

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LES INTERVENTIONS NON THERAPEUTIQUES SUR LE CORPS HUMAIN. ESSAI DE  
SYNTHESE*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2018) [Les interventions non thérapeutiques sur le corps humain – synthèse du colloque](#). Droit de la famille (6). p. 41-44.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# LES INTERVENTIONS NON THERAPEUTIQUES SUR LE CORPS HUMAIN. ESSAI DE SYNTHÈSE

L'intitulé de ce colloque contient à lui seul une problématique bien aventurière, si ce n'est aventureuse. Le choix de l'exclusive « non thérapeutique » semble à la fois renvoyer à un ensemble identifiable et, en même temps, à une infinité de possibilités. Le « non thérapeutique » s'ouvre sur plusieurs finalités sans réels points communs au premier chef.

« Non thérapeutique » signifie que la santé n'est pas la finalité. Or, même lorsqu'elle semble l'être, elle pourrait bien ne pas être un phénomène objectif. Les lecteurs de Canguilhem se souviendront de ce que la distinction entre le « normal » et le « pathologique » se révèle, à l'analyse, bien plus complexe qu'au premier abord. La pathologie qui appelle la thérapie ne se comprend pas par rapport à un état « normal » mais par rapport à l'état souhaité et accepté, ce qui appelle une dimension normative et non descriptive : « Le malade est malade pour ne pouvoir admettre qu'une norme. Pour employer une expression qui nous a déjà beaucoup servi, le malade n'est pas anormal par absence de norme, mais par incapacité d'être normatif [...]. La maladie est une expérience d'innovation positive du vivant et non plus seulement un fait diminutif ou multiplicatif. Le contenu de l'état pathologique ne se laisse pas déduire, sauf différence de format, du contenu de la santé : la maladie n'est pas une variation sur la dimension de la santé ; elle est une nouvelle dimension de la vie »<sup>Note 1</sup>. Le thérapeutique et le non thérapeutique auraient en commun de laisser à la subjectivité le soin de décider de ce qui est atteinte légitime au corps.

Hypothèse de ce colloque : le droit irait en sens inverse. Notre droit, il est vrai, semble se structurer autour du Code civil dont l'article 16-3 dispose qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Le terme médical, qui a remplacé en 2004 le terme, moins large, de « thérapeutique », indique déjà que le code ne s'oppose pas nécessairement à ce que la « personne » puisse négliger son intégrité, à condition que le corps médical ou une technique relevant de l'art médical ne soient requis par une « nécessité », de fait, dûment constatée par ledit corps médical ou par la loi elle-même. Cette dernière peut ainsi

préciser pour certains actes (avortement, chirurgie...) le monopole de la médecine officielle. Vieille alliance entre le pouvoir médical et le pouvoir d'État, cet échange de bons procédés conforte les médecins dans leur rôle de protecteur de la personne et non de ses désirs. Quoiqu'il en soit, cette évolution semble aussi donner davantage de liberté à la personne. Les interventions non thérapeutiques se présentent donc comme compatibles avec le principe d'indisponibilité, à condition de le comprendre comme le résumé de tous les motifs illégitimes de prélèvement ou d'usage et donc, en creux, les motifs éligibles (1) . Le colloque a ensuite fait la part belle aux motifs croissants qui corroborent l'idée d'une libre disposition sous surveillance et sous administration médicale (2) .

### ***I- Interventions non thérapeutiques et indisponibilité du corps humain***

Ce colloque, au travers d'interventions qui abordent le fond des normes relatives à des aspects éthiques et techniques, pose la question fondamentale de la disposition de soi : liberté ou indisponibilité ? *That is the question*. L'intervention d'Aude Mirkovic porte une problématique qui embrasse à elle seule tous les aspects de la question de l'intégrité physique, telle que le droit civil – appuyé sur le bras armé du droit pénal – la consacre : un principe d'indisponibilité toujours bien vivace, quoique non consacré explicitement par la loi, mais seulement par un arrêt de la Cour de cassation, déjà ancien et relatif aux seules mères porteuses. L'analyse porterait ainsi à voir dans les principes d'inviolabilité du corps et d'extra-patrimonialité de ses éléments, bien consacrés ceux-là, les deux gardiens et les deux révélateurs d'un sanctuaire érigé pour le culte de la personne, contre les intrusions des tiers et en conjuration des tentations de la personne elle-même.

Le paradigme dominant serait ainsi l'interdit et le droit pénal la matrice du droit civil. Carole Girault a ainsi ouvert la discussion en rappelant l'arrêt Mercier de 1937, sorte de moment fondateur du droit de la bioéthique qui pose l'interdit fondamental : aucun consentement ne saurait valablement écarter l'ordre public de protection qui sacralise l'intégrité physique. Le Code pénal, après la loi de 1994, en serait encore le creuset. Mais l'intervention met surtout en lumière l'existence d'exceptions, d'abord altruistes, puis de convenance, que d'autres auteurs ont précisées<sup>Note 2</sup>.

Les interventions non thérapeutiques se justifient d'abord dans l'intérêt de tous, la personne elle-même comme les tiers. C'est, premièrement, le cas des prélèvements à finalité judiciaire, analysés ici par Audrey Darsonville. L'image qu'on en retient donne à voir une norme pénale qui contraint l'intégrité physique pour que la vérité soit révélée aux enquêteurs. Cette configuration se généralise à l'ensemble de la biométrie<sup>Note 3</sup>. Mais, à y regarder plus finement, le principe demeure celui du consentement, lequel peut être forcé. La personne peut refuser ; en ce cas, l'officier de police judiciaire ou le magistrat ne pourront pas la contraindre physiquement. Tout au plus, les enquêteurs pourront saisir du matériel biologique détaché naturellement du corps. Mais, bien sûr, le refus est sanctionné pénalement, d'une peine d'emprisonnement. La Cour européenne veille alors à ce que ce mécanisme demeure proportionné aux faits poursuivis et selon les peines encourues, preuve que le principe demeure l'autonomie de la personne.

C'est ensuite le cas des vaccinations obligatoires finement étudiées par Jean-Paul Markus qui développe l'intuition d'une traduction juridique du point de vue médical en la matière. Le droit subjectiviserait davantage le phénomène en justifiant le caractère obligatoire de la vaccination par l'intérêt qu'elle revêt pour la personne dont l'intégrité physique se trouve ainsi atteinte. En effet, les juges, Conseil constitutionnel en tête, mettent en avant l'objectif de protection de la santé, individuelle et collective, pour contrebalancer d'autres principes comme celui du consentement. Ce dernier n'est pourtant pas totalement écarté car l'exécution forcée n'est pas possible ; la contrainte résulte plutôt d'une répression administrative qui opère, en cas de défaut de vaccination, par la privation d'accès à des services publics. L'atteinte à l'intégrité doit en outre toujours être proportionnée au regard des risques encourus ; la Cour européenne y veille. En définitive, on pourrait ajouter à cette analyse qu'un raisonnement en termes de droits fondamentaux devrait tenir compte de la finalité de chaque vaccin. Un vaccin purement égoïste (qui ne bénéficie qu'à l'individu) ne devrait sans doute pas être absolument obligatoire, à l'inverse d'un vaccin altruiste ou d'un vaccin qui protège soi et les autres (en particulier quand les personnes qui ne peuvent être vaccinées se trouvent couvertes par celles qui se vaccinent). On retrouve la même dimension altruiste dans le champ des recherches sur la personne.

Bénédicte Bévière-Boyer étudie en profondeur le droit des recherches biomédicales à partir du constat de la suppression du terme « biomédical » par la loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine, dite « loi Jardé ». On sait qu'il s'agit ici pour le législateur d'encadrer d'autres protocoles que ceux qui « interviennent » sur le corps, mais

cela indique aussi que l'intérêt s'est déplacé de l'activité « biomédicale », au sujet « personne humaine ». Le régime juridique des recherches s'attache donc à protéger la personne, indépendamment de tout soin et de tout bénéfice, direct ou non.

Ainsi, le droit français tiendrait compte de l'implication du corps humain dans la relation sociale et de la légitimité d'une régulation publique des interventions sur le corps en vue de fixer un seuil de gravité (« le droit pénal ne saurait s'immiscer dans la sphère de l'intimité la plus stricte sans motifs graves », explique l'arrêt) au-delà duquel la personne se mettrait en danger ou serait instrumentalisée par autrui.

Surtout, Aude Mirkovic voit dans les différentes exceptions législatives expresses à l'indisponibilité la preuve qu'il s'agit d'un principe général du droit auquel il ne peut être dérogé qu'avec parcimonie. Le publiciste complétera cette lecture par quelques observations liées aux droits fondamentaux. À l'échelon constitutionnel, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine fait pendant à la liberté personnelle. Il s'agit d'une duplication, sur le Mont Olympe, des principes qui seraient au niveau législatif. On imagine en effet aisément que la dignité puisse fonder l'indisponibilité du corps lorsqu'il constitue la porte d'entrée de la personne humaine, comme il justifie la non patrimonialité, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'intégrité de l'espèce et la primauté de la personne. Mais, en face, se dresse la liberté personnelle qui se manifeste notamment par la liberté corporelle. Celle-ci comprend à la fois l'autonomie des mœurs impliquant le corps (la prostitution par exemple) mais aussi des lésions plus avancées de l'intégrité physique, celles du milieu intérieur : la liberté de se prêter à des recherches biomédicales, de donner ses éléments et produits, de se priver de la fonction reproductive par la stérilisation, etc... Il se peut donc que la perspective s'inverse : la libre disposition n'est-elle pas le principe et l'indisponibilité l'exception ? Les dispositions législatives expresses n'en seraient alors que les précisions et les modalités qui organisent la restriction.

Au-delà des justifications altruistes, s'ajoutent bien des exceptions à l'interdit pénal : don d'organe, stérilisation contraceptive, chirurgie esthétique, motifs judiciaires, religieux, sans compter ce que Carole Girault nomme « autorisations tacites », aussi difficiles à penser en droit que le phénomène général de tolérance<sup>Note 4</sup>. Vues autrement, ces hypothèses ne sont peut-être que des manifestations du permis dans les autres corpus où elles s'accompagnent en outre d'exigences procédurales et institutionnelles (renforcement de l'information, consentement

formalisé, médecin agréé, etc...) semble-t-il en fonction des risques sanitaires encourus. Le droit pénal vient ainsi s'assurer de l'efficacité des digues mises pour s'assurer que la liberté personnelle s'exerce réellement et que les consentements ne sont pas extorqués ou que les pressions extérieures ne l'emportent pas sur ce que le sujet est prêt à supporter. Et si l'indisponibilité n'était pas le principe ?

Au minimum, la jurisprudence européenne relative au sadomasochisme<sup>Note 5</sup> révèle une tâche aveugle dans le système, celle de l'autonomie sexuelle pour laquelle le consentement exonérerait l'auteur des violences. C'est la notion de « consentement exclusif ». Cette sacralisation de l'autonomie se trouverait certes strictement entendue (impliquant l'égalité des protagonistes et donc l'absence d'abus de vulnérabilité) et laisserait entrevoir les principes qui concrétisent la dignité, ceux des articles 2, 3, 4 de la Convention européenne, mais elle serait réelle. Le point de vue de la Cour européenne serait aussi assurément celui-là, elle qui envisage (le point de vue de l'individu demeure son « ADN ») l'accès à un protocole de recherche comme un élément de la vie privée<sup>Note 6</sup>. Vers un corps disponible, pour la santé et au-delà ?

## ***II- Interventions non thérapeutiques et libre disposition du corps humain***

Les défenses du principe d'indisponibilité se trouvent éprouvées par les assauts des volontés individuelles promptes à vouloir fluidifier les échanges d'éléments. Selon que l'on parle du corps « entier » ou de ses éléments et produits, le principe d'indisponibilité, qui ne saurait dès lors être univoque, prend différents visages. Comme le décrit Marie-Xavière Catto<sup>Note 7</sup>, sans doute ne faut-il pas l'envisager à hauteur d'individu mais selon les intérêts collectifs et les différentes utilités que présentent le corps humain et ses démembrements. L'extra-patrimonialité ne s'oppose en effet nullement au fait que ces éléments circulent, éventuellement à titre onéreux, à partir d'un certain seuil de détachement de l'individu, non pas seulement le détachement du corps, mais aussi la perte de lien des données personnelles, notamment génétiques avec sa « personne source ». Le principe d'indisponibilité serait donc toujours bien un principe de notre droit, mais pas comme l'entend souvent la doctrine, un interdit d'atteinte au corps (sauf « gravité »), mais comme l'autorisation de le faire sous réserve d'une finalité légitime, ce qui présuppose une forme d'égalité et de gratuité : « Ce principe existe et il est

procédural. Il existe, parce que toutes les alternatives sont toujours privilégiées pour éviter de porter atteinte [...] »<sup>Note 8</sup>.

Cet esprit semble animer les évolutions du droit de la recherche « utilisant » le corps humain. Bénédicte Bévière-Boyer montre que, d'une certaine façon, on peut dire aussi que le droit des recherches sur la personne s'intéresse au corps humain en tant que tel et non dans le but de soigner tel ou tel individu. Ainsi, « d'autres types de recherches tendent à se développer. Il en est ainsi des recherches à finalité technoscientifique dont l'objectif est d'accroître les connaissances afin de transformer et augmenter les capacités de l'homme ». Les finalités de la recherche ne font pas l'objet d'une régulation juridique ; il s'agit de mettre au point des techniques affectant le corps et qui peuvent épouser toutes sortes de fins. Ce serait donc à un droit de l'innovation qu'il faudrait parvenir si l'on veut protéger l'humanité et l'humanité. La confusion existe pourtant en pratique car les malades qui intègrent les cohortes d'études en attendent parfois des bénéfices pour eux-mêmes autant qu'ils ne le font par solidarité.

La biosolidarité<sup>Note 9</sup> peut être aussi un des concepts permettant de lier entre eux de nombreux mécanismes juridiquement consacrés. Jean-René Binet en évoque certains, rassemblés sous le thème des prélèvements sur le corps humain dans l'intérêt d'autrui. Le chapitre du Code civil intitulé « *Du respect du corps humain* » tend à refuser la marchandisation du corps humain, mais c'est parce que le Code de la santé publique admet au contraire que le corps des uns est produit de santé pour le corps des autres ou objet de recherches dans l'intérêt de tous... et particulièrement des industries pharmaceutiques. Il semble d'ailleurs que notre droit s'échine davantage à désintéresser l'individu lui-même de la perspective d'un don, parfois au détriment d'une politique générale en faveur du don, qu'à limiter les usages du corps. L'affirmation de l'extra-patrimonialité (*C. civ., art. 16-1 et art. 16-5*) du corps humain, l'interdiction de la rémunération de celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci (*C. civ., art. 16-6*), la sacralisation de la finalité altruiste du prélèvement et la règle d'anonymat, tout concourt à légitimer des interventions qui ne sont pas thérapeutiques pour le « donneur ». Mais, là encore, l'élargissement de la notion de thérapie ne permet pas de cantonner cette liberté de pouvoir donner ; c'est le cas du don de gamètes, largement encouragé par le législateur au prix de l'anonymat du don et donc de l'interdiction d'accès de l'enfant à ses origines génétiques.

Le domaine de la procréation, ici étudié par François Sauvage, connaît sans doute la plus grande concentration d'interventions non thérapeutiques. Les normes, depuis qu'elles existent en ce domaine, ont pris prétexte de thérapie pour tendre vers la finalité de l'engendrement et de l'enfantement. Il n'est sans doute pas politiquement correct de lever le voile sur le fait que les techniques d'AMP ne permettent pas de guérir mais de contourner l'obstacle (« remède social à un échec thérapeutique », écrit Irène Théry). L'artificialité se loge dans la loi dès le début ; mais bien sûr elle se trouvait compensée par le souci de demeurer au plus proche d'une reproduction naturelle au sein d'un couple hétérosexuel en âge de procréer. Aujourd'hui, les interventions sur le corps sont demandées pour les mêmes raisons, mais sans ce souci de « coller » à la « normalité » de la nature. Chacun, en couple ou non, seul ou à plusieurs, jeune ou vieux, homme ou femme, ou les deux, recherche dans le corps le moyen de devenir parent. François Sauvage demeure sceptique face à ses évolutions, particulièrement devant les interventions qui visent la disponibilité de la mère porteuse.

Plus encore, l'intervention de Julien Le Gars amène à penser que la libre disposition de soi devient le point de départ de l'évolution globale vers le transhumanisme, antichambre du posthumanisme. En vue d'améliorer la qualité de vie, du moins est-ce ce que disent ses partisans, l'individu devra pouvoir procéder à des implantations de systèmes de stimulations et d'augmentation de ses capacités. Il devra littéralement incorporer des outils qui ne cesseront d'être externes pour faire partie de lui.

Le domaine de la thérapie semble loin, à moins que nous ne soyons au contraire dans un continuum. Ainsi, si on admet la démonstration de Canguilhem, si l'état pathologique n'est pas anormal de manière absolue, et si la santé ne se confond pas avec le « normal », alors, « ce qui caractérise la santé, c'est la possibilité de dépasser la norme qui définit le normal momentané, la possibilité de tolérer des infractions à la norme habituelle et d'instituer des normes nouvelles dans des situations nouvelles »<sup>Note 10</sup>. Et, de la même manière, l'homme ne peut plus se donner la frontière bien incertaine et bien subjective du pathologique pour faire évoluer son corps. Julien Le Gars expose lucidement que les techniques déborderont le champ du soin pour augmenter l'homme au-delà de la simple réparation ou d'un seuil « admis de normalité », voire en dehors de toute préoccupation initiale de réparation : « augmenter pour augmenter », dit-il. Nos normes actuelles peineront à enrayer un tel mouvement. D'ores et déjà, on trouve sans problème des médecins qui justifient de la convenance par des motifs de santé mentale ; si



la pathologie n'est pas physique et visible, elle sera psychologique, détournement fréquent pour « pathologiser » le désir d'enfant.

Hominisation ne rime plus avec frustration. Les pistes alors évoquées par différents intervenants consistent à rebâtir des normes explicites qui définissent enfin l'humain comme espèce et comme humanité. Une dignité magnifiée intégrerait plus avant, non seulement l'intégrité de l'espèce comme c'est déjà le cas pour conjurer l'eugénisme et le clonage (crimes contre l'espèce humaine), mais encore la non-discrimination « active », celle consistant à créer une humanité à deux vitesses. Comme on refuse que certains se dopent dans le sport pour que l'on puisse jouer à armes égales, notre droit civil de demain pourrait bien figer l'égalité des conditions pour s'assurer que les hommes augmentés, tricheurs de demain, n'esclavagisent pas les autres, lesquels ne seront pas les « bienvenus à Gattaca »<sup>Note 11</sup>. Julien Le Gars s'est livré à un exercice de « droit fiction » greffé sur de la science-fiction et de la philosophie anticipatrice entre « *hyper humanisme* », héritier des philosophes français des Lumières, et « *post humanisme* », très antimoderne<sup>Note 12</sup>. Si l'homme de demain est à la fois augmenté et programmé, il sera plus capable, plus rationnel, plus informé, mais aussi plus transparent, plus prévisible, plus surveillé. Il préconise ainsi des normes nouvelles comme limiter la relation de l'homme à l'ordinateur (pratique des IsCM, interfaces cerveau-machine) et de proscrire sa connexion à l'internet. Une fois encore, l'appel au droit résonne. Mais les dérogations seraient immédiatement inévitables pour faire la guerre et généralement dans l'intérêt collectif. Qui renoncera à avoir un meilleur médecin, puis un meilleur service, etc... Et, qui acceptera de régresser après avoir goûté à cette augmentation ? L'histoire semble enseigner que ce qui est techniquement possible devient un droit.

C'est pourquoi Bénédicte Bévière-Boyer plaide pour la constitutionnalisation des grands principes protecteurs : ceux énoncés aux articles 16 et suivants, le principe de précaution, l'interdiction de toute modification transmissible aux générations futures (tout en laissant la possibilité de recherches sur les cellules somatiques permettant d'agir exclusivement individuellement sans risques de transmissions). Il s'agirait donc d'accompagner une évolution inéluctable, et peut-être légitime.

On connaît les arguments en faveur d'une forme de précaution sensée protéger « l'humanité », c'est-à-dire celle que l'on connaît aujourd'hui. Mais sans doute faut-il écouter la voix de Michel Serres lorsqu'il montre que notre humanité ne cesse de se modifier en modifiant

son environnement et crée sa propre « Hominescence ». Il voit dans le projet chrétien lui-même la marque d'un humain parent qui crée sa propre parenté. Il est dans la nature de l'homme de produire de l'artefact jusqu'à se produire lui-même, *causa sui*. Par ailleurs, l'espèce humaine, depuis *homo faber*, a toujours fabriqué des outils qui prolongeaient et augmentaient le corps. Nos techniques d'aujourd'hui, nos artefacts, sont des outils qui permettent toutes sortes de finalités ; ils ne sont plus spécialisés et nous permettent de choisir qu'en faire. De plus, ils prolongent tellement le corps qu'ils l'intègrent. Le corps intériorise ses prolongements. La porte est ouverte pour une ère nouvelle dans l'histoire de l'humain : « en modifiant les génomes, en produisant la reproduction, en modifiant génétiquement des organismes qui réagiront autrement à l'environnement, nous commençons à inventer le nouveau temps d'une seconde évolution »<sup>Note 13</sup>. Les nouveaux vivants deviennent des objets techniques. Or, nous avons peu de projets pour de tels moyens. Le post humanisme ne nous propose que de pouvoir plus encore sans nous dire pour quoi faire. C'est sans aucun doute à cet effort d'imagination de ce que nous ferons de nos pouvoirs corporels que nous invite au fond ce riche colloque. ■

Note 1 Essai sur quelques problèmes concernant le normal et le pathologique (1943), réédité sous le titre *Le Normal et le pathologique*, augmenté de *Nouvelles Réflexions concernant le normal et le pathologique* (1966) : PUF/Quadrige, Paris, 9<sup>e</sup> rééd. 2005, p. 122.

Note 2 S. Paricard, *La convenance personnelle* : Dalloz, Nulle Bibliothèque de thèses, 2003.

Note 3 M. Sztulman, *La biométrie saisie par le droit public – Étude sur l'identification et la localisation des personnes physiques* : LGDJ, Bibl. de droit public, 2018.

Note 4 B. Lavergne, M. Sztulman, X. Bioy (dir.), *La tolérance en droit public* : Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, LGDJ – Lextenso éd., 2013.

Note 5 CEDH, 17 févr. 2005, K.A. et A.D. c/ Belgique.

Note 6 CEDH, 28 mai 2014, n° 62804/13, Durisotto c/ Italie.

Note 7 M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain – Limite de l'usage économique du corps* : LGDJ, 2018.

Note 8 *Idem*, p. 672.

Note 9 X. Bioy, *Biosolidarité ou corps solidaire*, in M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs* : PUF, 2017, p. 130-134.

Note 10 Essai sur quelques problèmes concernant le normal et le pathologique, préc. note n° 1, spéc. p. 130

Note 11 Film réalisé par Andrew Niccol en 1997.

Note 12 L. Ferry, *La Révolution transhumaniste* : Plon, 2016.

Note 13 M. Serres, *Hominescence* : Le Pommier-Poche, 2001-2014, p. 70.