

**L'ADAPTATION DU CODE CIVIL : L'EXEMPLE DE LA
BIOETHIQUE
(COLLOQUE AJOI DE DECEMBRE 2004, MADAGASCAR,
POUR LE BICENTENAIRE DU CODE CIVIL)**

*Par Eléonore CADOU
Maître de conférences à l'Université de La Réunion*

On ne trouve aucune trace du droit de la bioéthique dans la version originale du Code civil des français, et on ne saurait s'en étonner. Les raisons techniques en sont évidentes, l'état de la science en 1804 n'étant pas tel que l'individu puisse alors légitimement se sentir menacé dans son intégrité ou dans sa dignité.

Si l'on définit la bioéthique - à laquelle on peut préférer le terme droit biomédical - comme « l'ensemble des règles qu'une société s'assigne pour faire face aux difficultés nées des progrès des sciences de la vie », la matière concerne des techniques aussi différentes que les procréations médicalement assistées, le diagnostic préimplantatoire, l'expérimentation sur le corps humain, le clonage, les empreintes génétiques ou le don d'organes, pour ne citer que certains sujets parmi les plus sensibles.

On peut présenter l'avènement de la bioéthique comme une réaction à cette « angoisse historique » décrite ailleurs par Jean Carbonnier¹ : confronté aux avancées de la biologie et de la génétique, l'homme se demande avec inquiétude si ce qui est scientifiquement et techniquement possible est toujours moralement et juridiquement acceptable, et souhaitable. La bioéthique marque ainsi la fin du scientisme optimiste du XIX^{ème} siècle, et s'inscrit dans l'idée d'une responsabilité de la société actuelle à l'égard des générations futures. De là le « Principe responsabilité » énoncé par Hans Jonas, dont on a pu déduire le fameux « Principe de précaution » aujourd'hui galvaudé, et qui conduit à renoncer à une initiative dont les conséquences et les risques ne sont pas tous identifiables, ni quantifiables. En gros, il s'agit de ne prendre que les risques que l'on peut mesurer, et donc librement accepter.

En France, le droit de la bioéthique s'est inscrit *ab initio* dans une démarche évolutive : en effet, les premières lois Bioéthique du 29 juillet 1994 modifiant le Code civil prévoyaient qu'elles feraient l'objet d'une révision au terme d'un délai de 5 ans, délai qui était écoulé depuis belle lurette lorsque les lois de révision ont été finalement votées, en août 2004. On peut comprendre sans peine ce retard, dans la mesure où il était pour le moins ambitieux de prévoir dans les 5 ans une révision d'un texte qui avait lui-même demandé pour son élaboration près de 10 années de

¹ V. La part du droit dans l'angoisse contemporaine, in Flexible droit, LGDJ, 7^èd., p. 165 s

débats et de réflexion. On a néanmoins trouvé la technique de la révisibilité suffisamment fine pour la reconduire dans la nouvelle loi du 6 août 2004, dont l'article 40 dispose qu'elle « fera l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans un délai maximum de 5 ans ».

Avant d'étudier le principe et les conséquences de cette révisibilité de la loi, on doit déjà s'interroger sur l'idée même d'une norme nationale en bioéthique, et sur l'utilité d'une codification.

I- LA NECESSITE DE LA NORME EN MATIERE BIOETHIQUE

On pouvait douter de la nécessité de créer une norme juridique nationale en matière de bioéthique, en raison notamment de la forte concurrence exercée par d'autres normes :

- Concurrence d'une part, de la norme internationale et universelle : Par son objet même, le droit de la bioéthique relève au premier chef du droit international. Historiquement, les principes applicables en matière de bioéthique ont d'abord été posés au niveau international : les principes de dignité humaine et de consentement de l'individu, énoncés par le Code de Nuremberg en 1947 à propos des expérimentations sur l'homme se sont tous retrouvés dans les textes bioéthiques internationaux ultérieurs. Les textes initiés par la suite par les ONG, par les instances communautaires et européennes, et par les organisations internationales types ONU forment ainsi un ensemble foisonnant mais relativement cohérent.

- Concurrence d'autre part au niveau national des normes déontologiques produites par les organisations représentatives des scientifiques et des médecins. De comités d'éthique en Ordres divers, c'est tout un système normatif, partiellement autonome, relevant de ce que l'on a appelé la *soft law*, qui a constitué les premiers fondements de la bioéthique.

L'intérêt de la création d'une norme juridique apparaît pourtant à ce double égard : D'abord, la déontologie professionnelle n'épuise pas, loin s'en faut, toute la problématique de la bioéthique : ainsi que le souligne le Pr Jean Bernard, « si à la limite, on peut admettre que la science appartient aux seuls hommes de science, l'éthique de la science, l'éthique des conséquences de la science concerne tous les citoyens »¹ => qui mieux que le « Code civil des français » pouvait traiter de ces questions essentielles ?

- On peut en outre tabler sur une effectivité plus grande de la norme nationale par rapport à la norme internationale.. Le droit international de la bioéthique souffre en effet des mêmes insuffisances que le droit international en général, notamment liées à l'absence de sanctions civiles ou pénales.

¹ De la biologie à l'éthique : nouveaux pouvoirs de la science et nouveaux devoirs de l'homme, Buchet/Chastel, 1990, p. 123

Au final et paradoxalement l'un des principaux intérêts d'une norme bioéthique nationale demeure la possibilité de se démarquer de l'éthique pratiquée par les autres pays. La difficulté majeure d'une bioéthique transculturelle est en effet de parvenir à concilier des approches aussi différentes que les approches occidentales, asiatiques, africaines des rapports entre l'homme avec son corps, avec la science ou avec la nature¹.

En vérité l'universalisme de la bioéthique paraît encore plus difficile à réaliser que l'universalisme des droits de l'homme, car s'il est envisageable que tout le monde s'entende un jour sur les principes généraux de dignité et de liberté humaine, il est moins probable que l'on puisse s'accorder sur des questions comme la thérapie génique, l'expérimentation sur l'homme ou le sort de l'embryon, dont la réponse dépend très étroitement des perceptions religieuses de chacun.

En tout état de cause, la difficulté d'adopter des principes bioéthiques universels résulte du simple fait que toute l'humanité n'est pas également confrontée aux risques induits par les avancées de la génétique et de la biologie. On voit ici qu'il existe une importante scission Nord /Sud en bioéthique², et l'on se prend à se demander si la préoccupation bioéthique n'est pas principalement une préoccupation de nantis – ce qui au demeurant ne la rend pas moins cruciale.

II- LA CODIFICATION DE LA BIOETHIQUE

Une fois admis l'intérêt d'une norme juridique nationale, la question demeure des avantages de la codification de cette norme (A), et des résultats de cette codification (B).

A- La nécessité d'une codification

L'intégration des lois bioéthiques dans le Code civil présentait différents atouts, qui pour avoir déjà été brillamment exposés, ne seront ici que rappelés :

La codification présente en premier lieu des avantages quant à la forme : Il semble d'abord que, en empruntant au Code sa relative inertie, la norme peut espérer échapper en partie aux fluctuations politiques du moment.

Il est clair en outre que l'intégration d'une règle dans le Code civil donne à celle-ci une visibilité qui lui garantit *a priori* une promotion dont les règles demeurées extérieures au Code ne sont pas assurées. On a par exemple pu regretter que l'article 1^{er} de la Loi Veil de 1975 n'ait été intégré ni dans le Code civil ni dans le Code pénal, ce qui avait laissé dans l'ombre le principe du « respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » qui y était officiellement proclamé.

¹ On ne saurait en déduire que le rapprochement est forcément très simple au sein d'une même « famille » de pensée et il suffit pour le constater de s'intéresser à l'histoire du clonage en Europe

² Sans non plus que la préoccupation bioéthique soit bien sûr exclue des débats dans le sud (cf OUA / Décl. ONU)

On peut ajouter que le mécanisme de promotion joue dans les deux sens, et que la codification des principes bioéthiques pouvait également servir au destin du Code civil lui-même, en démontrant l'aptitude de l'ouvrage historique à régler également les difficultés les plus modernes. Cette faculté à s'adapter aux changements de mœurs et de la société, le Code civil l'avait déjà montrée, puisqu'il avait constitué le support de la remarquable réforme du droit de la famille qui avait eu lieu dans les années 60-70, sous l'éclairante direction du Doyen Carbonnier.

Mais c'est sur le fond du droit que l'avantage de la codification nous semble être le plus convaincant. Ainsi que l'a souligné le Doyen Gérard Cornu, codifier n'est pas une simple façon de légiférer : c'est « une façon sublime de cultiver la législation »¹. Car la codification permet, par l'unité de projet et d'écriture, d'élaborer un véritable système, chaque disposition étant adoptée en considération de l'ensemble.

Où l'on peut d'ailleurs vérifier que les vertus de la codification ne découlent pas de simples considérations de forme – il ne suffit pas d'intégrer les lois nouvelles dans un code existant ou en création pour se garantir un ensemble cohérent – mais de l'esprit tout autant réformateur qu'ordonnateur communément insufflé aux différents textes incorporés. De cet esprit de système découle normalement une économie de moyens et donc une certaine sobriété, Gérard Cornu décrivant la codification comme un remède aux phénomènes de pollution et d'inflation législative que l'on déplore depuis longtemps.

La codification présente dans ces conditions un avantage certain sur la succession de législations ponctuelles qui ne seraient pas animées d'une commune inspiration.

Or on doit malheureusement constater que, en matière de bioéthique, si l'unité de temps a globalement été respectée – puisque les 3 lois sont datées des 1^{er} et 29 juillet 1994 – l'unité de lieu, et surtout l'unité d'inspiration n'ont pas été assurées. Le système qui en est issu a évidemment perdu en clarté, en cohérence, et donc en efficacité.

B- Les résultats de la codification

Différentes raisons peuvent être avancées pour expliquer les lacunes du système intégré dans le Code civil :

La première réside dans le fait d'avoir cédé à ce qu'on pourrait appeler la tentation de l'exhaustivité : au lieu de se contenter de rappeler solennellement les principes fondamentaux déjà prévus ailleurs (dignité, inviolabilité, indisponibilité), en laissant au juge le soin d'en adapter l'application aux situations nouvelles, les lois bioéthiques ont souhaité entrer dans le détail de la réglementation. On a ainsi prétendu saisir toutes les situations envisageables, sans prendre la mesure du fait que, en matière de science, ce qui est inimaginable aujourd'hui sera peut-être d'une

¹ Codification contemporaine : valeurs et langage, in L'art du droit en quête de sagesse, PUF 1998, p. 357

réalisation commune demain, ou le jour d'après. Aussi a-t-on pu reprocher aux lois d'être dépassées avant même d'avoir été promulguées.

Une autre raison réside dans le fait d'avoir voulu légiférer sans véritablement assumer les indispensables choix politiques sous-tendus par une telle entreprise¹. Il était notamment nécessaire d'établir une hiérarchie entre les valeurs à défendre, et en particulier entre les objectifs souvent concurrents et parfois inconciliables, de progrès scientifique, d'essor du commerce et de dignité de l'être humain. Pour cela, rien ne pouvait être réellement entrepris sans une volonté ferme de se mettre à l'écart des pressions et intérêts divers, qui seule aurait permis d'exprimer, en dehors d'une opinion technique ou personnelle, un véritable choix social. Victimes sans doute des multiples changements de législature intervenus pendant le processus d'élaboration de la loi, les lois portent la marque du contexte, où le relativisme et l'utilitarisme l'emportent sur le choix politique.

Finalement, là où il était question de poser clairement des limites ou des interdits, les lois bioéthiques de 1994 apparaissent comme des lois de compromis, pour ne pas dire de négociation.

Une raison formelle enfin, qui résulte en partie des précédentes : les trois lois bioéthique, rédigées par des ministères différents, totalisent plusieurs centaines d'articles, qui ont été principalement intégrés dans le Code civil et le Code de la Santé Publique... sans compter la foule de dispositions pénales qui, à notre connaissance, n'ont reçu à ce jour aucune application pratique. On a donc 3 lois, 3 codes, ce qui fait au moins 9 raisons de se contredire, il était inévitable dans ces conditions qu'entre les textes ainsi élaborés se multiplient les flottements, les incohérences ou les redites, ajoutant à la confusion d'une matière déjà complexe.

A la vérité, on a eu quelques raisons de se demander si la confusion n'avait pas en la matière été délibérément organisée² : en traitant dans 3 lois distinctes des différents intérêts en cause, connexes mais contradictoires, en séparant des questions qui auraient mérité un traitement global, on a créé un système juridique dont la façade, principalement intégrée dans le Code civil, proclame solennellement de grands principes, lesquels subissent en coulisses de considérables aménagements, au moyen des dispositions intégrées au Code de la Santé publique.

Concrètement, la loi n° 94-653 sur le corps humain a logiquement été intégrée dans le livre 1^{er} du Code civil, relatif aux personnes : à 2 emplacements : -

¹ « L'engagement (du juriste et du droit) à répondre à la question : "quel usage faire de la technique ?" reste vain en l'absence d'une politisation, c'est-à-dire d'une mise en scène sociale, du problème posé. En outre, cet engagement ne peut être téméraire et suppose information et réflexion préalables ; il ne peut également s'affirmer sans recherche d'un support social car c'est "ensemble, souligne le Doyen Gérard Cornu, que nous sommes surtout fondés à affirmer que la décision appartient à la cité, non à la science, qu'elle est, au sens grec, politique non scientifique" » Ch. Byk, Le monde du droit face aux sciences de la vie : Société du risque, droit et démocratie, JCP ed G 2002, I, 164.

² D. Thouvenin, Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, Dalloz 1995, Actualité législative Dalloz p. 149 s. spéc. n° 28 s.

art. 16 s., dédié au « respect du corps humain » et à l'identification génétique des personnes, et aux articles 311-19 et 311-20 réglementant la procréation médicalement assistée. Ces dispositions proclament de façon quasi incantatoire de grand principe, comme celui de dignité de l'individu, d'inviolabilité et d'extrapatrimonialité du corps humain. Pris isolément, ces articles semblent instituer au profit de la personne, considérée dans son espèce comme dans sa moindre cellule, une protection absolue, puisque toute intervention est subordonnée à la double condition d'un intérêt thérapeutique, et du consentement de l'individu.

Mais parallèlement, les deux lois n° 94-654 et 94-548 [relative l'une au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, l'autre au traitement des données relatives aux recherches en santé], organisent au sein du Code de la Santé publique les différentes façons de contourner ces protections, en instituant de nombreux cas où l'individu n'est ni consulté, ni même informé des interventions conduites dans l'intérêt d'autrui ou de la recherche. Ainsi de l'expérimentation sur la personne, de tous les prélèvements de tissus, cellules ou produits humains sur les personnes vivantes, des prélèvements d'organes sur les personnes décédées, ou de recueil de données nominatives ou identifiantes sur des personnes.

Force est donc de constater que, en matière de bioéthique, l'intégration de la norme dans le Code civil n'a pas, loin s'en faut, permis d'assurer au système la clarté, la cohérence et l'harmonie que la codification a déjà permis, en d'autres temps et d'autres matières. Il est même permis de considérer que le Code civil est ici *instrumentalisé*, servant en quelque sorte de (couverture) pour masquer des pratiques autorisées par ailleurs dans le CSP, mais dont la légalisation était mal assumée.

S'attachant trop souvent à entériner le fait scientifique accompli, la loi a créé un monde où la sexualité est séparée de la procréation, la parenté dissociée de la sexualité, la filiation confondue avec le biologique et où le corps démembré circule en pièces détachées. Délivré tant des lois sociales que biologiques, et peut-être effrayé de ses propres audaces, le législateur semble avoir recherché dans le Code civil la caution morale et historique de ses innovations.

Il reste à voir si la révision récente des lois bioéthiques a ou non amélioré ces distorsions entre les principes du Code civil et leur mise en œuvre technique incluse dans le CSP.

III- LA REVISIBILITE DE LA NORME BIOETHIQUE

La révisibilité des premières lois bioéthiques a été reconduite par une disposition spéciale de la loi de révision du 6 août 2004. Pourquoi une révisibilité ? Parce que le droit moderne est un droit de négociation, qui valorise une procédure évolutive d'élaboration de la norme. Il ne s'agit plus d'imposer une norme comportementale, mais d'adapter la règle au plus près des circonstances concrètes et, si possible, de réduire les réactions éventuelles de rejet. Le droit doit être souple,

pour s'adapter, avec le risque de se contenter de « gérer » un état de fait¹. L'introduction dans les lois bioéthiques de 2005 d'une nouvelle clause de révision sous 5 ans, procède de la même logique d'adaptation constante du droit aux besoins de la science.

On peut en outre se demander quelle est la nécessité en législation d'ériger la révision en règle, alors qu'elle est par hypothèse toujours possible, et de prendre ainsi le risque d'installer la loi dans la précarité. A l'époque des premiers textes, Gérard Cornu se demandait si ces clauses, devenues banales en matière contractuelle, constituaient lorsqu'elle émane du législateur un acte sincère d'humilité, voire d'autoscepticisme, ou bien « une façon assez habile de faire miroiter des correctifs à court terme, pour convaincre les hésitants »².

Sans entrer dans le détail des dispositions, on ne peut que constater que la construction et l'esprit des premières lois bioéthiques ont été repris par la réforme du 6 août 2004³ : alors que les principes fondamentaux proclamés dans le Code civil ne sont pas modifiés⁴, les dérogations apportées dans le Code de la Santé publique ont été renforcées. La plus notable a été l'autorisation des recherches effectuées sur ce que l'on appelle tristement les embryons surnuméraires⁵ et cellules souches embryonnaires⁶, sous le double couvert de la finalité thérapeutique et du caractère subsidiaire de la recherche⁷. Le clonage demeurant en France interdit sous toutes ses formes, on a donc décidé, pour faciliter ces recherches, d'autoriser l'importation de cellules souches embryonnaires. Nul doute que les pays voisins, tels que la Belgique ou la GB, qui autorisent le clonage thérapeutique, sauront nous fournir le « matériel » que nous ne pouvons créer en France. Ainsi favorise-t-on à l'étranger ce que l'on interdit chez nous, confirmant la faveur faite à tout ce qui procède d'une réification de l'individu. De progrès scientifiques en pressions diverses, le temps n'est probablement pas loin où l'on autorisera en France le clonage à des fins

¹ V. Ch. Byk, loc. cit.

² G. Cornu, Réflexion finale, in *Les lois bioéthiques à l'épreuve des faits*, Colloque sous la dir. de B. Feuillet le Mintier, PUF 1999, p. 337 s.

³ B. Mathieu, Remarques sur le projet de loi relatif à la bioéthique, P.A. 30 mai 2003, n° 108, p. 4

⁴ Ils n'étaient d'ailleurs pas inclus dans le champ de la révisibilité.

⁵ Les embryons surnuméraires sont ceux obtenus à l'occasion d'un FIV et qui, n'ayant pas fait l'objet d'une implantation in vivo, sont congelés dans l'attente soit d'une autre tentative d'implantation, soit, d'un don au profit d'un autre couple stérile, soit, depuis la loi du 6 août 2004, d'un projet de recherche scientifique. On dénombrait presque 120.000 embryons congelés au 31 décembre 2000, parmi lesquels 65.000 faisaient l'objet d'un projet parental, et 23.000 avaient été abandonnés par les couples concernés. Aucune information n'est disponible sur les quelques 30.000 embryons restant, soit que les couples aient été perdus de vue, soit qu'ils n'aient pas répondu aux questionnaires qui leur ont été envoyés... V. Le Monde du 5 octobre 2004.

⁶ Les cellules souches embryonnaires sont les cellules indifférenciées prélevées aux tous premiers jours de la fécondation sur des embryons conçus in vitro, et qui sont susceptibles d'une évolution vers différentes cellules spécialisées, évolution qui peut être artificiellement guidée : on peut donc obtenir des cellules de foie, de rein, de tissu musculaire cardiaque, etc., pouvant être injectées chez des sujets malades.

⁷ Ce qui est une nouvelle façon pour le droit de s'inscrire dans une logique évolutive, et pour le législateur de se décharger sur les experts d'une partie de sa mission normative - V. G. Cornu, préc.

thérapeutiques¹. On aura alors atteint le stade ultime de l'instrumentalisation de l'individu, et sa dégradation du rang de sujet à celui d'objet de droits. Il est probable que, comme on l'a souvent fait jusqu'à présent, cette évolution se fasse tout en continuant de proclamer, à grand renforts de dispositions civiles et pénales², la protection de l'espèce humaine.

Une telle duplicité est significative de l'évolution générale en matière de bioéthique, qui tend à faire prévaloir les intérêts collectifs, catégoriels et communautaires, sur l'intérêt individuel. On comprend à cet égard que la France soit au sein du Conseil de l'Europe l'une des plus longues à ratifier la Convention d'Oviedo³ selon laquelle « l'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science ».

L'intégration des lois bioéthiques dans le Code civil a donc permis de porter sur scène et à grand bruit des principes fondamentaux, qui sont discrètement mais systématiquement remis en cause par les dispositions du CSP. Qu'elle soit délibérée ou pas, cette instrumentalisation ponctuelle du Code civil n'est certes pas plaisante, mais elle n'est rien en regard de la réification de l'être humain qu'elle organise.

Novembre 2004

¹ Qui, sur le plan des principes et de l'atteinte portée à l'espèce humaine, ne diffère en rien du clonage reproductif.

² V. La loi n° 2004-800 du 6 août 2004, qui crée l'infraction de « crime contre l'espèce humaine ».

³ Signée par la France (sans ratification...) dans le cadre du Conseil de l'Europe, en 1997. La ratification était subordonnée à l'adoption préalable des lois de révisions bioéthiques. A suivre, donc.