



HAL
open science

La discipline juridique à l'épreuve du biodroit

Clotilde Aubry de Maromont

► **To cite this version:**

Clotilde Aubry de Maromont. La discipline juridique à l'épreuve du biodroit. Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques & Essais. Droit, corps et nouvelles technologies, A paraître, Coll. Colloques & Essais. hal-03325133

HAL Id: hal-03325133

<https://hal.science/hal-03325133v1>

Submitted on 24 Aug 2021

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 discipline juridique à l'épreuve du biodroit

Clotilde AUBRY DE MAROMONT

Maître de conférences à l'université de La Réunion

À mesure où le rayonnement du droit s'étend, le domaine d'expertise du juriste se déploie. Le paysage très composite des branches du droit aujourd'hui révèle une véritable nécessité d'accompagner juridiquement les évolutions sociales. De nouveaux phénomènes, *a priori* étrangers au domaine du droit, se retrouvent alors soumis à l'analyse juridique. C'est ainsi que depuis près d'un demi-siècle, alors que les innovations scientifiques et techniques du vivant progressent, la bioéthique est devenue un enjeu juridique majeur des sociétés contemporaines pour limiter la puissance de la biomédecine. L'État instaure un « gouvernement des corps »¹ en intervenant dans le rapport intime existant entre l'individu et sa destinée biologique². Cette « biopolitique »³ a conduit en l'émergence d'une nouvelle branche du droit, le « biodroit »⁴, destinant les juristes à s'interroger sur « ce que peut le droit » pour préserver le corps humain de l'évolution incontrôlée des sciences et des techniques. En tant que spécialistes du phénomène normatif, les juristes sont historiquement considérés comme disposant d'une parole légitime pour se prononcer sur ce qui est légal et ce qui ne l'est pas⁵ et pour participer, à cette fin, au cadrage des pratiques des acteurs par l'élaboration de normes. Par l'usage de leurs catégories, de leurs concepts, ils sont reconnus comme experts⁶ et détiennent à ce titre une forme de « monopole »⁷ pour participer au processus de production du droit. Leur parole doctrinale les invite ainsi à être tout aussi

¹ L'idée d'un « gouvernement des corps » se rattache à l'analyse du bio-pouvoir portée par les travaux de Michel Foucault, notamment dans *La volonté de savoir* (Gallimard, 1976), qui constitue le Tome I de *L'histoire de la sexualité*, mais aussi dans *Il faut défendre la société*, Cours au collège de France, 1975-1976 (Hautes études, Gallimard/Seuil, 1997).

² D. MEMMI, « Vers une confession laïque ? La nouvelle administration étatique des corps » *Revue française de science politique*, 2000, vol. 50, n°1, p. 3-19, spéc. p. 3.

³ La biopolitique se rattache à l'analyse du bio-pouvoir portée par les travaux de Michel Foucault. V. note n°1.

⁴ V. notamment C. NEIRINCK (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, coll. Droit et société, 1994 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ, coll. Droit et société, 2006.

⁵ D. LOCHAK, « Le droit, discours du pouvoir », *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 433-444.

⁶ F. AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2020, p. 231.

⁷ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, 1997 p. 126.

normatifs que leur objet⁸. Ils adoptent à ce titre une posture « légale-prescriptive », en proposant des solutions pour améliorer le droit positif et une posture « légale-rationnelle », en utilisant la technique pour ce faire.

Dans la lignée de cet *habitus* disciplinaire⁹ qui invite le juriste à participer à la production du droit, l'étude collective nous mène à nous interroger sur l'encadrement juridique de la réparation et de l'augmentation du corps humain. Quelles limites faut-il poser à l'Homme qui souhaite transcender sa condition humaine en réparant ou en augmentant son corps ? Comment encadrer le transhumanisme qui prône le dépassement physique et mental de la nature humaine grâce à la technologie avec pour finalité d'éliminer la maladie, la souffrance, le handicap ou encore de vaincre la vieillesse et la mort ? Le recours à la biomécanique, aux biotechnologies ou encore à la robotique peut-il se faire sans limites ? Si certaines pratiques d'augmentation humaines sont déjà encadrées juridiquement (assistance médicale à la procréation, diagnostic préimplantatoire, clonage, eugénisme ou encore pratique de la greffe...), aucun modèle bioéthique global n'est juridiquement posé. La parole doctrinale du juriste est donc attendue pour envisager des champs juridiques inexplorés qui pourraient permettre de mieux encadrer l'évolution des sciences et des techniques.

Si la réflexion collective à laquelle nous sommes invités nous amène à adopter une posture doctrinale des plus classiques dans notre discipline¹⁰, la démarche normative qu'elle conduit à emprunter incommode particulièrement dans le champ de la bioéthique¹¹. En effet, la bioéthique est « épistémologiquement neutre » de sorte que ses questions ne sont pas « réservées » aux spécialistes de la norme mais sont partagées par plusieurs champs du savoir (sciences physiques et de la nature, sciences humaines et sociales, etc.) et même, bien au-delà du seul champ scientifique, par tout un ensemble de parties prenantes de l'action publique (associations, acteurs médiatiques, partis politiques, syndicats professionnels, etc.)¹². La loi est coproduite par une concertation d'acteurs dont les échanges sont coordonnés par le Comité

⁸ V. J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Dr. et société*, n° 50, 2002, p. 113.

⁹ La formule fait écho aux analyses de Pierre Bourdieu et notamment à son étude du champ académique visant à démontrer la forte tendance des universitaires à reproduire une culture dominante : P. BOURDIEU, *Homo academicus*, Paris 1984, p. 30.

¹⁰ V. J. CHEVALLIER, *op. cit.*

¹¹ De manière plus générale, ce positionnement interroge dans le cadre d'une démarche scientifique menée à l'Université et ce, quel que soit l'objet. Le point de vue de la bioéthique est pris pour étayer la démonstration par l'exemple.

¹² L. COUTELLE, « Penser une bioéthique générique. Proposition épistémologique pour la bioéthique », in E. HIRSH et al. *Traité de bioéthique*, ERES, Espace éthique – Poche, 2018, p. 41-50.

Consultatif National d'Éthique (CCNE), devenu l'opérateur chargé d'organiser le débat préalable à la révision des lois bioéthiques. Dans le domaine, le juriste ne peut donc pas seul se faire le porte-parole du droit et des choix opérés démocratiquement puisqu'ils ne sont plus l'affaire d'un « législateur » envisagé comme entité désincarnée auquel il pourrait « souffler la réplique » en interprétant et en analysant le droit¹³. Par ailleurs, sa maîtrise du champ normatif ne lui permet pas de placer sa voix au-dessus des autres au nom d'une prétendue maîtrise de la technique juridique. En effet, dans le domaine, plus que dans d'autres, le formalisme abstrait peine à masquer l'idéologie et le contenu polémique des questions soulevées¹⁴. Stéphanie Hennette-Vauchez observe ainsi qu'« *il y a une démarche militante, clairement axiologique, au fondement d'un certain nombre de mobilisations juridiques – et notamment doctrinales – sur le terrain de la bioéthique, qui apparaît alors, par bien des aspects, comme une occasion favorable, un kairós, à leur expression* »¹⁵. Si la technique entend faire penser que la solution proposée est le produit d'une connaissance rationnelle et neutre et non une création subjective¹⁶, la démarche normative du juriste l'invite nécessairement à prendre position en fonction d'intérêts, de représentations, et de positions de pouvoir. Cette tension idéologique est incommodante. En effet, sous couvert de préserver le corps des « risques de l'innovation » des sciences et techniques, le juriste risque de tendre vers une « moralisation » et une « normalisation » de la vie sociale. La promotion d'une « *fonction anthropologique du droit* »¹⁷ et le retour au droit naturel n'est alors plus très loin¹⁸.

L'inconfort dans lequel nous place la démarche doctrinale normative, nous invite à saisir l'occasion de cette réflexion collective sur les rapports établis entre corps humain, technologie et droit pour porter un regard épistémologique critique sur la discipline

¹³ Sur le rôle de souffleur du juriste, v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 43.

¹⁴ Le formalisme cache toujours une idéologie et un contenu polémique : D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique, mythe ou réalité ? », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Leviathan, 1994, p. 293.

¹⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique, biodroit, biopolitique : politique et politisation du vivant », in S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique, op. cit.* p. 29-50, spéc. p. 43.

¹⁶ P. BRUNET « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, 2004/1, n°39, p. 197-217, spéc. p. 197.

¹⁷ A. SUPIOT, « La fonction anthropologique du droit », *Esprit*, févr. 2001, p. 151.

¹⁸ Pour une critique de cette tendance, v. D. DE BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.* 2002, p. 47-69. V. également : X. BIOY, « Les crimes contre l'espèce humaine ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel », in S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique, op. cit.* p. 101-119.

juridique¹⁹. Cette étude invite à mettre à l'épreuve les usages dominants de notre discipline qui consistent, pour le juriste chercheur, à participer au processus de production du droit. En effet, dans le domaine de la bioéthique, tant la posture légale-prescriptive (§1) que la posture légale-rationnelle (§2), qui caractérisent cette démarche doctrinale, sont mises à l'épreuve.

I. La mise à l'épreuve de la posture légale-prescriptive de la doctrine

Lorsque le juriste fait le choix de réfléchir à ce que peut le droit pour préserver le corps de la puissance de la biomédecine, il adopte le réflexe prescriptif du législateur (A). Cette position, pourtant très majoritaire au sein de la discipline juridique, incommode particulièrement dans le domaine de la bioéthique dans la mesure où les questions posées ne lui sont pas réservées. Le juriste n'est pas le détenteur de la parole légitime pour penser le légal et l'illégal dans la mesure où le processus législatif est « *polycentrique* »²⁰ et où son expertise est partagée avec d'autres acteurs (B).

A. Le réflexe du « juriste législateur »²¹

Depuis près d'un demi-siècle, « organes, sang, sperme, cellules, gènes, sont placés sous l'œil du juriste »²². Alors que le corps relève de l'une des sphères les plus intimes de l'être humain, prétendre à une réparation ou à une transformation biologique a conduit les individus à porter leurs revendications dans l'espace public et à participer à ce titre à l'action publique²³. Le droit, vecteur de transformation sociale, s'est alors présenté comme une arme redoutable

¹⁹ La discipline est « *un espace intellectuel organisé, qui sert à ordonner la multiplicité des connaissances produites et transmises* » : F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), « avant propos », in *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, LGDJ, coll. Contextes, Culture du droit, 2018, p. 1.

²⁰ J. COMMAILLE, « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus. Du "législateur juridique" au juriste consultant », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 19, spéc. p. 26.

²¹ L'expression est empruntée à Jacques Commaille (*ibid*) qui s'inspire lui-même, avec un regard critique, des propos de Jean Carbonnier sur le « législateur juridique » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, p. 396.)

²² La formule fait écho à l'étude du gouvernement des corps menée en science politique par Dominique Memmi : « *Organes, sang, sperme, cellules, gènes, sont désormais sous l'œil du Léviathan* » : D. MEMMI, *op. cit.* p. 3.

²³ Sur la sociologie de l'action publique v. notamment P. HASSENTEUFEL, *Sociologie politique : l'action publique*, Paris, Armand Colin, 2011.

au profit de ces revendications²⁴. Dans ces circonstances, et selon un usage classique, la voix du juriste s'est élevée à propos des choix normatifs qui pouvaient être pris par la société française. L'analyse bourdieusienne du discours et du concept de « porte-parole » nous renseigne sur le rôle porté par le juriste encore aujourd'hui. Il porte la parole officielle dans la mesure où « *sa parole concentre le capital symbolique accumulé par le groupe qui l'a mandaté et dont il est le fondé de pouvoir* »²⁵. Cette posture du juriste s'explique historiquement : depuis ses origines, le droit est une construction savante, élaborée par le savoir des juristes²⁶ qui furent non seulement des savants mais aussi des producteurs du droit²⁷. En étudiant la norme et en l'interprétant, le juriste a conservé le monopole de cette parole symbolique lui permettant de « dire le droit ».

Ce rôle de porte-parole s'observe très nettement dans la confusion plus ou moins consciemment entretenue entre le droit et la science du droit. En travaillant son objet, la norme, le juriste la module de sorte qu'un processus d'interaction continuuel s'observe entre le discours objet, le droit, et le discours théorique, la science du droit. Cette confusion est d'autant plus accentuée qu'en France, contrairement aux pays de *common law*, le juriste chercheur et universitaire (*legal academic* ou *legal scholar*) n'est pas distingué du juriste praticien (*lawyer*)²⁸. Aucun obstacle académique ne se présente donc à ce que le chercheur tranche, propose la « meilleure solution » comme pourrait le faire un avocat, un juge ou même le législateur. Et, bien au contraire, la discipline encourage la prise de position : le juriste est invité à être tout aussi normatif que son objet pour le penser et le construire. C'est ainsi que, par sa parole de « science », le juriste détient le pouvoir de « parler au nom du droit » et de porter ainsi des choix normatifs de société²⁹.

La parole doctrinale du juriste, qui est une autorité et un positionnement, est devenue une méthode pour la discipline juridique conduisant le juriste à adopter une posture légale-

²⁴ Sur l'arme de revendication que constitue le droit, v. C. HERRERA, *Par le droit, au delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2002 ; L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris, Les Presses de Sciences po, 2009.

²⁵ P. BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, Seuil, coll. Essais, 2001, spéc. 163. V. plus généralement p. 67 et s., « *La production et la reproduction de la langue légitime* » et p. 159 et s. « *Le langage autorisé : les conditions sociales de l'efficacité du discours rituel* ».

²⁶ J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, 1996, p. VI. V. également P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2003, p. 16.

²⁷ A. SCHIAVONE, *Ius, L'invention du droit en occident*, Belin, 2008, p. 52.

²⁸ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, S. HENNETTE-VAUCHEZ, C.-M. HERRERA et O. LECLERC, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Kimé, Paris, 2016, p. 21.

²⁹ J.-L. THIREAU, « Le jurisconsulte », *Droits*, n°20, Doctrine et recherche en droit, 1994, p. 21-30.

prescriptive. Pour ce faire, il use de concepts et de principes généraux qui auront vocation à être consacrés dans une loi générale et abstraite, applicable à tous. Dans les pays de droit civil, la « science du droit » invite à croire en un droit rationnel complet et ordonné anticipant les solutions aux problèmes juridiques (notamment au moyen de la codification). L'appréhension des objets juridiques se réalise donc au moyen de critères prédéterminés, *a priori*, ayant vocation à être « *universellement valables* »³⁰. Cette technique participe d'une dynamique de pouvoir permettant au juriste d'investir pleinement son rôle de « porte-parole » légitime en alimentant la confusion entre le droit et la science du droit. La parole impérieuse portée par le juriste est vectrice d'une culture juridique d'État³¹ dans la mesure où il se place en bon gardien de l'ordre juridique établi par le pouvoir législatif³². Pierre Bourdieu remarque cette dynamique de pouvoir de l'usage des formules abstraites, impersonnelles et universelles³³. En pensant la norme, en la formulant et en l'interprétant, le juriste s'identifie à cette norme comme si sa voix en était le prolongement.

Au-delà des textes spéciaux, les premières lois bioéthiques ont ainsi conduit à poser les principes généraux dans le Code civil pour poser des limites à l'évolution des techniques et des sciences en rapport avec le corps humain. Alors que, dans le domaine, des solutions casuistiques semblent plus volontiers s'imposer pour apprécier les situations « *en conscience* »³⁴ et en considération de la « *diversité du vivant* » et de la « *mosaïque de cas souvent contradictoires à résoudre* »³⁵, la règle de droit est pensée en usant de concepts et de principes généraux par un éloignement de cette casuistique. C'est ainsi qu'ont été posés les principes d'inviolabilité et de non-patrimonialité du corps humain à l'article 16-1 du Code civil, mais aussi le principe d'intégrité du corps humain à l'article 16-4 du Code civil. L'idée de ces textes est de donner l'orientation générale de la matière : éviter que le corps humain ne soit instrumentalisé par le développement des sciences et des techniques. Seules des nécessités médicales et un intérêt thérapeutique peuvent justifier les atteintes portées à l'intégrité du corps (article 16-3 du Code civil). En écrivant le droit, le juriste entend faire

³⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, n° 58, p. 47.

³¹ F. AUDREN, et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIXe-XXe siècles*, CNRS éditions, 2013, p. 56.

³² *Ibid*

³³ P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, *De quel droit ?*, p. 3-19, spéc. p. 5.

³⁴ L. DUBOUIS, « La bioéthique en débat », *L'information psychiatrique*, 2011/7, vol. 87, p. 551-555.

³⁵ C. LAVIALLE, « Introduction. De la difficulté à légiférer sur le vivant », in C. NEIRINCK (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, *op. cit.* p. 18.

barrage aux progrès scientifiques jugés comme déraisonnés. La difficulté dans le domaine de la bioéthique tient au fait que le juriste n'est pas, comme dans la plupart des secteurs régulés par le droit, détenteur d'une parole légitime et d'autorité pour déterminer ce que peut le droit pour préserver le corps. La dimension prescriptive de son discours est alors mise à mal.

B. Le revers d'une légalité polycentrique

Dans le domaine bioéthique, le droit est toujours le produit d'une discussion. Une légitimité supplémentaire est recherchée dans la consultation des acteurs sociaux pour renouer avec le débat public et la communauté scientifique et politique : il s'agit de recueillir l'ensemble des avis de la société pour proposer un droit « autorisé » et non « imposé ». Le CCNE organise le débat préalable à la révision des lois bioéthiques tous les cinq ans, depuis la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique³⁶. La mission du CCNE est de donner son avis « *sur des problèmes éthiques et les questions de société qui sont soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé* »³⁷. Le comité publie des recommandations, organise des débats publics sous forme d'états généraux. Des espaces de réflexion sont aussi créés au niveau régional et interrégional en lien avec les centres hospitaliers et universitaires. Ces lieux sont des observatoires des pratiques et des espaces de consultation, de négociation et de discussion. Les agences de biomédecine interviennent également en tant qu'acteurs parallèles de consultations pour donner des avis. Il est très net que, dans le domaine, la loi impérieuse n'est plus le modèle. Comme le souligne Stéphanie Henneute-Vauchez, « *Les questions de bioéthique en général sont constituées d'une part toujours renégociée de discussions éthiques, de formalisation juridique et de choix politiques* »³⁸. Le législateur est devenu pluriel et la régulation juridique et politique se fait « *par le bas* »³⁹.

³⁶ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, articles 46 et 47.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, La découverte, coll. Repères, 2009, p. 5.

³⁹ Cette « sociologie politique du droit » est très bien expliquée en matière de production de lois sur la filiation et la famille par Jacques Commaille : J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, PUF, 1994.

Si le processus de co-construction de la norme est ancien⁴⁰, ce passage des politiques publiques à l'action publique, du gouvernement à la gouvernance dans le domaine, invite à repenser la normativité et, par corrélation, la posture du juriste étroitement associée à cette nouvelle normativité. En effet, dès lors que le processus de régulation juridique et politique se fait « par le bas », la normativité n'est plus à envisager dans un rapport vertical et hiérarchique imposé, mais dans un rapport horizontal et dynamique concerté. La parole destinée à déterminer ce qui est légal et ce qui ne l'est pas n'est alors plus réservée au juriste interprète de la norme étatique. Aujourd'hui, il est de plus en plus courant que les individus et l'État deviennent partenaires d'une action publique qu'ils vont coconstruire⁴¹. Ce bouleversement est particulièrement notable dans la gestion politique de la sphère intime de l'individu parce que ce domaine conduit à associer une pluralité d'acteurs pour légitimer le contenu de la règle adoptée. Le champ bioéthique révèle ainsi une « *polycentricité législatrice* », un « *modèle du " bazar "* »⁴² faisant intervenir plusieurs voies, plusieurs temps et plusieurs lieux de concertation. Dans ces circonstances, le monopole de l'expression normative du juriste est mis à mal, d'autant plus que son expertise technique ne lui donne pas de poids plus légitime que les autres pour faire porter sa voix.

II. La mise à l'épreuve de la posture légale-rationnelle de la doctrine

Si la maîtrise d'instruments et d'un langage technique confère une légitimité historique aux juristes pour leur permettre de parler « au nom du droit » (A), cette maîtrise n'est pas hermétique aux intentions idéologiques. Dans le domaine de la bioéthique, l'illusion de neutralité de l'appareil juridique est révélée nettement, mettant d'autant plus à mal la légitimité du juriste à participer à la production du droit (B).

⁴⁰ « *consultation, concertation, voire co-construction entre l'autorité détentrice de la capacité d'édicter la norme et un groupe plus ou moins large de personnes ou d'autorités se révèlent être un mode opératoire ancien* » : F. GARNIER, « Notes pour une possible histoire de la construction de la norme », in N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, 2011, p. 21-49, spéc. p. 44.

⁴¹ J. COMMAILLE, « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus. Du "législateur juridique" au juriste consultant », *op. cit.* p. 23.

⁴² *Ibid* p. 28.

A. Le réflexe du juriste technicien

Le rôle si particulier conféré aux juristes dans la construction de la norme s'explique par leur maîtrise de la technique juridique⁴³. Cette technique permet de dominer la réalité en ayant recours à un discours indépendant, en isolant, par un effort d'abstraction, les concepts et catégories, pour construire tout un système logique destiné à proposer des solutions *a priori* « objectives » et « neutres », en détachement des forces sociales et politiques⁴⁴. La démarche empruntée par les juristes peut être qualifiée de « rationaliste » en ce qu'elle va accorder un primat à la raison dans la recherche de solutions de droit par rapport aux données de l'expérience. Le rationalisme permet d'établir des lois à partir de concepts généraux, « objectifs » fédérateurs de toute une réalité⁴⁵, mais aussi par l'usage de catégories, distinctions, sous-distinctions. On sait depuis l'analyse portée par Max Weber que le « rationalisme légaliste » est une forme de domination reposant sur une croyance dans l'autorité des règles abstraites et impersonnelles posées par les autorités légitimes de l'État de droit⁴⁶. Dans le domaine de la bioéthique, la posture légale-rationnelle s'observe dans l'usage qui est fait des catégories juridiques pour proposer des solutions de droit. Le juriste use de la technique pour dépolitiser son propos et l'objectiver afin de proposer des réponses issues du droit comme s'il pouvait être épuré des idéologies.

Dans le domaine de la bioéthique, la méthode consiste d'abord à « faire parler les catégories juridiques » pour déterminer ce qui est légal et ce qui ne l'est pas. La catégorie de « personne juridique » est ainsi particulièrement mobilisée. Le droit doit venir encadrer les progrès afin de s'assurer « *que la science reste au service de la personne et non l'inverse* »⁴⁷. C'est ainsi, par exemple, que pour savoir si un homme est libre de recourir à des améliorations sur son corps, il va s'agir de déterminer si ces améliorations se rattachent à la catégorie des « biens » ou des « personnes ». La question est ainsi posée : « *Les améliorations techniques à visée thérapeutique ou à visée d'accroissement des capacités humaines*

⁴³ F. GARNIER, *op. cit.* p. 31.

⁴⁴ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, III, *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n°128, p. 191.

⁴⁵ O. JOUANJAN, « Sciences juridiques et codification en Allemagne (1850-1900) », *Droits*, n°27, 1998, p. 82.

⁴⁶ V. notamment la publication française : M. WEBER, *La domination*, traduit de l'allemand par I. KALINOWSKI, éd. Critiquée par Y. SINTOMER, Paris, La Découverte, 2013.

⁴⁷ Programme de présentation du cycle de conférences « Droit et bioéthique 2019 », sous la dir. de B. BOYER-BÉVIÈRE, A. MARAIS et D. DIBIE, Grand' chambre de la Cour de cassation. <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/30119-cycle-droit-et-bioethique-2019>.

(*transhumanisme*) sont-elles des biens ou les améliorations intègrent-elles le corps ? »⁴⁸. Si les améliorations sont des procédés extérieurs au corps « le recours à de tels procédés ne pose aucune difficulté, ni juridique, ni éthique particulière »⁴⁹. En revanche, si ces améliorations sont implantées dans le corps ou viennent le modifier, la liberté de recourir à ces améliorations dépend de leur finalité qui doit être thérapeutique. L'amélioration du corps est possible s'« il s'agit de remédier à une pathologie, de pallier un handicap, de prévenir un accident de santé qui menace une personne présentant une certaine faiblesse »⁵⁰. En effet, « On ne dispose pas de son corps comme on peut disposer de ses biens »⁵¹.

Par ailleurs, une rhétorique de la « stabilité », de la « cohérence » ou de la préservation de « l'ordre » juridique est aussi utilisée pour mettre en garde contre les évolutions juridiques qui seront provoquées pour préserver le corps humain des innovations des sciences et des techniques⁵². Cet usage est particulièrement explicite concernant l'influence du droit international sur la cohérence du droit interne : le droit international et communautaire favoriseraient le désordre⁵³ en réarticulant le droit à la morale au moyen des « droits de l'homme » et notamment de la dignité humaine⁵⁴. Cette rhétorique est utilisée tant par les chercheurs que par les acteurs du droit, notamment les juges pour « préserver l'organisation judiciaire et juridique »⁵⁵, démontrant bien que les chercheurs parlent le même langage que les « producteurs » du droit. Invoquer la préservation de l'ordre juridique c'est faire du droit

⁴⁸ V. par exemple, L. LEVENEUR, « Les améliorations technique du corps : le droit des biens face à l'homme », in Y. FLOUR et P.-L. BOYER (dir.), *Transhumanisme : question éthiques et enjeux juridiques*, Parole et silence, Académie catholique de France, 2020, p. 209-230.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Sur l'usage de la rhétorique de l'« ordre juridique », v. plus généralement, B. FRYDMAN, « L'ordre juridique : un concept historiquement situé », in LAURENT-BONNE (N.) et PRÉVOT (X.) (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, T. 1, LGDJ, coll. Contextes et culture du droit, 2016, p. 46.

⁵³ V. A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 147 ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur le désordre juridique français », *Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 405. Pour une vision plus globale de la question, v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique français entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, 1998.

⁵⁴ V. notamment P.-M. DUPUY, « Biotechnologies, éthique et droit international », *Arch. phil. droit*, T. 52, *L'arbitrage*, 2009, p. 367, spéc. p. 372.

⁵⁵ Dans un autre domaine que l'atteinte portée au corps humain, dans lequel les enjeux cristallisent tout autant le débat de la préservation de l'ordre, v. l'argumentation de la Cour de cassation sur le refus de la reconnaissance du « sexe neutre » : Cass. Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n°16-17189, *Bull. civ.* n°531 ; J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.* 2017, p. 1399 ; B. Moron-Puech, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » », *D.* 2017, p. 1404 ; G. MÉMETEAU, « Le non-sexe », *RGDM* 2017, 185 ; M. GOBERT, « Le sexe neutre ou la difficulté d'exister », *JCP* 2017, 716.

« une force de l'ordre »⁵⁶. La rhétorique de l'ordre est suggestive au sens où elle renvoie à la fois à la « disposition », à l' « organisation » mais aussi à la « conformité », à « l'absence de trouble », à la « normalité » ou encore au « convenable »⁵⁷. Depuis ses origines, on sait que le droit civil a plus été pensé comme un « facteur d'ordre » que comme un « facteur de civilité »⁵⁸. Le domaine de la bioéthique le révèle très nettement. La parole du juriste qui interprète et applique la loi est portée au service d'un ordre légaliste centré sur le respect de l'autorité étatique⁵⁹. Comme le relève Pierre Bourdieu « le droit consacre l'ordre établi en consacrant une vision de cet ordre qui est une vision d'État, garantie par l'État »⁶⁰. La tension idéologique est toujours présente et forte.

B. La tension idéologique

En raison de sa dimension éminemment idéologique, le biodroit heurte frontalement la prétendue neutralité de la technique juridique. Cette perturbation s'observe dans l'inadéquation des outils « logico-techniques » et des catégories juridiques « anthropologiques fondamentales »⁶¹, supposément « objectifs », à l'encadrement de l'évolution des sciences et des techniques. En effet, les concepts du droit civil ne sont pas adaptés à certaines réalités nées des innovations biomédicales dans la mesure où ils sont porteurs d'une posture de maintien d'un ordre établi. Comme l'observe Olivier Leclerc, « la rhétorique de justification du droit est principalement rétrospective »⁶² et se heurte à la rhétorique des sciences portée vers l'innovation et donc le futur. Les catégories du passé, et la préservation de l'ordre juridique sont donc mobilisés au soutien de positions essentiellement « conservatrices »⁶³, donnant au juriste une voix parfois rétrograde parfois malgré lui. Dans le domaine de la bioéthique, le rôle du juriste qui s'identifie à son objet, le droit, semble s'incarner dans une rhétorique incommode d'un maintien de l'ordre destiné à contrebalancer l'innovation

⁵⁶ Sur la force de l'ordre des juristes instaurée par leur écriture du droit, v. V. FORRAY et S. PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2017, n°7, p. 8.

⁵⁷ *Trésor de la langue française* informatisé, consultable en ligne : URL : <https://www.cnrtl.fr/definition/ordre>, consulté le 9 mars 2021.

⁵⁸ F. AUDREN, et J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.* p. 56.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 13. En ce sens, v. également J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?* Gallimard, Folio essais, 2015, p. 21.

⁶¹ V. D. DE BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *op. cit.*

⁶² O. LECLERC, « Présentation », in S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, traduit et présenté par O. Leclerc, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2013, p. 43.

⁶³ V. FORRAY et S. PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer*, *op. cit.*, n° 347, p. 291.

scientifique. Il a ainsi pu être observé que les transformations portées au corps, à la fois « personne » et « objet », venaient remettre en cause la *summa divisio* des personnes et des choses⁶⁴ et ainsi bouleverser la « tripartition gâusienne »⁶⁵. Comme l'observent les organisateurs d'une recherche collective récente sur les questions éthiques et les enjeux juridiques soulevés par le transhumanisme : « *Le transhumanisme ébranle les notions fondamentales du droit* »⁶⁶.

En acceptant de raisonner à l'intérieur des cadres conceptuels, en reprenant à leur compte les catégories juridiques, les juristes risquent d'entériner une vision du monde et de la figer⁶⁷ au nom d'un « ordre » qu'ils entendraient conserver. Cette perspective, si elle n'est pas consciente, se révèle dangereuse : c'est une « ligne de fuite » qui vise « à s'en tenir au Droit comme un totem protecteur »⁶⁸ risquant de naturaliser certaines prises de positions morales. En effet, comme l'observe Danièle Lochak : « *le droit agit sur les représentations collectives et contribue à inculquer une certaine idée de la normalité* »⁶⁹. Il produit un effet de « reconnaissance »⁷⁰. La technique est « constructive » dans la mesure où elle agit sur la réalité en incorporant la réalité sociale⁷¹. Dans le domaine de la bioéthique, Xavier Bioy dénonce ainsi le risque de la « biologisation du droit »⁷². En mobilisant des principes tels que la « dignité humaine » ou l'« intégrité du corps humain », il faut bien avoir conscience que le légal est confondu avec le possible et donc avec la morale. La prise de parole des juristes, au nom de leur savoir conduit à leur donner en charge « *l'institution de l'homme* »⁷³. L'étude du

⁶⁴ B. MATHIEU, « La nécessité de la norme juridique en matière de bioéthique », in B. FEUILLET LE MINTIER (dir.), *Les lois "bioéthique" à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, PUF, coll. Droit et société, p. 21-34, spéc. p. 26.

⁶⁵ V. le programme du colloque « *Transhumanisme : question éthiques et enjeux juridiques* », sous la dir. de Y. FLOUR et P.-L. BOYER dont la troisième partie s'intitule « Transhumanisme : la tripartition gâusienne bouleversée ? », <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/30453-transhumanisme-questions-ethiques-et-enjeux-juridiques>, publié aux éditions Parole et silence, Académie catholique de France, 2020.

⁶⁶ V. la présentation de l'ouvrage : Y. FLOUR et P.-L. BOYER, *Transhumanisme : question éthiques et enjeux juridiques*, op. cit.

⁶⁷ D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique, mythe ou réalité ? », op. cit., p. 307.

⁶⁸ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, S. HENNETTE-VAUCHEZ, C.-M. HERRERA et O. LECLERC, op. cit., p. 20 et s.

⁶⁹ D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique, mythe ou réalité ? », op. cit. p. 307.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *Daloz*, 2004, p. 711.

⁷² X. BIOY, « Les crimes contre l'espèce humaine ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel », op. cit., p. 101-119. V. également, X. BIOY « Neurosciences et sujet de droit : quel avenir pour l'autonomie de la personne ? » in B. BÉVIÈRE-BOYER, D. DIBIE et A. MARAIS (dir.), *La bioéthique en débat : quelle loi ?*, Daloz, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 99-120, spéc. p. 100.

⁷³ M. FABRE-MAGNAN, P. MOULLIER, *Le génétique, science humaine*, Belin, 2004, coll. Débats, p. 11.

biodroit invite alors à ouvrir « *la boîte noire* » de la technique juridique⁷⁴, en observant que la logique juridique n'est pas étanche à l'« *impureté de l'idéologie* » propre au langage politique⁷⁵. La parole des juristes n'est jamais neutre⁷⁶ et un grand nombre de mobilisations juridiques sur le terrain de la bioéthique révèlent « *les points de contacts entre l'arène savante et l'arène politique* »⁷⁷.

Dès lors que le droit ne se présente plus comme phénomène d'ordre et d'autorité imposé selon une logique verticale, mais comme instrument de régulation et d'action publique, dans une logique horizontale, la posture « légale-prescriptive-rationnelle » du juriste chercheur est mise à mal. En effet, si sa parole normative est partagée avec d'autres, et que la légitimité de cette parole est mise en doute par la dimension éminemment idéologique des enjeux juridiques en cause, la posture doctrinale devient extrêmement inconfortable. Face à cette impasse, deux options s'offrent au chercheur en droit : conserver une posture doctrinale par *habitus* disciplinaire ou s'ouvrir aux sciences sociales en usant de son expertise normative pour éclairer le débat public. Il s'agit alors d'adopter une posture descriptive, et non pas prescriptive, en gardant l'objet du droit à distance, pour le penser dans son contexte historique, sociologique et politique en y portant un regard réflexif et critique⁷⁸. Si la première option conformiste est la plus confortable, elle expose au risque de la dilution de la parole et de la perte d'autorité et de la position de pouvoir du juriste. Parler « au nom du droit » et de ses catégories, alors que cette parole est partagée, aura finalement peu de poids et aura tendance à isoler le juriste du champ politique des prises de décisions publiques. En revanche, la deuxième option, plus inconfortable au départ en ce qu'elle invite à repenser les méthodes de sa discipline, présente l'avantage de redonner au juriste une parole de poids dans l'autorité de son analyse du phénomène normatif et de sa connaissance de la technique. Les juristes ont donc tout intérêt à ouvrir leurs méthodes et à dialoguer s'ils souhaitent conserver une position de pouvoir en portant une parole de poids : celle de la science juridique.

⁷⁴ V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*

⁷⁵ N. BOBBIO, *Droite et Gauche. Essai sur une distinction politique*, Seuil, 1996, p. 106 : « le langage politique est, en soi, peu rigoureux, puisqu'il est fait de mots tirés du langage commun ; il l'est quand il sert à décrire, et plus encore quand il traduit des jugements de valeur avec des paroles qui sont ambiguës, sinon ambivalentes ». Comp. B. LATOUR, « Si l'on parlait un peu politique ? », *Politix*, 2002, 15, p. 143-165.

⁷⁶ D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *op. cit.* p. 293.

⁷⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁸ Sur la science juridique v. J. CHEVALLIER, *Op. cit.*

