

« DEMANDE DE DROIT » OU « VIDE JURIDIQUE » ?

Les juristes aux prises avec la construction de leur propre légitimité

PAR

Dominique MEMMI

Chargée de recherches au C.N.R.S. (CURAPP)

Il existe une « chance » (au sens de forte éventualité) qui fait, dit Max Weber, que « les hommes qui participent à l'activité communautaire et, parmi eux, surtout ceux qui détiennent une dose socialement importante d'influence effective sur cette activité communautaire considèrent subjectivement que certaines prescriptions doivent être observées (...) »¹. Le caractère d'évidence que prend ici la production de normes dans la société pourrait sembler se vérifier a fortiori pour ceux qui, comme les juristes, sont voués institutionnellement à l'élaboration de prescriptions.

Or, dans les deux cas, faire de la régulation sociale ne va pas de soi. La position de l'agent dans l'espace social ou professionnel ne constitue pas toujours une permission suffisante pour se livrer à cette opération. Prendre en charge l'intérêt général, parler pour les autres et à leur place – ce qui est le propre de ceux que H.S. Becker appelle joliment les « entrepreneurs de morale »², professionnels ou non – ne saurait se faire sans un appareil minimum de légitimation. Le « régulateur » peut disposer de ressources objectives diverses (un savoir stable et valorisé, une position socialement dominante ou traditionnellement vouée à la prescription) cela ne l'empêchera pas, bien souvent, de participer à l'élaboration de sa légitimité, en choisissant les ressources qu'il estime nécessaire d'alléguer publiquement pour justifier son activité normative, voire en les fabriquant. Un des premiers arguments légitimants qu'il peut alors invoquer est le suivant : le régulateur serait d'abord censé répondre à une « demande » de régulation³.

De cela témoigne fort bien l'attitude des juristes impliqués dans la recherche actuelle d'une normalisation des pratiques en cours en matière de procréation artificielle. Ces représentants d'une forme pourtant à la fois institutionnalisée et savante de la régulation sociale, ces individus aptes, et autorisés par fonction, à énoncer un « devoir être » sous la forme d'un « être » disciplinairement, scientifiquement établi, n'en font pas moins appel à la représentation d'une « demande sociale » de droit. On vérifie alors que rien n'est plus construit que le « besoin » juridique. Le travail nécessaire pour faire passer un grief inaperçu en grief perçu, pour faire d'une pratique un problème montre à quel point ce besoin est le produit d'une élaboration spécifique ⁴.

Il aurait fallu, si cela avait été possible ici, analyser le rôle qu'on fait jouer à la « demande de droit » à chaque étape de la progressive codification, dorénavant presque aboutie, dont ont fait l'objet les pratiques de procréation assistée ⁵. Mais les débats organisés en 1985 par le Garde des Sceaux constituaient la source la plus précieuse pour analyser ce point : ils avaient pour but avoué de préparer l'éventualité d'une intervention législative ⁶. Ils tournaient autour de la question : faut-il légiférer ou non, et comment ? De plus les juristes présents – et le droit était la discipline la mieux représentée – n'étaient pas d'accord sur ce point et se trouvaient dans l'obligation de légitimer leur position. Or pour affirmer la *nécessité* de légiférer, il fallait affirmer un manque de droit. Comment allaient-ils construire cette notion ? Sous la forme d'une « demande de droit » ou sous celle, plus technique, du « vide juridique » ? Dans le premier cas, c'était revendiquer une version politique (et démocratique ?) de la régulation juridique, dans le second, c'était en assumer une vision plus savante et autoritaire à la fois. Il n'est donc pas indifférent d'étudier précisément dans quelle mesure une « demande » collective de droit allait être invoquée pour alléguer le manque juridique et justifier les solutions adoptées pour le « remplir ».

*

**

I. – L'INTROUVABLE DEMANDE

Pour mesurer l'ampleur de la créativité que déploient les juristes en cette matière, il faut tenter d'évaluer la demande « réelle » de réglementation. Qu'en dire alors ? Que les juristes auraient fort à faire pour trouver un soutien de ce côté. Aucun mouvement social véritable ne se fait porteur d'une revendication de cette nature en matière de procréation artificielle. Les rares groupements existants s'efforcent au contraire d'éviter l'émergence d'une régulation contraignante ⁷. Quant à la demande de l'« opinion » en cette matière, telle qu'elle pourrait apparaître dans les sondages, elle se révèle d'une singulière confusion. Confusion paradoxale étant donné l'effort opiniâtre des média à construire les nouvelles procréations en « problème » appelant une solution : il y a là d'ailleurs les traces d'une véritable division de travail dans la constitution d'une demande sociale destinée à rencontrer ceux qui la satisferont.

L'apparition de la procréation assistée comme enjeu digne d'enquêtes se fait brutalement. Elle est consécutive aux premières initiatives politiques et médiatiques conférant une visibilité aux pratiques en cours : la création du Comité consultatif national d'éthique en décembre 1983, et l'écho médiatique accordé en août 1984 à une demande contestée d'insémination post mortem : d'où l'absence totale de sondages avant 1984. A cette date cinq enquêtes (dont trois postérieures à l'affaire de l'insémination post-mortem), puis trois en 1985. Le thème est lancé : il justifie désormais une enquête par an, en 1986, 1987, 1988, 1989. Ceux qui attirent ainsi l'attention sur ce problème, les commanditaires des sondages, représentent les grands média (*Antenne 2, France-Inter, Paris-Match* par deux fois, mais aussi *Le Monde* et *Le Nouvel Observateur*) et la presse spécialisée dans les problèmes de morale religieuse (*La Croix-Evénement, La Vie*) ou de gestion du privé (*Elle, Femme pratique, Enfants-magazine*).

Le souci d'appeler l'attention sur le problème du bien-fondé et de l'extension d'un contrôle sur les pratiques en cours est flagrant : 7 sondages, sur les 12 existants à notre connaissance aujourd'hui, comporte une question très générale sur l'éventualité d'une réglementation, et tous réclament de prendre une position de principe sur telle ou telle méthode singulière de procréation (8). Sur les 58 questions publiées que totalisent ces sondages, en revanche, une seule permettrait au lecteur de suspecter que les nouvelles procréation n'émergent pas dans une situation de non-droit absolu, idée sur laquelle certains juristes en effet se font fort d'insister ⁹.

Ces questions fermées (« êtes-vous pour ou contre » ?) permettent de recueillir une demande massive de réglementation : elle va de 60 à 90 % selon les enquêtes ¹⁰. Elle est indistinctement demande de contrôle, de surveillance ou de réglementation. Elle est représentée dans la presse le plus souvent en distinguant hommes-femmes : critère pourtant faiblement discriminant (la différence est réduite et s'inverse progressivement, les femmes se faisant peu à peu plus favorables que les hommes à la procréation assistée et plus hostiles à son contrôle. Cf. Annexe). L'image d'un relatif consensus peut ainsi se dégager de la partie des enquêtes que les média acceptent de rendre publique.

Mais la forte demande de réglementation disparaît dès que la question se précise, soit que la « réglementation » prenne explicitement dans la question la forme d'une « loi », soit qu'elle ait pour conséquence énoncée une interruption des recherches en cours ¹¹. En fait la notion de réglementation semble bien n'avoir qu'une réalité très atténuée pour tout autre que les commanditaires d'enquêtes : les individus interrogés s'avèrent bien souvent hostiles à toute réglementation, sauf à déléguer aux médecins une sorte de clause de conscience en matière de procréation assistée : ce qui revient à cautionner la situation actuelle. Deux judicieux sondages de la SOFRES en font foi : quand ils interrogent leurs interlocuteurs sur l'identité souhaitée des éventuels régulateurs. La demande sociale de réglementation devient alors introuvable. En juillet 1985, 35 % des personnes laisseraient en effet les médecins « décider au cas par cas » et 19 % pensent même qu'il n'y a pas de règle à fixer : soit

une majorité d'individus (54 %) hostiles à toute intervention modificative quelle qu'elle soit ! Et les chiffres sont demeurés remarquablement stables trois ans après (33 % + 20 % = 53 %). L'intérêt pour les comités d'éthique ne concerne qu'un cinquième des personnes interrogées. Plus intéressant encore, le très faible recours toléré à une loi qui serait l'émanation du Parlement : 9 et 10 %¹².

Quant au consensus social sur ces questions, son image s'effrite considérablement quand on envisage la distribution des réponses en fonction des appartenances professionnelles et des niveaux d'instruction des personnes interrogées. On s'aperçoit alors que l'éthique telle qu'elle est agitée aujourd'hui, comme impatience devant une absence de régulation ou de moralisation, est surtout le souci de groupes socialement et culturellement dominants. Impatience devant l'absence de moralisation : le recours à des comités d'éthique est préconisée en effet par 41 % des « cadres supérieurs, professions libérales, industriels, gros commerçants », contre... 7 % des « petits commerçants et artisans » (et 21 % des ouvriers : ce sont les pourcentages les plus bas). L'impatience devant une absence de régulation : 10 % des cadres supérieurs supportent l'idée que personne ne doit intervenir car « il n'y a pas de règle à fixer », alors que 28 % des ouvriers (et 24 % des petits commerçants et artisans) n'en seraient guère affectés.

Ce sont en définitive les cadres supérieurs qui, à l'opposé des ouvriers (36 %) ou des artisans et commerçants (36 %), font le moins confiance aux médecins (26 %) – sans doute parce qu'ils en sont pourtant les plus proches socialement et donc susceptibles d'être critiqués à leur égard. Cette horreur du vide, cependant, cette peur de l'incontrôle, ne se traduit pas par une demande de droit. A cet égard la répulsion est générale. Elle est même un peu plus accentuée chez les cadres supérieurs. Mais ce qui caractérise bien le haut de l'échelle sociale c'est le souci de combler ce qui est ressenti comme une lacune surgie dans la trame du contrôle social : 46 % d'entre eux seulement (et 45 % des cadres moyens) pourraient au total se contenter d'une délégation du problème aux médecins en l'absence de loi parlementaire, tandis que cette perspective conviendrait à 60 % des ouvriers et 64 % des artisans et petits commerçants. La préoccupation fort inégale manifestée à cet égard aux deux extrémités de l'échelle sociale se marque d'ailleurs par un fort différentiel dans le taux de non-réponses¹³.

Ceci ne signifie pas que les sondages ne nous apprennent rien. Ils révèlent par exemple une tolérance générale, surtout pour autrui, à propos des nouvelles méthodes de procréation (à l'exception de la maternité de substitution. Cf. Annexe). Mais en ce qui concerne le problème de leur régulation, en dépit des efforts de la presse pour mettre en avant les pratiques de procréation assistée comme problématiques et pour faire apparaître une demande d'intervention, on s'aperçoit – pour peu qu'on dispose des réponses détaillées qui n'apparaissent pas dans la presse – qu'en dehors d'une hostilité assez générale à l'égard d'une intervention législative, la demande « réelle » est peu homogène socialement et fort confuse dans son contenu.

II. – UNE INVENTION CIRCONSPECTE

Et pourtant les juristes proposent dans leurs textes une mise en spectacle de la demande sociale, sans même faire référence à la connaissance incertaine qu'en livrent les sondages, déjà au nombre de cinq au moment du colloque « Génétique, procréation et droit ». Ici aussi « l'opinion publique » n'a pas besoin d'« exister », au sens où c'est une proposition qui n'a pas de référent réel *revendiqué*. Les ressources de l'imaginaire propre au corps professionnel permet d'en faire l'économie¹⁴. La division des tâches entre ceux qui se chargent de reconstituer la demande sociale de manière « scientifique » (instituts de sondages) et ceux qui se contentent, un peu magiquement, de l'évoquer comme pré-existante (juristes) apparaît alors clairement, même si la demande sociale évoquée par le juriste n'est pas tout à fait la même. Elle procède de la création rhétorique d'une ressource symbolique. Les juristes réitèrent, en matière de demande de droit, ce qu'ils ont l'habitude de faire en matière de droit tout court. « Faire quelque chose à partir de rien, c'est instaurer un nouveau droit » dit Ernst Kantorowicz, attentif à mettre en valeur l'aptitude à la construction de fictions qui caractérise celui qu'il qualifie de « législateur-artiste ». Il estime même que poètes et juristes auraient à l'origine une fonction comparable en ce qu'ils s'efforcent d'imiter la nature grâce à leur génie propre et à leur inspiration. La différence résiderait en ce que « le législateur tire sa force de l'inspiration divine et crée jugement et techniques juridiques à partir de rien, mais pour le faire il agit *ex officio* et non seulement *ex ingenio* »¹⁵. Le juriste serait un professionnel rétribué de la construction de fictions normalisantes.

Cette activité de construction revient aux clercs en général¹⁶ ; elle ne serait chez les juristes que fortement déniée (ce qu'illustre l'auto-représentation constamment ambiguë du droit entre discours normatif et science) en même temps qu'institutionnalisée dans une véritable division des tâches : ce sont des professeurs de droit pour la plupart qui sont à l'origine des textes que nous étudions et qui se voient attribuer une place dominante dans les colloques. Or de même que Max Weber, dans sa *Sociologie du droit*, insiste sur les fonctions d'une catégorie bien définie de juristes, les « prophètes », chargés d'inventer le nouveau droit¹⁷, l'épistémologie et la sociologie juridiques s'accordent aujourd'hui à mettre en avant l'importance cruciale, dans la création du droit, de la doctrine et des universitaires. Car « c'est la doctrine qui le plus souvent, perçoit la règle en voie d'apparition avant qu'elle ne soit reçue en législation ou en jurisprudence (...), c'est la doctrine encore qui maintient (les exceptions aux textes de loi) "en survie artificielle" ou qui décide de leur abandon si bien que le droit ne cesse d'être reformulé par ceux qui prétendent se contenter de le décrire »¹⁸.

L'utilisation de la figure de « demande de droit » pourrait donc bien n'apparaître ici que comme une des manifestations, préliminaire et légitimante, de cette activité spécifique de production et de diffusion par la doctrine de fictions plus ou moins rationalisées qui prendront valeur de règles générales contraignantes. La doctrine, en tant qu'elle est auteur juridique, est maître de

décider ce qui sera « droit » ou « courbe » (pour parler comme Kant). C'est elle aussi « qui choisit les objets de la connaissance juridique, avant d'en accroître l'importance en les portant à la connaissance de tous »¹⁹ : mais cela ne la dispense pas de légitimer ces choix et de déployer une activité spécifique pour définir et justifier son champ d'activité à l'aide de cette autre construction qu'est la demande de droit. On ne s'étonnera pas alors de voir l'intensité du recours à cette instance varier en fonction des performances que l'agent juridique se propose d'accomplir : selon qu'il s'agit pour lui de constituer et d'affronter le « problème » posé par les procréations artificielles (performance cognitive : avoir une compétence à être là comme spécialiste, à traiter savamment d'une « question » qui serait pré-constituée), ou d'aller plus loin et de dire s'il faut ou non légiférer, et si oui, dans quel sens (performances normatives). Utilisation différentielle qui montre à quel point la demande sociale, se veut d'abord une création *efficace*.

A) Lorsqu'il s'agit simplement de désigner et de constituer en problème les nouvelles pratiques de procréation artificielle, ces consultants que sont les juristes dans les colloques ne semblent pas pouvoir faire l'économie de la représentation justificatrice de la demande²⁰. Ils ne sauraient théoriquement offrir leurs prestations que parce qu'un « manque », venant de l'opinion, le leur commande. Un seul des locuteurs évoque plus prosaïquement – sans faire d'ailleurs l'économie de la figure utilisée par tous les autres – le fait que son intervention est *d'abord* une réponse à la sollicitation d'un ministre (MG G 1).

Un manque donc émanant de l'opinion, mais pas forcément émis volontairement par elle. Celle-ci serait en quelque sorte « en demande », à la limite malgré elle. Elle subit « un malaise », provenant de ce que « plus rien n'est assuré, les croyances fondamentales, les certitudes connues tombent, les valeurs à l'abri desquels vivent les hommes (...) se dissolvent » (MG G 2). Ce sont des manifestations somatiques, ou psychiques élémentaires qui sont chargées d'exprimer l'évidence du manque que les régulateurs vont être appelés à combler. On s'étend sur « l'ébranlement de l'opinion, l'inquiétude du plus grand nombre, le besoin d'être rassuré » (CL G 260), ou sur la « passion » qui caractérise cette figure (MR Lyo 23). Le doyen Jean Carbonnier, dont on attendait avec beaucoup d'impatience la parole autorisée de quasi-législateur (comme auteur de la réforme du droit de la famille), n'hésite pas à parler d'« effroi », d'« inquiétude », d'« angoisse », et à confirmer que « l'opinion » est *choquée, révoltée* dans sa sensibilité *élémentaire* quand on lui parle de manipuler tout cela (le matériel procréatif) » (JC G 153). Et il accepte de s'en faire le porte-parole ému : « la voix devrait se faire *plus grave* pour évoquer *l'angoisse* que le génie génétique paraît diffuser » (p. 154). La demande d'intervention normalisante fait donc l'objet d'une théâtralisation pour le moins dramatique, installant le lecteur ou l'auditeur dans la fièvre et l'urgence que la performance déontique sera chargée d'apaiser.

La mise en scène classique de la délégation, chargée de justifier les prestations qui seront faites au nom de l'opinion est donc bien présente. Cette dernière est incarnée et anthropomorphisée. Manipulatrice manipulée, l'opinion sait ainsi exaucer, et parfois avec une grande précision, le désir de justification de celui qui parle : tantôt elle « exige que le développement et l'usage de ces

nouvelles techniques soient gouvernés par des principes ou par un minimum de règles » (JRD G 2) tantôt « elle ne pousse guère aux réglementations qu'elle suppose toujours trop contraignantes » (JR G 1259). Sa présence renvoie à un topos du droit, tel que le résume Jean Carbonnier dans sa *Sociologie juridique* : « le postulat est qu'il faut légiférer en accord avec l'opinion publique »²¹. Voilà la place des intervenants dûment justifiée : ils savent se présenter comme étant en contact permanent avec cet actant collectif dont ils perçoivent les fluctuations – au moins affectives. Ils savent aussi s'identifier provisoirement avec le régulateur politique, chargé comme lui de « répondre » à ces voix : « le législateur n'est pas sourd. Toute la journée il aura entendu ces questions, ces injonctions contradictoires : "Qu'attendez-vous donc ? Il faut légiférer – Surtout ne légiférez pas !" Il n'est pas facile d'être législateur » (JC G 79).

B) Mais un trait remarquable de cette mise en scène est que le contenu du « manque » est présenté comme singulièrement inarticulé et flou. Etudiant avec finesse les fonctions qu'occupe l'opinion dans un corpus de déclarations politiques, Eric Landowski montre que celle-ci joue avant tout le rôle de « destinataire », c'est-à-dire que c'est par rapport à elle, à ses demandes plus ou moins légitimes que sont censées se justifier les positions de l'agent politique. Plusieurs figures sont possibles dans la relation entre les deux instances. L'agent peut suivre l'opinion. Il peut la détromper quand elle est dans l'erreur, voire la braver. Il peut même (mais c'est alors l'agent politique ennemi) chercher à la tromper. L'opinion apparaît en tout état de cause dotée d'une direction, d'une volition claire au moins pour l'interprète politique. Tout cela rappelle une figure assez classique du récit (omni-présente de la grande littérature d'analyse au roman-feuilleton) celle que T. Todorov appelle la « vision du dedans » : les états d'âme du héros – ici de l'opinion – n'échappent pas à l'observateur qui les met en scène. Dans le discours politique, l'opinion est par ailleurs et par convention nettement dissociée de la figure du « public » car celui-ci se trouve disqualifié comme émetteur. L'opinion est alors chargée d'exprimer ce qu'il se borne à ressentir. La distinction entre les deux figures peut aller jusqu'à l'opposition lorsque l'opinion s'avère un porte-parole inefficace ou perversi²².

Dans les interventions des juristes, en revanche, l'opinion se distingue fort mal du public. Elle apparaît comme engluée dans le magma indécis de ses affects. On voit ainsi s'établir l'équivalence : « l'opinion publique, c'est-à-dire la société tout entière, s'interroge avec anxiété » ou « de ce malaise général, ou du moins de cette *interrogation sociale* » qui renvoie, insiste-t-on à « l'interrogation d'une *société tout entière* » (JRD G 2). Il n'est pas question non plus pour le juriste d'entamer ici un dialogue, fût-il conflictuel, avec l'opinion. Car il est rare au total, en dehors des deux cas évoqués plus haut, qu'on lui reconnaisse une existence et une parole véritablement *autonomes*. Il faut que l'apprenti régulateur ait été violemment contesté pour qu'il s'abrite derrière elle, et prétendre qu'« il y avait une opportunité à répondre qui *tenait à l'opinion publique*, qui nous *sollicitait de répondre* et qui *n'aurait certes pas compris* qu'on lui oppose un texte juridique disant que (la pratique des mères porteuses) n'était pas de la recherche » (CL Nice 20-21).

Car la demande de l' « opinion » est pauvre de sens et de savoir. De savoir : l'apprenti régulateur est conscient que « les affaires qui ont défrayé la chronique ont surtout appris des choses à une opinion ignorante, et notamment qu'on peut recourir à ces techniques » (JR G 3). De sens : il apparaît évident, quand d'aventure on se tourne vers l'opinion, qu'elle ne sait pas ce qu'elle veut. Voilà d'ailleurs ce qui peut désarçonner le régulateur, car « comment sans conseil et sans ordre, le juriste pourrait-il trancher ? (...) encore faudrait-il qu'il sache ce que souhaite la nation dont il porte les valeurs ». Pourquoi en saurait-il plus que l'opinion « qui ne sait trop que penser » ? (JR G 1256-8).

La fiction évoquée est donc molle, floue, brouillée, comme sans conviction excessive : comme si la restitution de cette représentation de la demande sociale pouvait demeurer assez formelle. Et surtout l'opinion apparaît comme un destinataire aux compétences réduites, passif et disqualifié. Cette construction n'est d'ailleurs pas absente du discours politique. L'opinion et l'agent politique qui se charge de la satisfaire y sont alors construits comme des acteurs aux compétences très inégales. L'opinion n'est pas vraiment « reine ». Elle dispose au contraire d'une appréhension vulgaire, élémentaire voire erronée de la réalité qui doit être éclairée par la connaissance supérieure dont est nanti l'agent. On assiste – distinction platonicienne – à la confrontation entre une « épistémé », savante et éclairée du monde et la « doxa » d'une opinion pauvre en lumière et en sagesse. Celle-ci se voit alors rabattue vers un des sens que prend ce terme : opinion comme collection d' « opinions » au sens de jugements sans garantie du point de vue de la vérité²³. Céphénomène semble ici particulièrement accentué : l'opinion est un destinataire qu'il faut édifier, guider, et empêcher, en termes sémiotiques de glisser vers la figure d'un anti-destinataire, habité par un savoir incertain ou mensonger. On prend d'ores et déjà la mesure de la position privilégiée que s'accorde le régulateur savant et professionnel dans son discours. Il éprouve le besoin de créer un artefact, mais aux exigences suffisamment primaires et irrésistibles pour fonder la nécessité de ses performances en même temps que leur *autonomie*.

C) C'est une des raisons, mais non la seule pour lesquelles la figure légitimatrice de l'opinion apparaît enfin utilisée avec une grande circonspection. Les intervenants savent éviter de lui donner des contours trop précis, en lui enlevant presque toujours d'un côté ce qu'ils lui accordent de l'autre.

Lorsque le public, l'opinion ou la société sont nommément évoqués, le contenu de leur souhait, on l'a vu, et donc des performances qu'ils réclament aux intervenants apparaît souvent singulièrement incertain. S'il est précisé inversement que la demande présentée à ces professionnels de la régulation est bien une « demande de droit », on prend soin alors de rendre impossible l'identification du destinataire. Il n'apparaît qu'à la forme passive : « les juristes, les juges parfois *sont* sollicités » ou « les juristes *sont* sommés de construire, et ne peuvent plus aujourd'hui se réfugier dans un pragmatisme attentiste » (CL G 255 et 263) ; « il est douteux qu'ils puissent se dérober longtemps à la *sollicitation dont ils sont l'objet* » (MG G 1). Ou bien le destinataire apparaît sous la forme du « on » ; « on en appelle parfois aux juristes, de plus en plus aux juristes » (CL Ni 7). Toutes les formules impersonnelles sont les bienvenues : « *quelques directions ont été* proposées par cer-

tains » (JR G 1265). Ainsi le doyen Carbonnier se plaît à évoquer l'existence d'une « demande de législation », mais il n'en précise jamais la provenance (JC G 83 et 84).

Enfin, si d'aventure on précise et l'image du destinataire et le contenu des performances qu'il réclame, le texte est prudemment mis au futur : « ce que permet le progrès *chacun* demandera *demain* que le *droit* le sanctionne (...) *l'homme* voudra *demain* légitimement que le succès en soit garanti » (JR G 1260) ou bien : « il est clair *qu'aucune société* ne *pourra longtemps* laisser faire et s'en remettre à d'autres qu'au *Parlement* du soin d'apporter des réponses » (CL G 260).

On peut encore, lorsque l'envie est trop forte d'évoquer explicitement une demande de droit, faire endosser le rôle du destinataire des performances juridiques à ces figures, dotées d'une existence certaine et d'une « opinion » mieux inventoriée, que sont les spécialistes des diverses disciplines chargées de construire un consensus éthique. Pour que la légitimation de la performance juridique soit crédible, il est d'ailleurs bon qu'elle vienne aussi de ceux-là mêmes qui risquent d'en être la cible : ce sont souvent les médecins, voire les biologistes qui sont censés demander du droit (JVF **Bor.** 177, JR G 1259 sq., JC G 151, CL G 260, JRD G 1). On mêle alors « les oppositions existant au sein de la profession et de l'opinion en général » (CL G 260). Prudente stratégie discursive qu'on retrouve dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi récent sur « les sciences de la vie et les droits de l'homme » : « un texte a enfin été élaboré pour mettre un terme à toute discussion sur une question qui a soulevé une *émotion* considérable *dans le public en général*, mais aussi *dans le monde plus restreint des médecins, des juristes et des moralistes* : la maternité de substitution » (p. 31). En associant les moralistes et le public aux médecins et aux juristes, ce procédé rhétorique permet de construire une figure crédible de destinataire qui gagne en généralité du côté de « l'opinion », et en précision du côté des partenaires en « éthique ».

Les juristes ne craignent donc pas d'utiliser la figure classique de la demande sociale. Mais ils le font avec une certaine précaution rhétorique. A cela sans doute une double raison liée au statut « savant » des locuteurs. Ils pouvaient détenir une appréhension intuitive de l'ambiguïté des aspirations de l'« opinion » telle que la retraçaient déjà les sondages, être bien conscients du consensus introuvable quand au principe d'une intervention. Cela d'autant plus que les désaccords entre eux sur l'opportunité d'une régulation nouvelle pouvaient raisonnablement renvoyer à un dissensus général sur ce point. Que les sentiments propres à l'avant-garde régulatrice lui soient la référence essentielle de sa connaissance de l'« opinion » n'en reste pas moins révélateur de son rapport aux référents possibles, réels, de ses propres créations normatives.

Les intervenants pouvaient surtout, en tant que représentants de sciences humaines, soupçonner le caractère peu crédible scientifiquement de la fiction : « opinion demandeuse d'intervention ». Le pouvoir de nomination dont disposent les juristes, comme d'autres clercs régulateurs, trouverait là ses limites propres. La magie performatrice, lorsqu'elle est menée par des « savants » ne peut tenter de coup de force symbolique trop hardi sur le réel. Les procédés

divinatoires sont possibles dans l'univers juridique comme dans l'univers politique, mais à certaines conditions, que sont chargés de traduire tous ces procédés rhétoriques, effets d'une censure savante. Même s'il est censé exprimer l'état de l'opinion, le locuteur sait qu'il ne peut pas raconter n'importe quoi, sous peine de perdre un peu de la réputation de compétence qui le rend digne des tâches dont il est investi.

*
**

III. – LES RESSOURCES ALTERNATIVES D'UNE NORMALISATION DISCIPLINAIRE

La figure de la demande sociale est une fiction qui se veut efficace : son degré d'utilisation varie en fonction de l'ambition performative de celui qui parle.

A) Le juriste sait ainsi souvent s'en passer quand il s'agit d'apporter une réponse, tant attendue toutes ces dernières années, à la question : faut-il légiférer ou pas en matière de procréation assistée ? Délaissant l'argument de la « demande de droit », il construit lui-même, avec ses propres ressources, une figure légitimatrice plus modeste en même temps que plus technique : celle du « vide juridique ». Il manifeste alors une autonomie assez forte. L'appel à l'opinion devient secondaire : l'intervenant travaillant surtout à affirmer l'existence d'une situation de « non-droit », de « carence », de « lacunes » ou d'« omission » juridiques, de tout ce qui peut prendre la forme en creux de la performance déontique ainsi rendue nécessaire. Le juriste met d'ailleurs à cette opération l'impatience – déjà apparue dans les sondages – propre aux groupes dominants ou à leur avant-garde éthique devant les hiatus éventuels de la trame régulatrice ²⁴. « Je voudrais sinon exorciser du moins calmer cette horreur du vide juridique qui a constamment pesé sur les discussions. Le vide juridique existe-t-il ? » est obligé de dire Jean Carbonnier. Chargé de suivre et de commenter les journées du colloque de janvier 1985, il prend toute la mesure de l'anxiété propre aux régulateurs. Il sera alors le seul, on ne s'en étonnera pas, à s'efforcer d'objectiver véritablement les notions alternatives de la « demande de droit » et de « vide juridique », à mettre quelque peu en doute, en les imputant aux fabricants d'opinion, les demandes anxieuses qui sont attribuées à cette dernière ²⁵, et à appeler publiquement à des enquêtes sérieuses sur l'intensité de la « demande » de législation.

Le juriste délaisse donc les injonctions rassurantes mais incertaines du manque déontique émané de l'opinion. On ne lui « demande » rien : ici les questions « se posent » d'elles-mêmes, ou bien le juriste se reconnaît explicitement suffisamment de compétences pour s'en saisir. Ses ressources propres, disciplinaires, lui suffisent pour établir s'il y a du plein ou du vide dans le tissu juridique. La confrontation entre le fait et le droit permettrait à elle seule, conformément à une vision classique du travail juridique, d'établir la nécessité

et la direction des performances du juriste : on le vérifie quand celui-ci construit le plan de son intervention en faisant tout simplement suivre les « *Les lacunes du droit en vigueur* » par « *La nécessité d'une réforme législative* » (tempérée ensuite par ses limites souhaitables) (JMV **Bor**).

Le professionnel du droit prétend alors – et parfois sans plus de considération juridique – tirer de lui-même la légitimité de son intervention. Alors se fait entendre son autre voix, son propre verbe, non brouillé par le rôle assumé de porte-parole – si ce n'est au profit de son groupe professionnel. Le « nous », voire le « je », se substitue à l'impersonnel ou au passif : « nous croyons que... » « nous pensons fermement que... ». Le régulateur n'est plus très loin de l'auto-permission, de l'adage « Si veut le Roy – et par délégation le juriste – si veut la loi », lorsqu'il affirme par exemple qu' « entre le fait et le droit s'interpose l'appréciation normative de ce qu'il est souhaitable et possible d'entériner, donc de proposer, voire d'imposer comme modèle » (CL **G** 263).

B) L'autonomie normative des juristes s'avère encore plus accentuée lorsqu'il s'agit de proclamer dans quelle direction précise se fera la régulation. Les professionnels du droit font alors presque totalement l'économie d'instances légitimatrices extérieures au monde des experts. La façon dont sont justifiées les positions prises à propos de maternité de substitution (les « mères porteuses ») est à cet égard particulièrement éclairante.

Les intervenants sont, à une exception près, très hostiles à cette pratique, d'accord à cet égard avec la position du Comité national d'éthique qui avait publiquement appelé en 1984 à ne pas y recourir. Leur condamnation sait prendre en l'occurrence une rare véhémence, tranchant avec la réserve savante²⁶. Ils reproduisent ainsi dans leurs discours une des rares données constantes et sans ambiguïté que livrent les sondages : l'existence d'une hiérarchie qualifiante-disqualifiante entre les différentes méthodes de procréation qui rejette la maternité de substitution du côté de l'opprobre. Or un seul des intervenants juristes songe à s'abriter derrière l'hostilité de « l'opinion » à l'égard de cette pratique (JRD **G**). Le Comité national d'éthique n'y fait aucune allusion et le document de travail préliminaire à l'établissement de son avis en 1984 évoque au contraire l'absence de critiques venant de ce côté (p. 13). Or, à la date du colloque pré-cité, et à la suite d'affaires à sensation qui avaient défrayé la chronique les deux années précédentes, quatre sondages étaient venus livrer la réticence des personnes interrogées vis-à-vis de la maternité de substitution. Il apparaît donc qu'au moment de statuer précisément sur telle ou telle mesure, c'est-à-dire au moment de remplir véritablement sa fonction régulatrice, le juriste n'éprouve pas la nécessité de s'abriter derrière la figure justificatrice de la demande sociale.

On assiste donc à une substitution des modes de légitimation de la performance juridique à mesure de l'engagement des agents dans le processus de juridicisation du problème. Celle-ci, processus d'« épuration des éléments factuels par recodage dans un langage juridique »²⁷ constituerait le privilège même de la doctrine : d'où l'autonomie croissante et permise ici des juristes. Ils semblent n'avoir plus besoin de s'autoriser que d'eux-mêmes comme desti-

nateurs, ou au moins implicitement d'une Raison savante qui se substitue à l'Opinion comme critère sélectif des valeurs. Tout se passe comme si la consultation légitimante de la demande pouvait demeurer préliminaire. Au-delà d'une certaine concession au modèle politique de la délégation par l'opinion, l'isolement du régulateur savant, l'activité suffisante du spécialiste reprend ses droits. C'est une autre représentation commune de l'univers des juristes. Jean Carbonnier la cautionne quant à propos des rapports devenus pourtant apparemment plus ouverts, plus attentifs, plus respectueux que le droit entretient avec la sociologie juridique, c'est-à-dire avec l'état de l'opinion qu'elle est chargée de lui livrer, il ajoute : « ainsi parvenue au terme de ses opérations, la sociologie législative sait d'ailleurs ce qui l'attend et n'en éprouve nulle amertume : la liberté du législateur »²⁸.

C) C'est que le régulateur professionnel dispose de modes alternatifs de légitimation, qu'il suffira d'évoquer ici rapidement.

Il s'agit d'abord, on l'a vu, de la compétence strictement juridique. A ce point de leur prestation, les auteurs tirent leur permission à statuer essentiellement de l'autorité de textes dont ils disposent, ou de pères juridiques dont ils peuvent se réclamer.

Mais, et c'est moins attendu, ces intervenants savent aussi se prévaloir d'une véritable compétence savante générale qui leur permet de citer indistinctement l'anthropologie, la biologie ou la psychologie pour appuyer la nécessité de légiférer dans tel ou tel sens.

Enfin, dans les trous de ces appareils de légitimation d'ordre scientifique, se glissent toutes les manifestations d'une compétence purement morale, voire sociale. C'est une compétence qui semble aller de soi, et qui consiste à choisir des destinataires crédibles de la performance juridique à réaliser, c'est-à-dire des instances au profit, et en direction desquelles elle se fera. Ces figures ne servent pas de destinataires – elles permettent au contraire de s'en passer – en ce sens que contrairement à l'opinion, elles ne « demandent » rien, mais méritent la performance qui leur est en quelque sorte « offerte ». Ainsi on qualifie ou disqualifie telle pratique en évoquant, sans qu'une opinion publique soit alléguée, les bénéfices qui en reviendront à la Santé, à la Morale, à l'Humanité, à l'Enfant à naître, à l'Economie, au Bien commun, ou à la Science.

Cette panoplie d'arguments justificateurs dont dispose le juriste lorsqu'il fait l'économie de la figure légitimante de la demande sociale est assez bien restituée par les arguments utilisés par un intervenant, membre du Comité national d'éthique, pour défendre l'avis du Comité hostile aux mères porteuses. L'orateur sait d'abord faire longuement appel au capital savant de sa discipline : il invoque avant tout les raisons de droit, voire, en leur absence, la texture juridique existante dont la logique suggère la disqualification de la pratique. Il évoque en second lieu – « sur le plan humain » et sur le plan du droit – la position du Garde des Sceaux en cette matière : empruntant donc ses soutiens au double registre du politique et du juridique (Georges Badinter, nommé cité, étant lui-même juriste). Le locuteur s'efforce ensuite de faire jouer en sa faveur, et très habilement par leur abstention même, des savoirs disciplinaires

concurrents, psychologie, médecine ou biologie : « nous ne savions pas très bien quel était l'état de la Science sur l'importance des relations entre le fœtus et la mère pendant la gestation, que sur ces points, il y a des opinions contraires des scientifiques, que par conséquent ces opinions peut-être s'annulent, en tout cas laissent dans un état d'ignorance... eh bien » – et c'est le recours à la compétence morale, empruntée ici au sens commun – « c'est la vieille maxime de la morale élémentaire... "dans le doute abstiens-toi". C'est ce que nous avons recommandé ». Enfin le locuteur sait évoquer la figure destinataire du « Bien public », en se mettant explicitement à la recherche du « moindre mal » : « nous n'avons donc pas interdit du haut d'une prétendue sagesse, que nous cherchons plutôt que nous ne l'avons, mais plutôt au regard de cette exigence de recherche du moindre mal et du doute, moratoire pourrait-on dire... » (CL Ni 11-14).

Cet ensemble mêlé d'arguments visant à fonder l'activité régulatrice montre qu'à un certain degré d'achèvement et de précision, l'activité consistant à dire le droit, activité qui suppose et produit tout à la fois une coupure entre professionnels et profanes, sera suffisamment fondée si elle s'abrite derrière la compétence « inséparablement sociale et technique » qui est celle des juristes eux-mêmes²⁹. Voire de certains d'entre eux : les juristes les plus souvent présents dans ces colloques et dont les textes sont analysés ici sont placés au sommet de la hiérarchie universitaire (tant du point de vue des titres que de la hiérarchie implicite entre facultés)³⁰. Le travail de normalisation sociale serait au total dévolu à peu d'agents « minorité de clercs parmi les clercs, sorte de grammairiens ou de théologiens du droit », comme l'écrit pour sa part Evelyne Serverin dans une analyse où elle suggère que le groupe entier des juristes intériorise les choix politiques d'un petit cercle dirigeant qui exprime les valeurs du groupe, à l'image du fonctionnement du « centralisme démocratique »³¹. Le capital savant et social des juristes, ou de certains d'entre eux, suffit à leur conférer l'aptitude à dire le bon et le mauvais sous les espèces du vrai et du faux, à leur donner une légitimité – autrement efficace que la délégation proprement politique – à être des régulateurs sociaux.

IV. – INSTITUTIONS ET INCERTITUDES D'UNE RÉGULATION ÉTHIQUE

Il n'en demeure pas moins une hésitation entre les différents instruments de légitimation disponibles. C'est si vrai, par exemple, qu'après avoir assisté longuement à l'accomplissement des performances juridiques au cours desquelles la figure de l'opinion était évacuée, ou conjuguée au passif, ou euphémisée derrière des formes indécises, on est très souvent confronté à la réapparition de cette figure légitimante (JMV Bor., JC G, CL Ni, MR Lyo). Ambiguïté généralisée assez bien illustrée par l'intervention suivante. Elle finit en effet, de manière inattendue après la longue prestation juridique qu'elle a offerte, par un déni de la compétence suffisante des juristes ; « la solution des problèmes éthiques de la maîtrise de la reproduction n'appartient pas au juriste, pas plus qu'aux médecins, aux biologistes ou aux responsables politiques ». Mais la

légitimation politique apparaît peu fiable aussi en raison de la nostalgie pour une représentation très « one man, one vote » du fondement idéal de l'activité régulatrice : « légiférer n'est pas la seule solution dans la mesure où la loi est le plus souvent l'expression d'un groupe de pression que l'aboutissement d'un *consensus de la population* ». Et pourtant conclut-on, « on ne peut pas laisser n'importe qui faire n'importe quoi ». Il est indispensable de définir des normes susceptibles d'être révisées » (MR Lyo 27) : or c'était là définir et laisser la place à l'entre-deux – souhaité et ambigu – de l'activité « éthique ».

Car l'hésitation entre les deux modes de légitimation – morale (ou politique) et savante – caractérise plus généralement l'ensemble des instances et des institutions chargées de produire ce qu'on qualifie aujourd'hui d'« éthique » de la procréation artificielle. Classique régulation disciplinaire, par professions interposées, celle-ci comporte cependant l'avantage essentiel de se vouloir spectaculaire et donc de mettre en scène les principes de légitimité sur lesquels elle s'appuie.

Ainsi, l'organisation spatiale du colloque précité restitue l'image d'une présence duale et hiérarchisée des deux instances légitimantes, jugement savant et savoir doxologique. Elle accorde le privilège de la tribune aux spécialistes des différentes disciplines appelées à normaliser les nouvelles pratiques. Mais elle renvoie parmi les « personnalités de premier rang », aux côtés des personnalités politiques, les individus censés représenter certains « mouvements d'opinion » (mouvance féministe, associations familiales, personnalités religieuses). Enfin vient, dans la salle, derrière eux, « l'opinion publique » sous la forme des 600 spectateurs prévus³². Logique de représentation mixte d'ailleurs explicitement souhaitée par l'organisateur d'une rencontre qui ne se voulait ni réunion de spécialistes, ni consultation ou délégation politiques : « Sans doute, le gouvernement aurait-il pu constituer une commission d'experts, et publier ses travaux. Il aurait pu aussi charger un parlementaire en mission de dresser un rapport, après enquêtes et auditions (...) » mais « il convenait que la discussion soit menée au-delà des cercles de spécialistes ou de l'enceinte du Parlement »³³. Bref on se ménageait dans cette enceinte à la fois l'alibi d'une consultation pseudo-démocratique et d'un conseil pris auprès d'experts.

Mais le Comité national d'éthique donnait déjà le spectacle depuis 1983 de la même logique mixte et ambiguë de composition et de fonctionnement. La composition du Comité, jusque dans ses moindres détails, restituait en effet un compromis du même ordre. Du côté de l'opinion doxologique et morale : des représentants des « principales familles philosophiques et spirituelles ». Du côté de la connaissance savante : « 14 personnalités appartenant au secteur de la recherche ». La formulation choisie pour désigner les autres membres du Comité était elle-même ambiguë. Il s'agissait de « 16 *personnalités* choisies en raison de leur *compétence* et de leur *intérêt* pour les problèmes éthiques ». On se trouve bien placés entre la légitimité savante et l'opinion, ici celle des participants. La composition effective du Comité, telle qu'elle apparaît par exemple en 1986 confirme cette ambivalence. La troisième catégorie de participants comprend en fait des « notables » mêlés de la politique mais aussi de la science ou de l'économie, tandis qu'inversement deux des cinq représentants

des « familles spirituelles » étaient des médecins. Le président du Comité avait par ailleurs suggéré « qu'outre des théologiens, des philosophes, des juristes, des sociologues, il y ait aussi des représentants de la population », tout en excluant les malades et leurs familles, « parce que le fait d'être malade ou d'être touché peut fausser le *jugement* ». La demande de normes, pour être suffisamment légitimante, semblait devoir émaner d'une entité intermédiaire, à mi-chemin entre l'appréciation purement scientifique et une trop « simple » opinion, mal éclairée, voire distraite par un soma trop présent.

Le mode de fonctionnement du Comité constitue aussi une excellente illustration de cette recherche de compromis. En témoigne l'avis du Comité national sur les procréations assistées émis en 1984. « Institution d'abord faite pour se prononcer sur des questions proprement scientifiques », comme elle se définit elle-même dans cet avis (à juste titre puisqu'elle est appelée dans son statut à se prononcer « sur les problèmes moraux posés par la *recherche* ») le Comité rappelle ainsi son incompétence à statuer *a fortiori* sur la maternité de substitution, la moins technique de ces pratiques. Il n'en a pas moins appelé l'opinion à ne pas recourir à cette méthode. L'intérêt expressif, l'opinion des membres du Comité, étaient plus pressants que ce que leur dictait leur compétence, avant tout technique et statutairement définie. Dans le même avis, le Comité appelle à « une vaste consultation publique », à propos des procréations artificielles, apte à « faire mûrir *les idées* sur ce sujet ». Cette référence à la demande sociale ne l'empêche pas ensuite de se prononcer sur le sujet *sans plus se référer à l'opinion*, pourtant connue en cette matière.

Les procédures de prises de décision au sein du Comité reflètent enfin la même hésitation entre modes de légitimation différents de la régulation, opinion « authentique » ou diktat des professions savantes. Il s'agit en fait de faire triompher une opinion de milieux « autorisés » à en avoir une. Jean Bernard précise en effet que chaque décision fait l'objet non d'un vote mais d'une négociation entre personnalités membres du Comité. « Chaque fois, il y a un avis et un rapport. Le rapport, consulté bien sûr par tout le monde n'engage que ses auteurs : c'est un document utile mais qui ne fait *pas autorité*. Par contre, l'avis est discuté ligne par ligne ; par exemple, pour l'avis sur les mères donneuses, nous avons fait une séance supplémentaire parce que chacun voulait le relire, voir si chaque virgule correspondait à ce qu'il souhaitait »³⁵. On est à la recherche d'un consensus entre gens de bonne compagnie, ni personnel politique, ni représentants d'intérêts particuliers entre lesquels on arbitrerait. « Ce n'est pas un match de rugby ou un débat parlementaire », se récrie-t-il. L'ambition d'une régulation disciplinaire est bien, en effet, de faire produire une doxa par des individus réputés dignes d'élaborer une épistémé.

*

**

Au total, la « demande de droit » ou l'« opinion », ces fictions molles, font l'objet d'une élaboration collective, dans une division des tâches qui distribue entre les différents agents que sont la presse, les instituts de sondages, et les « offreurs » de droit les instruments scientifiques et divinatoires d'évo-

tion de l'opinion – même s'il existe parfois des imbrications de territoire ³⁶. Mais l'analyse du discours juridique révèle que le degré d'utilisation de la figure sémiotique de l'opinion varie en raison inverse de l'avancement des performances régulatrices : car les spécialistes disposent évidemment de ressources alternatives de légitimité : techniques (et leur permettant de construire la figure du vide juridique) mais aussi sociales et morales. Progresser dans le travail de codification exige d'y faire de plus en plus appel. Seule l'irruption de la logique politique, imposée de l'extérieur, interrompt véritablement ce processus. Il faut l'intervention explicite des pouvoirs publics, réclamant par exemple que l'« opinion » soit interrogée en même temps que les spécialistes, pour voir réapparaître cette figure avec une réelle insistance dans les documents ³⁷.

L'opinion comme personne fictive est bien présente, quoique confinée dans un rôle de spectateur ou d'obstacle, en tout état de cause taciturne et relativement disqualifiée. Mais son invention comme actant sémiotique, c'est-à-dire doté au minimum d'un vouloir, fût-il incertain et inarticulé, n'en permet pas moins de suggérer par sa seule présence les qualités de ceux qui l'invoquent. Son dénuement en compétence n'est-il pas l'envers de celle dont sont nantis ses prudents et habiles porte-parole ?

ANNEXE

RÉSULTATS DES ENQUÊTES D'OPINION A PROPOS DES NOUVELLES MÉTHODES DE PROCRÉATION (mars 1984-mars 1989)

(Les numéros entre parenthèses renvoient à la numérotation des sondages)

Les personnes interrogées dans les douze enquêtes existant aujourd'hui sur la procréation artificielle s'avèrent assez favorables à l'ensemble de ces pratiques. Deux tiers se prononcent pour le principe de son recours (61 % en mars 1984, 63 % en juin 1985, 64 % en septembre 1985) (2, 6, 8). Les taux de non-réponse sont alors à peu près constants : 7 %, 9 %, 9 %. Il est vrai que lorsqu'on passe du principe à la pratique la résistance s'élève puisqu'en juin 1985 moins de la moitié des personnes interrogées envisageaient de recourir personnellement à ces techniques (7), et qu'en mars 1984 les 2/3 des individus auraient préféré recourir à l'adoption plutôt qu'à une fécondation artificielle (24 %), et beaucoup hésitent : (14 %) (1). Ou bien renoncer à avoir des enfants (11 %) plutôt que faire appel à ces techniques (34 %) (2). Une attitude ambiguë donc, et libérale au niveau des principes surtout.

Sauf en ce qui concerne la maternité de substitution, les femmes sont devenues plus favorables que les hommes à ces techniques, surtout lorsqu'il s'agit d'y recourir personnellement. En tout état de cause, et c'est l'élément le plus constant de tous ces sondages, elles hésitent moins qu'eux dans leurs réponses, ce qui, étant donné le différentiel d'abstention habituel entre les sexes dans les enquêtes, est en soi significatif. Cette question est vécue bien

évidemment comme relevant par les femmes de leur compétence propre, tant parce qu'elle concerne la procréation que parce qu'elle est posée le plus souvent en termes moraux, registre dans lequel les femmes s'autorisent plus facilement à avoir un avis.

En ce qui concerne les différents moyens de concevoir artificiellement les enfants, la majorité apparaît sur le principe favorable à l'insémination artificielle (47 % en octobre 1984, 54 % fin 1986) (4 et 9) et plus hésitante à l'idée d'y recourir (36 % en mars 1984, 52 % au printemps 1987) (2 et 10). La majorité des personnes interrogées semble également favorable à la fécondation in vitro (62 % fin 1986) (9) sans que l'on puisse dire laquelle de ces deux techniques est la mieux acceptée.

La majorité encore est hostile au principe des mères porteuses (51 % en octobre 1984, et 78 % décembre 1986) (4 et 9). Ceci est vrai aussi (dans les sondages, notamment, adressés à une population exclusivement féminine) des femmes interrogées : 79 % en mars 1984, 54 % en octobre 1984, 54 % en novembre 1984, 58 % en juin 1985) (1, 4, 5, 6). On accepte encore moins l'idée d'y recourir soi-même (77 % en mai 1984 et 82 % en avril 1987) (2 et 10). Les femmes se montrent particulièrement hostiles à cette idée (83 % et 86 %) (2 et 10), y compris à l'idée de s'y prêter pour autrui (79 % en mars 1984, 83 % en novembre 1984 et 83 % en septembre 1985) (1, 5, 6). La multiplication des questions concernant cette pratique (dans 9 sondages sur 12) montre bien qu'elle est ressentie par les « observateurs scientifiques » de l'opinion (en accord sur ce point avec les juristes) comme *a priori* susceptible de disqualification.

Les personnes interrogées semblent favorables au respect au moins formel de certaines règles biologiques. Elles se prononcent pour l'anonymat (existant dans le don de sperme (78 % en mars 1984, 67 % chez les femmes interrogées en novembre 1984) (1 et 5). Mais on hésite quant au principe de la rémunération de ces dernières. Tels sont les seuls éléments à peu près stables résultant de l'ensemble des enquêtes d'opinion disponibles, de mars 1984 à mars 1989.

NOTES

1. M. Weber, *Economie et société*, Paris : Plon, 1959, p. 321.

2. H.S. Becker, *Outsiders. Etudes de sociologie de la déviance*, Paris : A.M. Métailié, 1985, pp. 186-187.

3. On sait désormais à quel point les professionnels de la politique sont attentifs à évoquer l'instance légitimante de « l'opinion publique » : « aucun "responsable" ne peut "en politique" s'affirmer indépendamment de la référence à une figure mandatrice incarnant le destinataire qui le fait être ou le manipulateur qui le fait agir ». E. Landowski, « L'opinion publique et ses porte-parole », *Actes Sémiotiques (Documents)* II, 12, 1980, p. 33. Allant dans le même sens : P. Bourdieu, « L'opinion publique n'existe pas », in Id. *Questions de sociologie*, Paris : Editions de Minuit, 1980, pp. 222-235 ou introduction de : D. Gaxie, *Le cens caché, inégalités culturelles et ségrégation politique*, Paris : Seuil, 1978.

4. Cf. P. Bourdieu, « la force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, sept. 1986, pp. 3-19.

5. A travers l'avis du Comité consultatif national d'éthique « sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle » émis en 1984, les débats organisés par le ministère de la Justice dans l'éventualité d'une législation les 18 et 19 janvier 1985, le rapport sur « les procréations artificielles » remis en février 1986 au Premier ministre sur sa demande, le rapport

délivré en mars 1988 au Premier ministre par le Conseil d'Etat et intitulé « Sciences de la vie ; de l'éthique au droit », enfin l'avant-projet de loi « sur les sciences de la vie et les droits de l'homme » soumis au gouvernement le 3 mars 1989, et déposé à l'Assemblée.

6. « Il convenait que la discussion soit menée au-delà des cercles de spécialistes ou de l'enceinte du Parlement, partout où notre société exprime ses convictions. Il fallait donc suivre une voie qui permette au débat de naître et à l'opinion d'être pleinement éclairée *avant que le gouvernement arrête ses propositions*, en expose les raisons et les soumette au Parlement, organe souverain de décision », déclare G. Badinter en ouvrant le colloque (c'est nous qui soulignons, comme dans toutes les citations suivantes).

7. Ainsi des associations de mères porteuses, assez confidentielles et acharnées à empêcher l'interdiction de leurs activités, et des regroupements récents de praticiens des nouvelles procréations visant à éviter que celles-ci ne soient strictement réglementées (Association France-PMA, Association des praticiens de PMA, épaulées par l'Association Pauline et Adrien, groupement de patientes ou d'anciennes patientes de PMA).

8. Il s'agit des enquêtes suivantes, numérotées par ordre chronologique (il sera par la suite fait référence à ces numéros) : (1) BVA pour *Paris-Match*, mars 1984. (2) QUOTAS pour *Enfants-Magazine*, 7-12 mars 1984. (3) IFRES, pour *Paris-Match*, 3-4-5 août 1984. (4) SOFRES pour *Panorama du médecin*, 4-10 oct. 1984. (5) IPSOS pour *Elle*, 17-20 nov. 1984. (6) IPSOS pour *Femme pratique*, 6-10 juin 1985. (7) SOFRES pour *Le Monde/France-Inter*, 25-26 juin 1985. (8) LOUIS HARRIS pour *La Vie*, 11-12 sept. 1985. (9) SOFRES pour *Antenne 2*, 27 nov.-1^{er} déc. 1986. (10) SOFRES pour *Le Nouvel Obs/Le Seuil/Gyn-Obs.*, 6-23 avril 1987. (11) SOFRES pour *La Croix-Evénement*, 23-26 fév. 1988. (12) LOUIS HARRIS pour *Explora*, fin mars 1989.

9. Sondage LOUIS HARRIS de mars 1989. Il s'agit d'une question portant sur la loi sur la protection des personnes dans l'expérimentation médicale qui venait d'être votée le 20 décembre 1988. Le droit n'est donc jamais présent et le texte évoqué ne porte que sur une petite partie du corpus juridique concerné par les nouvelles procréations.

10. Sondages 1, 9, 12.

11. Sondages 5 et 8.

12. Sondages 7 et 11.

13. Sondage 7. Il est regrettable qu'on ne dispose aujourd'hui que de deux enquêtes détaillées : 7 et 8, qui mettent en valeur les autres facteurs réellement discriminants : niveaux d'instruction et pratique religieuse, plus que le sexe, par exemple. Les individus les plus « éclairés » sont les plus alarmistes ; 24 % des individus ayant suivi un enseignement supérieur s'en remettraient aux médecins (contre 36 % issus de l'enseignement primaire) et 40 % (contre 22 %) feraient confiance aux comités d'éthique. Et ils ne s'autorisent guère à être sans opinion sur ces graves questions (4 % de sans opinion contre 17 %).

14. Sauf exception : cf. citations de Jean Carbonnier infra.

15. E. Kantorowicz, « La souveraineté de l'artiste. notes sur quelques maximes juridiques et les théories de l'art à la Renaissance », in *Mourir pour la patrie*, Paris : PUF, 1984, pp. 39 et 51.

16. Au sens strict (cf. G. Duby, *Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme*, Paris : 197, ou au sens large (sur l'invention de « personnes fictives » dans la pensée politique, cf. L. Pinto, « Une fiction politique : la nation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, sept. 1986, pp. 45-50).

17. M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris : PUF, 1986.

18. C. Attias, *Epistémologie juridique*, Paris : PUF, 1985, pp. 88 et 157.

19. « Par conséquent la science du droit n'a pas un objet qui lui serait intégralement donné de l'extérieur », C. Attias, *op. cit.*, p. 88.

20. Une dizaine de textes longs (une vingtaine de pages en moyenne) seront analysés ici : les sept interventions qui ont été faites au colloque précité ((G) 18-19 janvier 1985, publié in *Actes du colloque Génétique, Procréation et droit*. Arles : Actes Sud, 1985) plus trois interventions de juristes à des colloques tenus et/ou publiés la même année ((Bor) 28-29 sept. 1984, IV^{es} Journées aquitaines de perfectionnement en reproduction humaine, Bordeaux, publié in A. Audebert, M. Bourgeois, J.S. Emperaire, J.M. Meunier, *Les conceptions induites*, Bordeaux, 1985. (Lyo) 10-11 nov. 1984, « Un enfant de qui ? », colloque organisé par la région Rhône-Alpes de la Fédération nationale couple et famille, publié dans la revue *Couple et Famille*, revue d'information de la Fédération nationale couple et famille/UNAF, 55, mars 1985. (Ni) 15 juin 1985, « Prêt d'utérus, pourquoi pas ? », table-ronde in Colloque de Nice, *ronéot*. (Les textes cités indiquent les initiales de l'auteur, le code du colloque et le numéro de page. La pagination est celle des documents préliminaires du colloque pour MC, JR et JRD : la conformité aux textes définitifs a été vérifiée).

21. Ce qui permet d'en tirer un argument majeur au profit d'une sociologie du droit, c'est-à-dire d'une connaissance des « mœurs » systématique : « puisque les présomptions légales doivent être le condensé de ce qui se passe ordinairement, il faut bien avant d'en édicter une, savoir ce qui se passe : enquête de fait. Puisque les lois supplémentives de volontés doivent s'inspirer

des spéculations pratiquées ou désirées dans le public, il faut savoir en quoi consistent les pratiques et les désirs : enquêtes de fait ou d'opinion ». J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris : Colin, 1972, pp. 305 et 311.

22. E. Landowski, *op. cit.*

23. *Ibid.*, p. 24.

24. On déclare par exemple : « S'il est légiféré habituellement pour le plus grand nombre, ceux qui n'en font pas partie ne peuvent être laissés hors de la sphère du droit » (MG G 2).

25. « La presse à sensation amplifiant l'angoisse, on pourrait envisager de réglementer la publicité des recherches » ; ou bien à propos des sondages : « on peut conjecturer que l'inquiétude varierait d'intensité selon les prodiges que les questionnaires feraient concrètement entrevoir » (p. 154). « Il conviendrait de découvrir quel est sur nos sujets, l'état d'une opinion publique tant soit peu stable et non émotive » (p. 155).

26. « La pratique récente des "mères de substitution"... constitue une nouvelle déviation des indications de l'insémination artificielle... Une telle pratique est condamnable à plusieurs égards... Reste inacceptable le fait de vouloir être enceinte en refusant d'être mère... Cette possibilité illustre les déviations de l'insémination artificielle. (Ces services) mettent en jeu des intérêts pécuniaires qu'il convient de dénoncer » écrit-on par exemple (MR Lyo 25).

27. Dezalay, « De la médiation au droit pur », *Annales de Vaucresson*, 21 oct. 1984, pp. 130 et 141.

28. J. Carbonnier, *Sociologie...*, *op. cit.*, p. 313.

29. P. Bourdieu, « La force du droit... », *op. cit.*

30. Cf. l'analyse sociologique de la participation depuis cinq ans aux colloques sur l'« éthique » de la procréation artificielle in D. Memmi, « Savants et maîtres à penser. La fabrication d'une morale de la procréation artificielle », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 76-77, mars 1989, pp. 82-103.

31. E. Serverin, « Une production communautaire de la jurisprudence : l'édition juridique des arrêts », *Annales de Vaucresson*, 23, second semestre 1985.

32. Pour une analyse plus détaillée, on renvoie à notre analyse précitée.

33. G. Badinter, Intervention introductive au colloque Génétique, procréation et droit, *op. cit.*, p. 16-17.

34. J. Bernard, « Le Comité consultatif national de l'éthique. Rencontre avec le Professeur Jean Bernard », *Catéchèse*, 98, janv. 1985, p. 71.

35. *Ibid.*, p. 72.

36. Ainsi lorsqu'un des participants récurrents à ces colloques entreprend, à l'aide de son laboratoire, de mener sa propre enquête d'« opinion », en omettant cependant explicitement de faire appel aux lourdes méthodes d'échantillonnage statistique. L'enquête (ouverte ensuite à un autre laboratoire) « révèle » l'inappétence de l'« opinion » pour une réglementation... rejoignant à cet égard l'hostilité personnelle à l'idée de légiférer maintes fois proclamée publiquement par le maître d'œuvre de l'enquête (Laboratoire de Sociologie juridique/Centre de droit de la famille, *Rapport sur les nouvelles techniques de procréation artificielle dans les pays occidentaux : recherche de sociologie juridique et de droit comparé*, sous la direction de F. Terré et J. Rubellin-Devichi, Paris : pour le Commissariat général au Plan, 1989, 2 tomes.

37. Dans une lettre du Premier ministre datée du 3 juillet 1985, les cinq experts désignés pour donner leur avis (parmi lesquels deux juristes) ont été appelés à « recueillir les avis et réflexions tant des experts que de l'opinion publique sur, d'une part, les techniques de procréation artificielle et, d'autre part, sur le statut de l'embryon et les éventuelles interventions dont il peut faire l'objet » : l'opinion constituera conséquemment une instance destinatrice omniprésente dans le rapport qui sera fourni en 1986.