

Florence Bellivier

BIOÉTHIQUE, BIOÉQUITÉ, LIBERTÉS ET ÉTAT :
À PROPOS DE L'ÉTHIQUE MINIMALISTE DE R. OGIEN¹

Quand on s'interroge sur l'état des libertés dans le champ que depuis 1994 on désigne par l'expression, devenue classique, de « bioéthique » et, plus largement, dans la politique du vivant comme ressource², on commence par rencontrer un paradoxe.

D'un côté, les libertés d'user de son corps et, plus généralement, du vivant humain comme ressource, n'ont jamais été aussi grandes. Il est permis d'avorter, de se faire stériliser, y compris quand on est incapable, de tenter d'avoir des enfants quand on est stérile, de bénéficier d'une greffe d'organes, de donner des éléments et produits de son corps à autrui ou à la recherche, de son vivant ou après sa mort, d'expérimenter sur l'être humain, de se faire entendre quand on ne veut plus qu'un médecin s'obstine déraisonnablement sur son cas, de mener, certes à titre dérogatoire et exceptionnel, des recherches sur des cellules souches embryonnaires, etc.

De l'autre côté, des observateurs informés et compétents voient dans les lois qui régissent la libre disposition de soi des lois « répressives » qui portent atteinte aux libertés individuelles. Tel est notamment le cas de Ruwen Ogien, dans son livre *La vie, la mort, l'État. Le débat bioéthique* (Grasset, 2009) dont les thèses seront ici discutées.

Le propos n'est donc nullement de présenter un état des lieux des libertés individuelles en matière de bioéthique (qu'est-ce qui est permis ? Qu'est-ce qui est interdit ?) ni de s'interroger sur la qualification des libertés corporelles, ce

1. Travail présenté au colloque « Des droits fondamentaux à l'obsession sécuritaire : mutation ou crépuscule des libertés publiques ? » organisé par l'Institut Michel Villey pour la culture juridique et la philosophie du droit en collaboration avec l'Institut Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg (Paris, 14 mai 2010) [Note de l'éditeur].

2. Voir Ph. Steiner, *La transplantation d'organes. Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Gallimard, 2010.

que d'autres collègues, telles S. Henneville-Vaucher ont déjà très bien fait³. Il s'agit de se demander quel est et quel doit être le rôle de l'État dans ce domaine très particulier puisqu'il met en jeu la vie, la santé et la mort et qu'à ce titre il concerne ou concernera chacun de nous à un moment donné de son existence. L'État doit-il et peut-il rester « moralement neutre », pour reprendre l'expression-clé de R. Ogien, dans les décisions relatives à la procréation et à la mort ?

Mon hypothèse est qu'il le devrait peut-être mais qu'il ne le peut pas, ce qui ne signifie pas qu'il ne faille pas accorder plus de droits et libertés aux individus dans le champ de la mort et de la procréation. L'éthique minimaliste défendue par R. Ogien (I) sera donc soumise à la critique du droit (II).

I. L'éthique minimaliste selon R. Ogien

Dans un livre très dense, informé⁴, d'une clarté et d'une pédagogie exemplaires, le spécialiste de philosophie morale qu'est Ruwen Ogien part du constat selon lequel la vie et la mort sont des domaines dans lesquels l'État intervient par la menace et la force, même dans les sociétés dites libérales (p. 9). En effet, même si l'État n'affiche pas d'option métaphysique à l'égard de la vie et de la mort et si ses interventions sont moins visibles qu'à l'époque des exécutions publiques ou des programmes natalistes répressifs, il n'a pas cessé de « contrôler de façon directe et coercitive le début et la fin de vie de ceux qui sont sur son territoire » (p. 11). Son hypothèse est que cette volonté d'expansion illimitée dans une sphère qui relève de choix personnels (mourir, procréer, ne pas procréer) se fonde sur des arguments qui imaginent des victimes potentielles à des atteintes qui sont, du même coup, délégitimées : l'avortement tue une personne potentielle, la procréation au sein d'un couple homosexuel nuit à l'intérêt de l'enfant à naître, l'euthanasie mettra en péril des personnes vulnérables qui ne seraient pas à même de consentir valablement. L'auteur défend donc simplement un « *droit* (à mourir, à procréer, à ne pas procréer) que les personnes concernées ne sont évidemment pas obligées d'exercer, si elles n'en ont pas la force ou la volonté » (p. 27). La thèse de R. Ogien est donc minimaliste en un double sens : elle pose que l'intervention de l'État dans les choix moraux doit être minimaliste ; elle est elle-même très peu radicale, puisque l'auteur ne défend pas de thèse libérale absolutiste (voir p. 204), ni *a fortiori* de thèse libertarienne fondée sur la pleine propriété de soi-même. Par exemple, s'agissant de l'euthanasie, il

3. S. Henneville-Vaucher, *Disposer de soi ? - Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.

4. On peut néanmoins lui reprocher de citer les thèses adverses aux siennes par le biais des auteurs qui les critiquent.

défend simplement la « liberté politique négative mourir » et trouve la liberté positive correspondante plus problématique (qu'est-ce qu'un droit à être mort ? Voir p. 107).

Le propos est explicité en deux parties.

Dans la première, dont l'intitulé est une interrogation (« Qu'est-ce qui justifie l'encadrement coercitif de la vie et de la mort ? »), sans doute la plus brillante, l'auteur s'attaque aux quatre arguments qui sont généralement avancés en faveur de ce qu'il qualifie d'encadrement coercitif.

Tout d'abord, l'argument de la protection des plus vulnérables. Si l'État use de moyens coercitifs, c'est pour prévenir les torts que chacun cause aux autres. Or, selon l'auteur, les conceptions bioéthiques qui prévalent en France donnent une extension trop grande à la classe des êtres à qui on peut causer des préjudices. On met en effet dans le même sac des entités individuées, existantes ou actuelles, des entités collectives, des atteintes à l'intégrité physique ou aux droits fondamentaux de personnes particulières et la contestation de certaines valeurs (pp. 45-46). R. Ogien prône, quant à lui, une version minimaliste du principe de non-nuisance qui le limite aux torts concrets causés directement et intentionnellement à des personnes existantes et non consentantes (p. 50). En effet, dans le domaine de la procréation, l'extension du principe de non-nuisance conduit à des difficultés empiriques et conceptuelles trop ardues (comment évaluer le préjudice d'être né, non né ? cf p. 52 et s.) ; s'agissant de la fin de vie, il n'y a pas de raison d'invalider *a priori* le consentement des candidats à la mort assistée (p. 58).

Le deuxième argument est celui de la pente fatale ou pente glissante, utilisé à l'envi tant par les conservateurs que par les libéraux. Par exemple : « on commence par limiter l'avortement tardif, on finira par interdire la contraception puis les rapports sexuels sans but procréatif » (p. 67). Selon R. Ogien, deux conditions semblent nécessaires pour qu'il y ait pente fatale : le résultat auquel on aboutit doit être horrible⁵ ; ce qui fait glisser vers ce résultat, ce n'est pas une nécessité logique⁶ mais une progression naturelle due à des facteurs sociaux, psychologiques ou biologiques. Or, d'après lui, les différents arguments souvent évoqués sous la forme de la pente fatale peinent à démontrer en quoi le résultat prévu est horrible. Par exemple, en Hollande, les demandes d'euthanasie s'effondreraient quand un bon système de soins palliatifs est organisé : un tel constat, à le supposer avéré, n'est en rien « horrible », tout le monde en convient.

Dans un troisième chapitre, l'auteur revient sur la fameuse dignité humaine qu'en l'état du débat il estime soit inutile soit dangereuse. Inutile car s'il s'agit

5. Ce qui n'est pas le cas dans l'argument des cas similaires (voir p. 68).

6. Comme dans l'argument de la règle logique, voir p. 68.

du rapport de soi aux autres, il suffit le plus souvent de s'en tenir à « un robuste principe de non-nuisance qui spécifie *ce qu'il ne faut jamais faire à autrui* » ; dangereuse car dans le rapport de soi à soi, « elle sert surtout à justifier la pénalisation de toutes sortes d'actions et de relations, dans le domaine sexuel ou celui de la procréation, de la gestation pour autrui aux relations masochistes entre adultes consentants » (p. 88).

Enfin, dans un dernier chapitre, R. Ogien met à l'épreuve l'argument laïc, développé par R. Dworkin, de la valeur intrinsèque de la vie reconnue par tous, qu'il trouve grandiloquent (p. 96) et impuissant à désarmer ceux qui pensent que les fœtus ont des droits (principalement le droit à la vie), et pas seulement une valeur intrinsèque non dérivée d'intérêts personnels qu'ils n'ont pas.

Après avoir miné ces quatre arguments, l'auteur défend sa thèse de façon plus normative dans une deuxième partie sobrement intitulée « La liberté de ne pas procréer et le droit de mourir » : « nous ne nous porterions pas plus mal si ces lois (les lois sur la mort et la procréation) étaient amendées dans un sens moins paternaliste, plus respectueux des libertés individuelles » (p. 99). Il le fait en abordant quatre thèmes dans autant de chapitres : l'euthanasie, l'avortement, l'assistance médicale à la procréation, la gestation pour autrui. Dans chacun de ces domaines, l'auteur démonte les logiques conservatrices à l'œuvre, en mettant en lumière le fait qu'elles occultent le consentement des personnes concernées au premier chef, qu'elles se fondent sur un contrôle arbitraire des motivations (par exemple la motivation de la femme enceinte à interrompre sa grossesse ou encore les motivations de celui qui demande à mourir, à propos desquelles l'auteur emprunte à un autre cette heureuse expression : « acharnement herméneutique », cf p. 125) ou qu'elles sont discriminatoires (par exemple en ce qui concerne l'accès à l'AMP). D'où sa proposition d'une éthique minimaliste.

II. Critique juridique de l'éthique minimaliste : l'impossible neutralité de l'État

Si l'on peut adhérer pleinement à la façon dont le philosophe démonte les arguments à l'œuvre, voire à son éthique minimaliste en tant qu'elle pose de fortes limites aux prétentions de l'État (et pas seulement de lui) à limiter les libertés individuelles dans le domaine de la vie et de la mort, sa critique en suscite deux autres en retour, l'une relative à la part de la « répression » dans les dispositifs analysés, l'autre à la signification et aux conséquences de la neutralité de l'État.

En premier lieu, qualifier le dispositif actuel de répressif est évidemment rapide. Certes, l'auteur n'est pas juriste mais ce point est tellement central dans son texte qu'il aurait gagné à être affiné. En effet, l'appréhension des

libertés corporelles par le droit pénal n'est nullement monolithique. D'une part certaines pratiques ont été incontestablement dépenalisées : ainsi de la stérilisation volontaire par la loi du 4 juillet 2001 ; ou encore de la cessation de tout traitement par la loi Léonetti du 22 avril 2005 qui crée un fait justificatif à ce qui pourrait sinon être considéré comme une pratique euthanasique ; d'autres pratiques ont été sur-pénalisées : tel est le cas du clonage reproductif, comme le constate, après bien d'autres, R. Ogien.

Mais surtout, dans la plupart des secteurs, on a assisté à un déplacement de la pénalisation, plutôt qu'à ce qui est parfois appelé dépenalisation : ainsi de l'avortement qui, s'il n'est pas effectué dans les conditions légales, est réprimé. En effet, on observe que toute pratique de libéralisation (de l'expérimentation sur le corps humain, du prélèvement d'organes, de la recherche sur l'embryon) s'accompagne d'une forme de pénalisation. C'est là une marque singulière du mode d'intervention de l'État dans le champ de la bioéthique. A chaque fois qu'une pratique est légalisée, la transgression de ses conditions d'application est pénalement sanctionnée mais ce qui est remarquable c'est que la majorité des sanctions frappent en général le médecin, non la personne bénéficiaire. Il y a donc bien pénalisation et, même, un droit pénal de la bioéthique pléthorique, mal conçu et, finalement, quasiment pas appliqué. Mais là n'est sans doute pas ce que vise R. Ogien quand il évoque la « répression ». Il ne désigne pas le droit pénal de la bioéthique mais le fait que certaines pratiques en amont ne soient pas permises. Il est en effet indéniable que tout n'est pas permis sur le corps mais la sphère du licite s'est considérablement étendue et les libertés individuelles, dans ce domaine, ont souvent été conquises en même temps ou presque que la technique qui les rendait possibles⁷ ; en outre, on ne connaît pas d'exemple, dans l'histoire des 30 dernières années, où une pratique dans le domaine bioéthique, une fois autorisée, ait par suite été interdite ; enfin, l'interdiction, quand elle existe, joue de façon plus subtile qu'une répression des individus concernés, c'est-à-dire des individus désireux de mourir ou d'avorter ou de procréer.

En second lieu, et surtout, que l'État doive être neutre moralement dans la façon dont il juge les choix individuels, en faisant montre d'un pluralisme moral, ne signifie pas qu'il puisse être neutre par la suite. La neutralité morale de l'État dans les questions de bioéthique est un leurre.

Tout d'abord, les États libéraux sont hyper-régulateurs.

Ils le sont en amont, peut-être pas par des lois coercitives mais par des

7. Ce n'est pas vrai de tout, par exemple pas de l'avortement. Sans doute la structure de la liberté publique n'est-elle pas ici la même que pour les libertés publiques classiques (expression, religion, aller et venir, etc.). Il ne s'agit pas de s'opposer à un État totalitaire puisque c'est l'État même qui autorise et encadre.

agences, des régulations souples mais extrêmement détaillées, bureaucratiques, fourmillant de standards.

La loi britannique équivalente de nos lois de 1994 révisées, le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 (révisé lui aussi plusieurs fois) est à cet égard exemplaire puisque si elle autorise presque tout, c'est en fonction du meilleur intérêt de l'enfant. Ou encore : la loi anglaise autorise la création d'embryons chimères (homme-animal) mais elle interdit de les implanter. Ce faisant, elle véhicule bien une idée de l'espèce humaine (une femelle de l'espèce humaine ne saurait porter une chimère).

Les États libéraux sont également hyper-régulateurs en aval parce qu'ils ont à trancher des conflits entre individus. Et c'est bien logique : puisque les pratiques se font au grand jour, alors les individus peuvent être amenés à s'affronter. Certes, à l'heure actuelle, la plupart des décisions en matière de bioéthique sont rendues selon une logique verticale, c'est-à-dire qu'elles opposent des individus à un État (un individu qui veut obtenir le droit de mourir ; un autre celui de se faire inséminer artificiellement par le sperme d'un conjoint en prison ou d'un conjoint décédé avant l'insémination ou le transfert de l'embryon). Mais plus les pratiques se banalisent et plus les éléments et produits du corps humain circulent, plus les conflits horizontaux surgissent : par exemple entre deux membres du couple, dont l'un ne souhaite plus poursuivre un processus d'assistance médicale à la procréation ; entre un médecin qui a constitué une collection d'échantillons biologiques au sein d'un hôpital et qui quitte cet établissement en emportant la collection avec lui ; entre une femme qui s'est fait licencier parce qu'elle était absente du travail pour traitement anti-stérilité et son employeur ; entre le couple stérile qui a eu recours à une gestatrice et celle-ci, entre une autre également licenciée au motif qu'elle a une prédisposition génétique au cancer du sein... Et on peut même suggérer que plus un État est désengagé dans ses choix *a priori* en ouvrant la porte au pluralisme, plus il sera amené à trancher, par la justice, des conflits entre citoyens et, par là, à faire prévaloir une certaine idée de la justice et de la morale publiques.

Les États qui, comme la France, sont à mi-chemin entre autoritarisme et libéralisme véhiculent une conception morale du fait même que les libertés qu'ils procurent, en les régulant, s'exercent dans un cadre organisé.

L'ennui, en effet, de l'éthique minimaliste, c'est qu'elle place les acteurs (État, sujets) dans un espace désincarné, ce qui ne correspond pas du tout à la réalité. Les rapports sociaux qui s'induisent d'une demande de suicide assistée ne sont pas le décalque d'un suicide qui met l'individu face à lui-même : entre l'individu et son acte s'intercalent la loi, les juges, les médecins, le personnel infirmier, le système de santé, etc. De même, une assistance médicale à la procréation, du fait même qu'elle est médicalisée, place le débat dans un rapport multi-dimensionnel qu'une philosophie de non-nuisance ne parvient pas à traduire

complètement. Il est en effet demandé à l'État beaucoup plus que de s'abstenir d'imposer des choix qui iraient au-delà du principe de non-nuisance mais d'organiser positivement l'accès à de nouveaux droits, de nouvelles libertés, d'allouer les ressources de façon optimale et juste, etc. Dans cette organisation, il fait, au nom d'un intérêt général sur le contenu duquel on peut être en désaccord, un certain nombre de choix qui, s'ils ne sont pas moraux à strictement parler (au sens d'une morale *a priori* du bien et du mal) relèvent d'une morale publique. On peut certes décider que la vie et la mort ressortissent à des choix strictement privés mais alors on ne peut plus mourir ni naître à l'hôpital, se battre pour que l'État rembourse l'avortement et la FIV, demander à l'État d'organiser une procédure d'accès aux origines ou d'information génétique familiale ou un réseau de transplantation d'organes et prenne ses responsabilités face aux nécessités de la justice distributive dans le domaine du vivant (discriminations génétiques, manque de greffons, offensives du secteur privé pour privatiser les banques de sang de cordon, breveter le vivant, etc.).

Encore une fois, l'éthique minimale est excellente à débusquer les préjugés implicites et les non-dits dans les limitations qui sont placées, en amont, à l'exercice de telle ou telle liberté mais elle empêche de penser ce qui se passe effectivement en aval, à savoir que c'est par le fait même que l'État libéral organise certaines pratiques (tout en interdisant d'autres) qu'il se fait moral. C'est cette morale en acte et non pas de principe qui est aujourd'hui la plus intéressante à étudier. Et à cet égard les États les plus libéraux ne sont pas en reste. Quand un État admet par exemple la gestation pour autrui sous telle ou telle forme (un contrat ou pas, à titre onéreux ou gratuit, avec un droit de repentir de la femme porteuse ou pas, etc.), il n'est évidemment pas neutre moralement. Certes il impose moins que l'État qui l'interdit car, comme le dit très justement R. Ogien, admettre la gestation pour autrui ne signifie pas l'imposer comme mode de procréation, de même que légaliser l'aide au suicide ne signifierait pas que les gens ne pourraient plus mourir de leur belle mort. Mais l'État propose alors une vision de la procréation et des liens de parenté. De même que l'État qui, comme la Grande Bretagne, permet aux transsexuels de changer de sexe sans opération chirurgicale mais moyennant un engagement à ne pas le faire une seconde fois durant toute leur vie, exprime bien une morale publique. Ou encore : admettre la recherche sur l'embryon dans le but de mettre au point de nouvelles thérapeutiques, et ce au nom de la solidarité avec les malades, n'est en rien neutre moralement.

Au fond, le concept de « marge nationale d'appréciation des États » forgé par les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme traduit bien cette idée : dans un certain nombre de domaines, notamment la vie et la mort, les États jouissent d'une certaine latitude pour gouverner les hommes et, le cas

échéant, restreindre la liberté qu'ils ont sur leur corps. Faut-il considérer que cette marge doit être réduite ?

Ce serait méconnaître, d'une part le caractère historiquement et culturellement très marqué des libertés corporelles, d'autre part le fait que dans ces domaines l'État n'est pas simplement débiteur d'une obligation d'abstention mais organisateur et partie prenante du cadre social et légal dans lequel les nouvelles revendications se déploient, enfin le fait que le libéralisme n'est pas plus neutre moralement que le conservatisme.

Alors est-ce vraiment d'une éthique minimaliste que nous avons besoin ?

N'aurait-on pas plutôt besoin d'une éthique maximaliste, au sens d'une éthique qui expliciterait et assumerait ses présupposés afin que ceux-ci puissent être discutés rationnellement ? Et le problème vient-il vraiment des lois et de leurs présupposés moraux ou du fait que l'État délègue à d'autres que lui, et principalement aux médecins, le pouvoir mais aussi la lourde charge de véhiculer sa morale publique qui reste avant tout sanitaire ?

La façon, certes maladroite, incomplète et sans doute passablement instrumentalisante, dont les citoyens ont, en 2009, été investis de cette question *via* l'organisation des États généraux de la bioéthique dessine sans doute une perspective pour faire sortir les questions de bioéthique de l'affrontement stérile entre un individu revendicatif et un État castrateur.

Florence Bellivier

Professeur de droit privé à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense où elle enseigne le droit civil et le droit pénal. Co-éditeur, avec C. Noiville de *La bioéquité. Batailles autour du partage du vivant*, éd. Autrement, coll. « Frontières », 2009 ; *Les biobanques*, PUF, Que sais-je ?, 2009.