La loi allemande du 13 décembre 1990 relative à la protection des embryons pénalise formellement les mélanges génétiques entre un embryon humain et un embryon animal ainsi que son implantation dans le corps d'une femme. Elle punit aussi le fait de réunir un embryon humain et une cellule contenant d'autres informations génétiques que les cellules de l'embryon et susceptible de se différencier avec celui-ci. La loi espagnole du 22 novembre 1988<sup>16</sup> est beaucoup moins sévère puisqu'elle interdit le mélange des espèces sauf en cas d'autorisation administrative.

Les lois bioéthiques ne contiennent aucune interdiction formelle à ce sujet. L'on peut donc conclure que ces mélanges ne devraient pas être interdits en principe s'ils présentent un intérêt thérapeutique. Jacques Testart avait ironiquement suggéré que l'autorisation de ces pratiques au nom de la santé pouvait nous faire songer à la fabrication d'un homme puzzle doté d'un foie de veau, d'un cœur de porc et de poumons d'un bouc : il resterait un homme — écrivait-il — mais en partie comestible. Chaque homme serait ainsi déclaré plus proche, au moins par la chair, d'une bête ou d'une autre, plutôt que d'un autre homme. Dès 1941, Jean Rostand avait pensé à cette hypothèse consistant à mettre la bête dans l'homme :

« On pourrait se demander, pour offensante qu'une telle idée doive paraître à notre orgueil, si nous n'aurions pas intérêt à annexer à notre patrimoine héréditaire quelques gènes provenant de telle ou telle espèce animale » ;

et il soulignait la possibilité de faire ainsi repartir notre évolution vers on ne sait quelles destinées<sup>17</sup>. Les lois bioéthiques paraissent autoriser la réalisation de telles utopies dans la mesure où ces modifications ont pour but de rattraper les défaillances de la nature. Si l'on pousse cette logique jusqu'à l'absurdité, la quête de la disparition des maladies peut avoir des conséquences inouïes : être normal pourrait nous conduire éventuellement à ressembler génétiquement plus à un animal qu'à un homme. C'est ainsi que le seul repère, la seule limite en ce qui concerne la modification de la descendance de la personne est la disparition des pathologies, critère qui prime sur celui de la protection de certains caractères que l'on rattache à l'espèce humaine.

Or, en dépit de tout l'horizon des possibles que l'article 16-4 semble ouvrir si l'on prend la peine de l'interpréter soigneusement, il présente de

16. Ley 35/1988 del 22 de noviembre 1988 sobre técnicas de reproducción asistida ; voir, à ce sujet, Roberto ANDORNO, « La loi espagnole sur la procréation artificielle, ou le triomphe du primat technicien », *Revue éthique*, automne 1991, p. 86-94.

17. Cité in J. TESTART, *op. cit. supra* n. 2, p. 153.

prime abord une facture problématique et ambiguë. Celle-ci trouve ses origines dans la crainte suscitée par les thérapies géniques germinales, lesquelles, à la différence des thérapies géniques somatiques, modifient le patrimoine génétique qu'un individu va transmettre à sa descendance. En effet, si la correction génique est réalisée sur l'œuf fécondé toutes les cellules de l'individu seront modifiées y compris les cellules germinales. Ce type de thérapie a pour effet de modifier le patrimoine génétique du sujet et aussi celui de sa descendance à la différence des thérapies géniques somatiques qui portent sur des cellules qui n'interviennent pas dans la reproduction et qui ressemblent dans leur principe à la greffe d'organes. Les lois bioéthiques n'interdisent pas formellement les thérapies géniques germinales même si, lors des discussions parlementaires, la distinction entre thérapies géniques somatiques et germinales avait été posée<sup>18</sup>. Par ailleurs, le code pénal ne sanctionne que l'organisation de la sélection des personnes et non la transformation des caractères génétiques.

Ces thérapies ont suscité un grand nombre de fantasmes, lesquels, sous couvert d'eugénisme, n'ont fait que mettre en avant la réticence radicale à l'égard des nouvelles techniques procréatives<sup>19</sup>. En effet, les généticiens ont essayé en vain de relativiser la portée des thérapies géniques germinales. Parmi les arguments avancés, l'on a souligné que la possibilité de modifier les lignées germinales peut être neutralisée par une nouvelle intervention sur les lignées germinales, ce qui lui empêche d'être irréversible<sup>20</sup>. La toute-puissance médicale peut, de ce fait, être neutralisée par une autre intervention de cette toute-puissance médicale. Il paraît dès lors absurde dans ce domaine de raisonner en termes de lignées, lesquelles, une fois touchées, ne le seront plus dans le futur. Au fond, derrière cette crainte, l'on peut déceler une autre qui tient au rôle que l'on accorde aux nouvelles techniques procréatives. Ce rôle, doit-il être subsidiaire, purement orthopédique des égarements de la nature ou, au contraire, doit-il se substituer à celle-ci ? Il y a lieu de penser que le législateur a fait à cet égard un choix rusé. En effet, il n'a pas substitué les procréations naturelles par les procréations artificielles, ce qui aurait impliqué le deuxième choix. Par contre, il a ouvert la possibilité d'intervenir sur la santé de chaque enfant à naître, ce qui a les mêmes conséquences que ce deuxième choix. Ainsi, sous couvert d'une action orthopédique *a posteriori*, le législateur a permis que les dispositifs mis en place par la loi aient comme effet une véritable substitution

---

18. Voir Isabelle VACARIE, « L'hérédité », *Droit et société*, 28, 1994, p. 607-618.

19. Pour une analyse critique de ces discours, voir Michel MORANGE, « Eugénisme », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, dir. Monique CANTO-SPERBER, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 540-543.

20. Albert JACQUARD, *Les Hommes et leurs gènes*, Paris, Flammarion, 1994 ; J.-P. THOMAS, *op. cit. supra* n. 1.

de la nature. À chaque fois qu'il peut y avoir un doute sur la santé de l'enfant à naître, les dispositifs de sélection des embryons, voire des transformations génétiques, peuvent intervenir. La logique qui anime ce type d'interventions est individualisante, l'idée étant de contrôler les qualités biologiques de chaque enfant à naître. Dans cet horizon, les thérapies géniques germinales peuvent être un moyen pour anticiper ces contrôles individualisants des enfants à naître et non pas d'orienter l'évolution de l'espèce comme entité collective. Ce type d'interventions n'empêchera pas, de ce fait, de mettre en place une nouvelle intervention visant à contrôler la santé de l'embryon dont le géniteur a lui-même été l'objet d'une thérapie génique germinale. Il est vraisemblable donc que le jour où l'on connaîtra davantage les effets d'une intervention sur les cellules de l'embryon, ce type de thérapeutique ne se différenciera guère de la thérapie génique somatique. On peut ainsi penser que la prohibition, elle-même problématique, contenue dans cet alinéa de l'article 16-4 n'est qu'une pure concession de style et non pas de fond aux adversaires des nouvelles techniques et politiques procréatives.

En tout état de cause, l'article 16-4 du code civil nous fait penser que la protection de l'espèce humaine concerne tout autre chose que l'identité génétique de l'homme et le processus que les biologistes appellent sélection naturelle.

#### LA PROTECTION DE L'INTÉGRITÉ DE L'ESPÈCE HUMAINE

Cette brève analyse des dispositifs mis en place par les lois peut nous permettre désormais de déceler le type de représentations théoriques qui s'y trouvent contenues et, plus précisément, la notion d'espèce humaine qu'ils supposent. Elle peut nous aider aussi à mesurer l'ampleur et la portée de la puissance accordée à l'Administration par le dispositif juridico-médical de protection de l'intégrité de l'espèce humaine et de le différencier ainsi des anciennes politiques eugéniques.

#### *La philosophie biologique des lois bioéthiques*

Par le type d'interventions qu'elles autorisent, on peut affirmer que les lois bioéthiques se sont ralliées à l'idée d'espèce élaborée par les biologistes qui, après Darwin — et surtout après la synthèse néodarwinienne contemporaine —, ne considèrent plus la variation entre individus en termes de variation par rapport à un type. Dès lors, il n'y a plus de place

pour un concept essentialiste d'espèce<sup>21</sup>. Ainsi, la loi, qui n'interdit pas les transformations génétiques, voire même le mélange d'espèces si le but de cette action est thérapeutique, a désinvesti la notion d'espèce de tout caractère essentialiste, de toute transcendance. Par contre, elle paraît tomber dans une forme d'essentialisme quand elle prétend sauvegarder les générations futures en protégeant certaines caractéristiques considérées comme idéales pour l'Administration. La loi emploie des expressions comme *maladie génétique, caractère pathologique, affection d'une particulière gravité, anomalie* que les techniques médicales sont censées corriger. Et toutefois, cet essentialisme n'est qu'apparent. Les règles contenues dans les lois bioéthiques sont susceptibles d'ébranler la notion classique du normal au bénéfice de critères nouveaux.

Selon le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de Lalande, est normal ce qui se rencontre dans la majorité des cas d'une espèce déterminée ou ce qui constitue soit la moyenne, soit le module d'un caractère mesurable. Ce terme désigne à la fois un fait et une « valeur attribuée à ce fait par celui qui parle en vertu d'un jugement d'appréciation qu'il prend à son compte ». La tradition philosophique réaliste pour qui toute généralité est le signe d'une essence et toute perfection la réalisation de cette essence serait à l'origine de l'équivoque existant entre une généralité observable en fait et la perfection réalisée, entre un caractère commun et un type idéal. Cette même confusion existe aussi en médecine où l'état normal désigne à la fois l'état habituel des organes et leur état idéal, puisque le rétablissement de cet état habituel des organes est l'objet de la thérapeutique<sup>22</sup>. La notion d'anomalie se déduit aussi de cette idée de normal :

« Toute déviation du type spécifique ou en d'autres termes, toute particularité organique que présente un individu comparé à la grande majorité des individus de son espèce, de son âge, de son sexe, constitue ce qu'on peut appeler une anomalie<sup>23</sup>. »

Les lois bioéthiques ne paraissent pas se rallier à cette idée de normal. La possibilité de transformer le patrimoine génétique des êtres humains, voire de mélanger des espèces au bénéfice de la santé ou de l'absence de maladie, peut nous renvoyer à la distinction de Georges Canguilhem entre « anomalie » et « anormal ». Selon cet auteur, en toute rigueur sémantique anomalie désigne un fait, c'est un terme descriptif, alors que la catégorie

21. Voir Alex MAURON, « Le finalisme de Hans Jonas », in *Nature et descendance. Hans Jonas et le principe « Responsabilité »*, dir. Denis MÜLLER et René SIMON, Genève, Labor et Fides, 1993, p. 31-50.

22. Georges CANGUILHEM, *Le Normal et le pathologique*, Paris, Presses universitaires de France, 1966, p. 76.

23. *Ibid.*

d'anormal implique la référence à une valeur, c'est un terme appréciatif, normatif. L'échange de bons procédés grammaticaux a entraîné une collusion des sens respectifs d'anomalie et d'anormal. Anomalie vient du grec *anomalía* qui signifie inégalité, aspérité; *omalos* désigne en grec ce qui est uni, égal, lisse, en sorte que *anomalía* c'est étymologiquement *an-omalos*, ce qui est inégal, rugueux, irrégulier, au sens qu'on donne à ces mots en parlant d'un terrain. Or, on se serait souvent mépris sur l'étymologie du terme *anomalía* en la dérivant non pas de *omalos* mais de *nomos* qui signifie loi, selon la composition *a-nomos*. En anatomie, le terme *anomalie* devrait conserver son sens d'insolite, d'inaccoutumé; être *anomal*, c'est s'éloigner par son organisation de la grande majorité des êtres auxquels on doit être comparé. Toute anomalie n'est pas ainsi pathologique. Il n'y a pas de fait normal ou pathologique en soi. L'anomalie ou la mutation ne sont pas en elles-mêmes pathologiques. Si ces normes se révèlent supérieures, elles pourront être dites normales. Les écarts statistiques que sont les simples variétés ne sont pas ce à quoi l'on pense quand on parle d'anomalies. En revanche, les difformités nuisibles ou même incompatibles avec la vie sont ce à quoi l'on pense lorsqu'on se réfère à la forme vivante non pas comme à un fait statistique mais comme à un type normatif de vie<sup>24</sup>. Dans la mesure où les écarts statistiques qui peuvent rendre un être anomal, monstrueux, sont susceptibles de rendre sa santé plus solide, sa vie plus longue, ils pourraient ainsi s'accorder au critère du normal posé par les lois bioéthiques. Or, puisque les modifications des caractères génétiques se produisent dans le cadre d'une AMP et ont pour but d'éviter l'apparition de certaines maladies, il serait assurément difficile d'envisager la production d'un enfant dont les caractères visibles s'éloigneraient de ceux de l'espèce humaine ou présenteraient des écarts esthétiquement indésirables. À cet égard, on peut évoquer la distinction posée par Étienne Geoffroy Saint-Hilaire au XIX<sup>e</sup> siècle entre anomalie et monstruosité. Cet auteur avait divisé les anomalies en variétés, vices de conformation, hétérotaxies et monstruosité. Les hétérotaxies, néologisme créé par Geoffroy Saint-Hilaire, étaient des anomalies complexes, graves sous le rapport anatomique, mais ne mettant obstacle à aucune fonction, et non apparentes à l'extérieur. L'exemple par lequel il illustre cette catégorie était la transposition complète des viscères ou le *situs inversus*. Les monstruosité étaient, par contre, des anomalies très complexes, très graves, rendant impossible ou difficile l'accomplissement d'une ou de plusieurs fonctions ou produisant chez les individus qui en sont affectés une conformation vicieuse très différente de celle que présente ordinairement leur espèce, telles la cyclopie

---

24. G. CANGUILHEM, *op. cit. supra* n. 22.

ou l'ectromélie<sup>25</sup>. Cette notion d'hétérotaxie pourrait être transposée aux nouveaux idéaux biologiques des lois bioéthiques.

### *La biopolitique des lois bioéthiques*

Les lois bioéthiques ont autorisé l'Administration à intervenir sur les qualités biologiques des enfants à naître au nom d'une nouvelle forme de normalité, prise comme type idéal, afin de protéger, voire pour produire artificieusement — à travers, par exemple, les transformations génétiques — ce type idéal. On peut donc proposer comme définition de la protection de l'intégrité de l'espèce humaine dans les lois bioéthiques *la promotion par l'Administration sanitaire des caractères considérés comme idéaux des personnes à naître par la sélection des gamètes, des embryons et des fœtus et par la transformation des caractères génétiques*.

Dans leur protection de l'espèce humaine, les lois bioéthiques font face à deux risques fondamentaux. Le premier est celui dont la nature est porteuse dans son aveuglement et sa pure inconscience, processus que les biologistes appellent sélection naturelle (qui peut être définie comme la possibilité pour un individu de se reproduire une fois qu'il a survécu<sup>26</sup>). Le deuxième est l'intervention des hommes dans le processus de la sélection naturelle quand cette intervention poursuit d'autres objectifs que la normalisation administrative, c'est-à-dire contre la raison eugénique.

Une analyse sommaire de ces textes nous montre très vite la différence fondamentale qui sépare le projet biopolitique eugénique traditionnel de celui contenu dans les lois de 1994. C'est précisément cette différence qui peut permettre d'identifier les nouveaux enjeux que posent les lois bioéthiques au droit contemporain.

La biopolitique d'aujourd'hui s'intéresse non à la personne qui transmet un héritage génétique mais à l'héritage lui-même, ce qui était impossible à l'eugénisme d'autrefois. Cela permet un contrôle individuel et direct du génome de chaque individu à naître. L'Administration n'oriente pas indirectement la transformation d'une population en atteignant les géniteurs; elle tente d'attribuer à chaque individu un corps convenable selon ses propres idéaux biologiques. Pour cette raison, les lois bioéthiques ne cherchent pas à diriger l'évolution biologique d'une population mais à s'y substituer par un contrôle de qualité, qui peut supposer éventuellement le remplacement, voire la transformation, de chaque embryon avant sa naissance ou sa conception. Le projet biopolitique des lois bioéthiques est indi-

---

25. G. CANGUILHEM, *op. cit. supra* n. 22, p. 83 et 84.

26. Pierre LANGANEY, in *Génétique, procréation et droit*, actes du colloque, Maison de la chimie, Paris, 18-19 janv. 1985, Paris, Actes Sud, 1985, p. 108.

vidualisant, il cherche à garantir, à contrôler, à produire de la santé chez des individus à naître, chez chaque individu à naître. En cela, il poursuit apparemment la logique de la santé et de l'hygiène publique et non pas celle de l'eugénisme d'autrefois.

Une autre distinction importante à réaliser entre les deux eugénismes est le rapport que, dans chacun d'entre eux, l'État et donc le droit, institue avec la réalité naturelle. Pour l'eugénisme d'autrefois, il s'agissait de rétablir, par l'intervention sur les personnes vivantes, le jeu de la sélection naturelle qui avait été trompé, dévoyé par le laxisme et le providentialisme de la civilisation. Dans les lois bioéthiques, le droit ne se contente pas d'invoquer, d'imiter, de corriger la nature, il cherche à inféoder la nature à ses intérêts, à être littéralement la nature sous prétexte de lui venir en aide.

Or, la séparation entre l'agent et l'objet de la transmission biologique au bénéfice du contrôle minutieux de la santé de chaque individu à naître ne laisse pas pour autant de concerner directement les droits des personnes même si ceux qui subissent ces mesures sont les générations futures et non les vivants. En effet, il ne s'agit plus d'assassiner, de stériliser, d'amoindrir les droits des individus existants, mais d'éliminer et de modifier les personnes à naître. Par ailleurs, ce sont les géniteurs qui sont les agents de ces décisions en fonction d'un projet individuel et non plus collectif, quoique ce soit l'Administration qui dessine les marges, fixe les limites et les modalités de ces manœuvres à intention eugénique. Ainsi, apparemment, le projet biopolitique des lois bioéthiques suscite des problèmes autour des droits des personnes à naître et non pas des droits des individus déjà nés. Et pourtant, l'eugénisme d'aujourd'hui continue, comme jadis, à poser des problèmes autour des droits des personnes nées, bien que d'une façon tout à fait inédite.

#### LES NOUVEAUX ENJEUX JURIDIQUES : LES DROITS DE NAISSANCE

Les dispositifs mis en place par les lois bioéthiques posent deux types de problèmes autour des droits des personnes à naître, compte tenu du statut juridique des embryons<sup>27</sup>. Les premiers, et plus classiques, concernent le type de protection juridique que le droit leur accorde en tant que « choses

---

27. Pour une analyse critique de cette question, voir Xavier LABBÉ, *La Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990. Pour une analyse de la notion de personne en droit, voir Yan THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 100, mai-août 1998, p. 85-107.

protégées », car avant la naissance, l'embryon n'est pas un sujet de droit. En effet, bien que la personne juridique ne commence à exister qu'à la naissance d'un être humain et que donc l'on ne peut pas parler de droit des embryons, ceux-ci ont toujours été protégés en tant que choses. De ce point de vue, on peut affirmer que les dispositifs de sélection des personnes, voire de transformation des caractères génétiques, impliquent un amoindrissement de la protection juridique des embryons. Or, souvent cette question devient un subterfuge pour en cacher une autre : celle des droits des personnes. En effet, lorsqu'un être humain est né et qu'une personne juridique commence son existence, celle-ci peut poser sa vie prénatale comme ayant constitué son passé biologique et juridique. De ce fait, ce que l'on a pu faire ou ne pas faire avec un embryon aura des retentissements juridiques à l'égard d'une personne. À l'instar de certains auteurs américains, on peut qualifier ces nouvelles problématiques comme relevant des « droits de naissance<sup>28</sup> ». C'est dans ce domaine qu'apparaissent les véritables enjeux que les nouvelles techniques procréatives posent au droit contemporain.

### *La sélection des embryons et des fœtus*

L'amoindrissement de la protection juridique des embryons et des fœtus par les nouveaux dispositifs de contrôle de santé prénatale a fait apparaître depuis quelques années un espace de conflictualité nouvelle. En effet, dans les actions dénommées en droit américain en « *wrongful life* », les enfants nés atteints de handicaps graves portent plainte contre les médecins par la faute desquels ils sont venus au monde<sup>29</sup>. Les erreurs commises lors d'un diagnostic prénatal ou préconceptionnel, n'ayant pas permis aux parents d'avorter ou de ne pas concevoir des enfants sérieusement handicapés, constituent des fautes ouvrant droit à des actions en dommages-intérêts. Dans ces procès, les enfants posent leur vie biologique sévèrement handicapée comme un préjudice réparable. Les magistrats qui leur accordent des dommages-intérêts supposent que le plaignant aurait dû être né dans un autre corps ; qu'un autre être biologique aurait dû lui être affecté pour vivre son existence de personne. Ainsi, la personne se plaint du fait que l'embryon que l'on a utilisé pour qu'elle vive était atteint de certaines maladies. Cette personne née se plaint du fait qu'un autre embryon n'ait été

---

28. Bonnie STEINBOCK, *Life before birth. The moral and legal status of embryos and fetuses*, New York, Oxford University Press, 1992.

29. En France, ces actions ont été admises pour la première fois par la Cour de cassation le 26 mars 1996, voir *Recueil Dalloz*, 1997, 3<sup>e</sup> Cahier, Jurisprudence. Pour le développement de ces actions aux États-Unis, voir B. STEINBOCK, « The logical case for wrongful life », *Hasting Center Report*, Apr. 1986, p. 15-20.



employé pour lui permettre de vivre une vie biologique dépourvue de handicaps. Cela montre non seulement l'autonomie inédite que le sujet de droit a pris à l'égard de l'être humain mais aussi les limites et les paradoxes auxquels mènent les comparaisons hâtives avec les anciennes politiques eugéniques. En effet, dans ces actions, l'embryon est un pur instrument (et dès lors entièrement substituable) affecté à l'existence d'un sujet de droit. Et ces procès révèlent que c'est le fait de ne pas supprimer certains embryons qui peut être une faute et non pas le contraire, si l'on se place du point de vue des droits des personnes et non pas de celui de la protection des embryons. Qui plus est, les droits des personnes et la protection des embryons peuvent apparaître comme deux termes antinomiques.

C'est aux mêmes paradoxes que nous mène la problématisation des droits des parents avec les schémas anciens. Bien que, pour l'instant, aucun procès des enfants contre les parents n'ait été reçu dans les pays comme les États-Unis où ce type de plainte a été articulée, ils peuvent nous faire songer aux limites à l'individualisme juridique des actuels dispositifs de contrôle de santé prénatal. En effet, dans la nouvelle logique de la gestion de la vie, est-il envisageable que les parents, et notamment la mère, aient un droit à faire naître des enfants sévèrement handicapés ? Ce nouvel eugénisme individualisant, qui cherche à garantir le bien-être ou la santé de chaque enfant à naître, ne devrait-il pas compenser l'asymétrie juridique entre parents et enfants ? Ou, en d'autres termes, est-il envisageable que l'ancien pouvoir de l'État de faire naître ou d'empêcher de naître soit transféré aux parents sans songer aux droits des individus qui naissent ? Car, en effet, naître non atteint de handicaps sévères n'est-il pas une attente légitime dans notre actuel univers biotechnologique ?

### *La modification de la descendance de la personne*

En ce qui concerne la modification de la descendance, se posent des questions bien différentes et, pour l'instant, très hypothétiques. L'une d'entre elles est celle de savoir si modifier la lignée germinale d'un individu, afin d'éliminer une maladie génétique chez lui et dans ce qu'il va transmettre à sa descendance, est attentatoire aux droits des personnes. En tout état de cause, si ce type de solution s'avérait un jour envisageable, elle pourrait contribuer à ne plus éliminer des embryons atteints de maladies et à repenser, de ce fait, l'idée de la substituabilité de ceux-ci avant la naissance.

Le cas encore absolument utopique des chimères ou des êtres transgéniques « sains » peut aussi susciter des questions insolites à l'égard des droits des personnes. Une chimère peut être fabriquée à partir de l'introduction dans un embryon précoce de ses propres cellules souches cultivées

*in vitro* dans lesquelles ont été introduits des gènes étrangers. Ces cellules vont se mêler à celles de l'embryon pour donner naissance à un être chimère, puisque seules les cellules de l'organisme dérivées des cellules embryonnaires souches portent le gène étranger. Les êtres de deuxième génération seront transgéniques et non plus des chimères. On peut donc se demander si les personnes à naître ont un droit quelconque à présenter des caractéristiques génétiques, voire anatomiques, qui ressemblent à celles des autres êtres humains ? Sans doute, si cette anomalie est invisible et peut être susceptible de permettre à un individu d'avoir une vie plus longue, sans dérangement, ou comme disait Leriche, « dans le silence des organes », cette hypothèse paraît difficilement se heurter aux droits des personnes mais plutôt aux points de repère de certains moralistes qui posent une idée essentialiste d'espèce comme bien en soi.

Or, de telles chimères posent des problèmes bien plus délicats, qui, poussés dans leurs dernières limites logiques, pourraient nous apprendre de quelle façon les lois bioéthiques ont tranché le différend épineux sur les frontières qui séparent l'humain du non-humain. À l'aide d'un peu d'imagination, ces cas de figure peuvent être multiples. Ainsi, leur éventail peut-il aller d'une simple erreur involontaire de fabrication dans le cas d'une assistance médicale à la procréation à des résultats voulus ou non voulus, légaux ou illégaux dans le domaine de l'expérimentation. Au-delà des éventuelles sanctions prévues dans ces textes, il faudrait régler le sort des créatures ainsi nées.

### *De la fabrication des monstres*

Les monstres naturels d'autrefois, qui n'avaient pas une forme humaine, étaient considérés comme des êtres humains et, dès lors, comme des sujets de droit du seul fait qu'« ils étaient nés d'une femme ». C'est de cette façon que le droit avait réglé, à partir du XIX<sup>e</sup> siècle, la question des monstres<sup>30</sup>. Aujourd'hui, cette solution n'a, en apparence, guère de sens. Il faudra donc s'entendre à nouveau sur le critère que l'ordre juridique doit retenir pour attribuer à un être la qualité d'humain.

Il va être demandé aux lecteurs un peu d'indulgence, afin de supposer que cette solution ait été donnée par le législateur de 1994. Les dispositions des lois bioéthiques concernant l'assistance médicale à la procréation pourraient nous aider à fournir la clé de ce problème. Ces dispositions règlent la manière dont les enfants doivent être produits artificiellement. Selon la loi, pour bénéficier de l'assistance médicale à la procréation, la demande doit

---

30. Voir X. LABBÉ, *op. cit. supra* n. 27, p. 28-35.

être articulée par un homme et une femme vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination<sup>31</sup>. L'AMP est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple, à remédier à une infertilité pathologique ou à éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. Un embryon ne peut donc être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation<sup>32</sup>. Dès lors, un embryon qui serait conçu en dehors de ce cadre et selon d'autres finalités serait un enfant « illégitime », non par sa naissance en dehors du mariage, mais par sa naissance en dehors de l'AMP. Car, un tel enfant aurait été conçu sans respecter les règles de fabrication légitime des enfants.

Essayons maintenant d'imaginer les effets de l'AMP dans la qualification juridique d'une créature qui vient de naître dans trois cas de figure différents.

La première hypothèse est la naissance d'un être hybride par une AMP présentant des caractéristiques composites entre l'homme et l'animal. Il paraîtrait que le respect des procédures exigées par la loi pour procéder à l'AMP suffisent pour le qualifier à sa naissance d'être humain et, dès lors, de sujet de droit. La deuxième hypothèse, celle d'un être physiquement humain né en dehors de l'AMP, pourrait condamner éventuellement les médecins et les parents mais n'entamerait sans doute pas son statut de sujet de droit. Pour le troisième cas de figure, imaginons le même monstre que celui de notre première hypothèse mais qui serait né en dehors des procédures de l'AMP. Il poserait sans doute des questions très épineuses. Son humanité et, dès lors, son statut de sujet de droit après sa naissance ne serait pas garanti ou assuré par le droit. Ainsi, le même monstre du premier et du troisième cas de figure sera qualifié en fonction de son inscription dans l'AMP d'homme ou de créature non-humaine, de sujet de droit ou de chose.

Si cette hypothèse interprétative s'avérait vraie, il n'y aurait plus d'être humain en soi pourvu de droits dès la naissance. C'est à la loi dans une très large mesure qu'il revient de qualifier une entité d'être humain, ayant comme référence ses propres procédés de fabrication. La loi devient ainsi l'usine de l'homme avant d'être le garant de ses droits fondamentaux. De ce fait, les théories des droits de l'homme qui supposent un homme antérieur au droit se trouvent sérieusement bouleversées. Pour paraphraser certains poètes, on pourrait dire que le droit est devenu l'épée et la blessure,

---

31. Code de la santé publique, art. 152-2.

32. *Ibid.*, art. L 152-3.

l'image et le miroir, le cri et l'écho et que donc la politique en matière biologique est devenue totale.

Marcela IACUB  
(novembre 1999).