



ACADÉMIE CATHOLIQUE DE FRANCE

POUR LE RAYONNEMENT DU SAVOIR ET DE LA FOI

Paris, le 28 octobre 2018.

Déclaration

Sur l'indisponibilité du corps humain

Ce travail porte sur la question de l'indisponibilité du corps humain, très peu reprise dans les états généraux de la bioéthique de 2018 en France. Certes la non-marchandisation du corps humain y est évoquée, mais l'expression « mon corps m'appartient » (sous-entendu « j'en fais ce que je veux ») est un leitmotiv majeur aujourd'hui. Le corps humain est alors souvent considéré comme « en pièces détachées », lesquelles peuvent être données, réparées, changées, voire « augmentées dans leurs fonctionnalités ». Cette posture de « propriétaire » a de nombreuses conséquences en bioéthique.

Il s'agit ici de réfléchir à l'indisponibilité du corps humain, au-delà de la non-marchandisation, à travers la question : « nos gènes nous appartiennent-ils ? » Cette question est essentielle au moment où de nouveaux outils de modification du génome humain deviennent disponibles, comme CRISPR, et où l'on cherche aujourd'hui à breveter le vivant.

Trois approches sont proposées dans cette réflexion, en complémentarité. L'approche scientifique permet de faire le point sur « notre héritage génétique », en termes de sciences de l'évolution et d'épigénétique. L'approche juridique retrace les étapes essentielles de la manière de considérer le corps humain en droit, reprenant à cette occasion la convention d'Oviedo, qui stipule qu'on ne peut introduire de modification dans le génome de la descendance. Enfin, l'approche philosophique permet d'approfondir le concept de corps humain pour déboucher sur des éléments clés d'une « éthique du corps » au temps des modifications génétiques.

1. De l'indisponibilité du corps humain à la non-patrimonialité.....	2
2. Le corps humain disponible « en pièces détachées » ?.....	3
3. Notre patrimoine génétique, patrimoine de l'humanité ? La convention d'Oviedo aujourd'hui	4
4. Nos gènes nous appartiennent-ils ? Le regard du scientifique	6
5. Question des brevets et indisponibilité du corps humain	8
6. Le corps humain vu par le droit.....	10
7. Éthique du corps	16
Conclusions	19

20 rue de Poissy – 75005 PARIS

Courriel : academiecatholiquedefrance@hotmail.fr
Site internet : www.academiecatholiquedefrance.fr

1. De l'indisponibilité du corps humain à la non-patrimonialité

L'*indisponibilité du corps humain* est une expression qui signifie que le corps humain n'est pas une chose pouvant faire l'objet d'un contrat ou d'une convention, ce qui pose des limites à sa libre disposition. Je ne peux disposer de mon corps comme je le veux, je n'ai pas tous les droits sur lui. Cette question fit l'objet d'une réflexion approfondie lors des états généraux de 2009, notamment au sein de l'Église catholique¹. Le travail mérite d'être poursuivi au temps des nouvelles biotechnologies comme CRISPR et des manipulations génétiques qu'elles permettent.

Voici quelques articles du Code civil qui font état de l'indisponibilité du corps humain : article 16-1, alinéa 3 : « *Chacun a droit au respect de son corps* » ; article 16-5 : « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* » ; article 16-6 : « *Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci* » ; article 16-7 : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.* »

Ce principe a été mis en avant par la Cour de cassation pour déclarer illicite le recours à la gestation pour autrui (GPA) en France. Il n'est cependant pas absolu, puisque le droit français reconnaît qu'il est possible de donner son sang ou un rein, sous conditions : la cession doit notamment être gratuite, anonyme et accomplie dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Ce principe a été remplacé, dans la loi du 29 juillet 1994, par celui de non-patrimonialité, qui interdit de vendre son corps et s'inscrit dans la philosophie autorisant, dans les limites fixées par la loi, le don gratuit de son sang, de ses organes et de ses gamètes.

L'indisponibilité du corps humain pose le problème de l'usage inconditionnel de son corps dans toutes les situations existentielles possibles, jusqu'à la mise en jeu de la vie et de la mort.

Dans un livre récent, *La Non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité ; Panorama international*², les auteurs indiquent :

Le principe de non-patrimonialité du corps humain, admis dans de nombreux pays, semble définir la ligne de conduite adoptée pour gérer les rapports du corps à l'argent. Pourtant, ce principe ne va pas de soi car, si la protection du corps peut se trouver menacée par le risque de marchandisation inhérent à notre monde globalisé dans lequel les marchés prospèrent, la disposition du corps relève de la liberté individuelle de la personne.

L'ouvrage se consacre à l'analyse des choix opérés par dix-neuf pays représentatifs de cultures différentes en vue de percevoir, au-delà des finalités affichées, la réalité du principe de non-patrimonialité. Il montre que, partout, une patrimonialisation du corps, qu'elle soit ou non assumée par les États, existe et tend à se développer, allant même jusqu'à créer de véritables marchés. L'étude met en évidence que les débats, très insuffisants, relatifs aux rapports du corps et de l'argent, non seulement sont biaisés par la forte charge symbolique des finalités de la médecine, mais aussi et surtout occultent les choix sociétaux majeurs à opérer, notamment pour garantir la protection des plus vulnérables.

Mais au-delà de la question financière, c'est l'assertion très répandue aujourd'hui « mon corps m'appartient, j'en fais ce que j'en veux » qui est à reprendre. Nous le ferons d'abord avec la question de bioéthique des manipulations génétiques et ce qu'en dit la convention d'Oviedo. Puis nous nous situerons dans la lignée humaine pour nous demander, avec l'approche du scientifique, si nos gènes nous appartiennent afin d'en tirer des conséquences en termes d'indisponibilité du corps humain. À partir de là, nous aborderons la question de la brevetabilité du vivant aujourd'hui, avant d'approfondir le thème du « corps humain au regard du droit (français) ».

¹ Pierre D'ORNELLAS et les évêques du groupe de travail sur la bioéthique, *Bioéthique : Propos pour un dialogue*, DDB, février 2009.

² Brigitte FEUILLET-LIGER et Saïbé OKTAY-ÖZDEMİR, Bruylant, Bruxelles, 2017.

Enfin, nous concluons avec des éléments d'éthique du corps humain à partir d'une approche philosophique.

2. Le corps humain disponible « en pièces détachées » ?

Tout en soulignant les progrès de la médecine, le professeur Didier Sicard, ancien président du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), parle souvent du « corps en pièces détachées » tel qu'il est vu aujourd'hui³ :

Peu à peu, le corps n'est vécu par la médecine que comme un ensemble de pièces détachées dont chacune a son autonomie ou plutôt dont chacune est envisagée comme telle. Et le corps est prié de se conformer à cette vision médicale. Les viscères et organes ont acquis désormais une visibilité par l'échographie, le scanner et l'IRM. Ces images virtuelles sont à la source d'une nouvelle réalité du corps. Les personnes parlent d'ailleurs de leur « écho » hépatique et non de leur foie, de leur scanner cérébral et non de leur cerveau, de leur IRM vertébrale et non de leur rachis, de leur mammographie et non de leur sein ! Le corps est ainsi devenu un lieu d'images, un chantier qui focalise d'autant plus l'attention que la notion d'image normale est de plus en plus sujette à interrogation.

L'apport de la technologie (largement positif pour les soins) accentue cependant cette vision, à travers le développement de l'imagerie médicale d'une part, mais aussi par la visée aujourd'hui très répandue de « réparer et, mieux encore, d'augmenter les performances de la machine vivante via ses fonctionnalités ». Pour le développement de l'imagerie médicale, le professeur Sicard analyse ainsi :

Le paradoxe réside dans cette autonomisation de l'image par rapport au corps de plus en plus absent, image qui revendique son propre statut, ses exigences, au fond assez indifférentes à sa justification. Autrement dit, le perfectionnement de l'image dépend de son utilisation maximale, pas de son fondement. Si les images n'étaient fournies que par une demande rationnelle, le progrès technique tarderait. Il faut que la machine tourne. À ce prix seul, des améliorations permanentes se font jour.

De même, on parle dorénavant d'homme « réparé » et d'homme « augmenté » à travers les performances fonctionnelles du corps-machine, jusqu'aux visées transhumanistes et la figure du cyborg. Là aussi, on peut changer les pièces défectueuses de la machine humaine, améliorer leurs fonctionnalités et maîtriser les imperfections de la machine. Le corps apparaît de plus en plus comme un objet façonnable fait de pièces détachées à perfectionner. Ces « pièces détachées » sont disponibles, ainsi que le corps vu comme « un ensemble de pièces détachées ». Disponibilité et chosification du corps sont alors largement favorisées !

Enfin, dans le domaine de l'intelligence artificielle (IA), on parle de machines apprenantes, avec chez certains scientifiques l'ambition de copier le cerveau humain, voire de faire mieux dans l'avenir. Déjà aujourd'hui, l'IA, grâce notamment aux réseaux de neurones artificiels, permet la reconnaissance d'images, l'aide au diagnostic médical, la traduction automatique, une lecture sur les lèvres, une assistance vocale et la marche de véhicules autonomes. Mais l'intelligence se réduit-elle à la capacité de produire de telles opérations, et à la maîtrise de procédures efficaces ?

C'est essentiellement sur l'aspect calculatoire que la puissance des machines apprenantes est aujourd'hui appréhendée. C'est cette éventuelle « forme d'intelligence » qui est en jeu, alors que l'homme a de nombreuses formes d'intelligence (logico-mathématique, verbale-linguistique, émotionnelle, musicale...) et qu'on ne peut comparer la conscience humaine avec l'éventuelle conscience des machines. L'IA se situe aujourd'hui sur le terrain de la simulation. Et il y a un seuil entre « simuler » une émotion et l'éprouver. L'humain au contraire intègre les émotions dans ses prises de décision, chose inaccessible aujourd'hui aux processeurs électroniques. L'émotion, avec sa dimension communicationnelle, conduit ainsi l'homme qui l'éprouve à attribuer une valeur aux choses à partir de laquelle il pose des choix de vie quotidienne. La machine apprenante n'en est

³ Didier SICARD, in *Les Tribunes de la santé*, 2005/6, p. 37-42.

pas là ! Mais la vision de l'homme-machine gagne cependant du terrain et certains pensent donner aux robots humanoïdes un statut de « personne électronique » !

L'idée souvent répandue en IA que « penser, c'est calculer » peut entraîner bien des confusions. N'oublions pas que notre conscience se situe dans un corps façonné par des millions d'années d'évolution, avec de belles capacités de pensée, de création, de vie psychique et spirituelle, qui vont bien au-delà des combinatoires les plus sophistiquées. Mais justement, c'est le corps qui est le grand absent de l'IA, c'est la complexité du vivant qui conduit au-delà de la machine et, par là, de la simple chosification du corps. Le corps humain n'est pas une machine, même s'il y a un aspect « machinerie » en lui.

L'homme ne *possède* pas un corps comme on possède un objet, même électronique, car l'homme *est* un corps. Le corps est en unité profonde avec la personne que nous sommes. Les modalités d'expression du corps, les actes, le langage, la sexualité, l'identité et les différentes fonctions corporelles sont autant d'expressions de la « personne en relation » avec d'autres personnes, dans l'altérité. Si l'autre est présent dans la relation corporelle, je ne puis disposer de son corps ni du mien comme d'un objet. L'indisponibilité du corps humain signifie ainsi qu'il n'est l'objet de possession d'aucune personne.

Mon corps m'appartient-il ? Il est évident que nous ne nous trouvons pas devant un cas habituel de propriété. Sauf si nous le rapprochons de cette idée qu'avaient les anciens propriétaires agricoles, qui considéraient leur terre comme un *fidéi-commis*, « ce que je reçois dans la seule idée de le transmettre » (la traduction littérale est « laissé entre des mains fidèles »).

Nous ne sommes, à chaque génération, que des locataires, mais nous transportons avec nous des catégories, des éléments, des propriétés qui nous survivent.

L'écologie permet aujourd'hui de faire réapparaître l'idée que nous sommes le maillon d'une chaîne, mortels mais passeurs d'immortalité. On peut établir une comparaison avec la transmission des gènes. Ce sont des éléments naturels « reçus » mais aussi modifiés en nous par nos relations (phénomènes épigénétiques par lesquels l'environnement biologique et psychique influence l'expression des gènes), puis transmis à la génération suivante. Jusqu'où a-t-on le droit de modifier « artificiellement » cet héritage lui-même en évolution naturelle ? Et selon quels critères si notre corps ne nous appartient pas, tout en en étant responsable ?

3. Notre patrimoine génétique, patrimoine de l'humanité ? **La convention d'Oviedo aujourd'hui**

Sous l'égide du Conseil de l'Europe, la convention d'Oviedo, ouverte à la signature depuis 1997 et ratifiée à ce jour par 29 pays, dont la France (mais pas par le Royaume-Uni, les États-Unis ou la Chine), stipule dans son article 13 :

Une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance.

Nous décrivons plus loin (paragraphe 6) comment cette convention s'inscrit dans l'histoire du droit. Pour l'instant, entrons davantage dans quelques éléments de cette convention de 1997 à l'heure des nouvelles biotechnologies à travers quelques points clefs d'un rapport récent (2017) du Conseil de l'Europe, *Le Recours aux nouvelles technologies génétiques chez les êtres humains*⁴, cherchant à actualiser Oviedo, dans le cadre de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable.

5. La « convention d'Oviedo », ou convention de 1997 du Conseil de l'Europe pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine :

⁴ Mme Petra DE SUTTER (Belgique, SOC), projet de recommandation adopté à l'unanimité des votants (une abstention) par la Commission le 25 avril 2017.

Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (STE, n° 164), définit le cadre légal européen de protection des droits humains dans le domaine de la biomédecine, et a valeur contraignante pour les 29 États membres qui l'ont ratifiée.

6. Ce traité doit servir de référence dans le recours au génie génétique. L'article 13 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine dispose : « *une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance* ». De plus, « *lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon* » (article 18.1), et « *la constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite* » par l'article 18.2.

La convention d'Oviedo ne prend pas position sur la recherche génomique sur des embryons humains. Toutefois, il est communément admis que son article 13 interdit *de facto* le transfert d'un embryon portant des modifications (intentionnelles) du génome dans l'utérus d'une femme en vue de donner naissance à un enfant.

L'Assemblée parlementaire a commencé à travailler sur cette question il y a plus de trente ans, et a adopté deux textes : la Recommandation 934 (1982) sur l'ingénierie génétique et la Recommandation 1512 (2001) sur la « protection du génome humain par le Conseil de l'Europe ».

7. L'article 28 de la Convention exige que les Parties « veillent à ce que les questions fondamentales posées par les développements de la biologie et de la médecine fassent l'objet d'un débat public approprié ». L'article 32.4 demande de tenir compte des évolutions scientifiques, et cette mission a été confiée au Comité de bioéthique (DH-Bio) du Conseil de l'Europe, qui représente 47 États d'Europe. À sa 8^e réunion, du 1^{er} au 4 décembre 2015 à Strasbourg, ce Comité a adopté une « Déclaration sur les technologies de modification du génome », dans laquelle il s'est déclaré « convaincu que la convention d'Oviedo énonce des principes qui peuvent être des références pour le débat sollicité au niveau international sur les questions fondamentales soulevées par ces récents développements technologiques » et a décidé, dans le cadre de son mandat, qu'il « examinera les enjeux éthiques et juridiques soulevés par ces technologies émergentes de modification du génome, à la lumière des principes établis par la convention d'Oviedo. » Ce travail est en cours, et pourrait conduire à un amendement de la Convention, comme prévu dans son article 32.

8. La modification intentionnelle du génome humain franchirait des limites jugées éthiquement inviolables. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (STE n° 164, convention d'Oviedo) de 1997, qui lie les 29 États membres qui l'ont ratifiée, postule à l'article 13 « qu'une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance ». En revanche, la Convention prévoit également une procédure spécifique pour son amendement à l'article 32, qui doit être lu conjointement avec l'article 28, et qui impose aux Parties de veiller « à ce que les questions fondamentales posées par les développements de la biologie et de la médecine fassent l'objet d'un débat public approprié à la lumière, en particulier, des implications médicales, sociales, économiques, éthiques et juridiques pertinentes, et que leurs possibles applications fassent l'objet de consultations appropriées ».

9. En conséquence, l'Assemblée parlementaire recommande au Comité des ministres de demander au Comité de bioéthique (DH-Bio) du Conseil de l'Europe d'évaluer les enjeux éthiques et juridiques des technologies émergentes de modification du génome, à la lumière des principes énoncés dans la convention d'Oviedo et dans le respect du principe de précaution.

16. La récente mise au point d'une nouvelle technologie, un outil de modification du génome baptisé CRISPR-Cas 9, permet de modifier l'ADN plus rapidement, à moindre coût et plus précisément que les techniques antérieures. L'outil fonctionne comme des « ciseaux moléculaires », sur un site « spécifique » de l'ADN, et serait capable d'exciser une mutation génétique afin de la remplacer par la séquence génétique correcte. Toutefois, si l'excision se déroule bien pour un gène ciblé, l'étape de recombinaison homologue qui intervient plus tard dans la reproduction des cellules est plus difficile à réparer que le gène défectueux, ce qui engendre des problèmes potentiels de précision associés à des conséquences non souhaitées (« cibles manquées »).

21. Un premier article a été publié en mai 2015 sur l'application des techniques d'édition du génome (CRISPR-Cas 9) sur des embryons humains non viables en Chine. Février 2016 a vu la première validation au monde d'une autorité nationale de réglementation pour la recherche sur des embryons humains à l'aide de techniques d'édition du génome, au Royaume-Uni. Aux États-Unis, l'Institut national de la santé a par contre décidé de ne pas financer le recours aux technologies de modification du génome pour les embryons humains. Mais tous ces exemples démontrent à quel point la modification du génome de la lignée germinale chez l'être humain commence à sortir du domaine théorique pour entrer dans les applications de la recherche clinique.

36. À ce jour, la communauté scientifique s'est accordée sur deux arguments à propos des interventions sur le génome humain, à savoir : d'une part, les préoccupations liées à la sécurité, fondées principalement sur les effets collatéraux de l'édition génique (c'est-à-dire les effets sur d'autres gènes) et, d'autre part, les préoccupations liées aux droits humains, en particulier en ce qui concerne les effets sur les générations futures (une modification du génome signifie une modification du patrimoine commun de l'humanité). Cependant, une réglementation internationale fait toujours cruellement défaut.

50. On peut soutenir que la modification intentionnelle du génome humain franchit des limites jugées éthiquement inviolables. Cependant, je ne pense pas que nous parviendrons à nous mettre d'accord sur la question de savoir s'il convient de ne mettre en place qu'un moratoire sur le recours délibéré à la modification du génome humain ou s'il convient plutôt d'interdire de telles pratiques, comme le fait la convention d'Oviedo. En outre, l'interdiction actuelle, dans toute l'UE et de nombreux États membres du Conseil de l'Europe, des interventions visant à modifier le génome humain n'empêchera pas la naissance ailleurs de bébés dont le génome aura été modifié. L'Académie nationale des sciences et l'Académie nationale de médecine des États-Unis ont récemment énoncé un certain nombre de principes et de recommandations pour la gouvernance de la modification du génome humain qui, à terme, pourraient devenir les normes mondiales *de facto* si l'Europe n'est pas à même de proposer de meilleure alternative.

En reprenant ce rapport récent du Conseil de l'Europe, on comprend que les biotechnologies d'aujourd'hui touchent directement le génome humain en tant que « patrimoine de l'humanité ». Comment appliquer avec justesse la convention d'Oviedo en 2018, pour « prendre soin de ce patrimoine » et suivre le fameux impératif éthique de Hans Jonas : « Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre » ? Jusqu'où nos gènes sont-ils disponibles à toute modification ?

4. Nos gènes nous appartiennent-ils ?

Le regard du scientifique

L'*Homo sapiens* a environ 200 000 ans ; néanmoins, la découverte du site de Jebel le repousse de 100 000 ans (300 000 ans). Pour rappel, l'*Homo habilis*, qui fut le premier homme, date de 2,8 millions d'années et l'homme de Neandertal de 250 000 années. Dès lors, il devint possible d'évaluer les échanges génétiques entre les populations à travers l'évolution. Il put notamment être déterminé que l'*Homo neanderthalensis*, présent sur notre planète jusqu'à il y a 30 000 à 40 000 ans, a cohabité avec l'*Homo sapiens* pendant plusieurs milliers d'années en Eurasie. À partir de leur croisement, l'homme de Néandertal nous a transmis une partie de sa génétique. Des travaux récents montrent qu'approximativement 2 % (1 à 4 %) de notre ADN provient de l'*Homo neanderthalensis*. C'est grâce au séquençage du génome des ossements d'un homme de Neandertal provenant de Sibérie (l'homme d'Ust'Ishim) et ceux d'une femme provenant de la grotte de Vindija en Croatie que cela put être établi. Ce métissage a introduit de nombreuses modifications biologiques sur nos traits et prédispositions ou maladies ; ainsi par exemple, l'un des gènes responsables de la pigmentation de la peau et des cheveux provient du génome de l'homme néandertalien ; ce qui a permis aux humains arrivant d'Eurasie il y a environ 100 000 ans (où l'homme de Neandertal vivait depuis des milliers d'années) de s'adapter à une intensité de rayons ultraviolets moins importante, contrairement aux nouveaux arrivants d'Afrique.

Par ailleurs, il est important de souligner que le séquençage du génome du *sapiens* nous a appris que l'ADN néandertalien ne se trouve pas sur le chromosome Y (porté par les hommes), c'est-à-dire que lorsqu'un mâle néandertalien s'accouplait avec une femelle *sapiens* se produisait probablement une réaction immunitaire de rejet qui conduisait à un avortement spontané, ce qui expliquerait la décroissance démographique des néandertaliens. D'autre part, la diversité génétique (le polymorphisme) de l'*Homo neanderthalensis* était plus restreinte que celle de l'*Homo sapiens*, ce qui permet de penser que la population de Neandertal était très peu nombreuse et probablement d'une consanguinité élevée.

Les différences internes à notre espèce du point de vue génétique sont de l'ordre de 0,1 % seulement ; le génome humain est identique à 99,9 %. En revanche, la différence du génome entre l'*Homo sapiens* et le chimpanzé est de 1,23 %, 1,6 % avec le gorille et 3,1 % avec l'orang-

outan ; entre les grands singes et les autres espèces simiesques, la différence est de 7 %. La théorie de l'évolution de Darwin ne considère pas l'embryon ; l'évolution est fondée sur la sélection des espèces, elle ne tient pas compte des différences entre les individus ; or, une sélection ne peut s'appliquer que si la différence existe et que si on tient compte des différents caractères.

La loi de Von Baer proposée en 1828 postule que l'embryon pendant son développement récapitule l'évolution et fait une liaison entre les vertébrés comme un ancêtre commun. Cette loi énonce quatre points importants :

- un embryon présente les caractéristiques les plus générales des grands animaux auxquels il appartient avant de présenter les caractéristiques spéciales ;
- les caractères deviennent de plus en plus spécialisés en se développant à partir des caractères plus généraux ;
- pendant le développement, les stades d'un embryon divergent de plus en plus des stades embryonnaires des autres animaux ;
- un embryon d'un certain animal ne ressemble jamais à l'adulte d'un animal inférieur à lui.

L'embryon humain est « une synthèse de l'évolution humaine », prônait déjà Von Baer en 1828. Nos caractères personnels spécifiques apparaissent à partir des caractères communs de l'espèce même si chaque individu est unique au niveau de l'ADN dès la conception. Il a donc bien « un patrimoine génétique commun » avec spécificité de chaque individu de l'espèce.

L'individu peut-il alors penser qu'il est propriétaire de ses gènes alors qu'il en reçoit l'héritage dans une lignée complexe, sans compter le chromosome mitochondrial de la mère ? C'est « quelque chose » du patrimoine de mes parents que je reçois et que je vais transmettre avec l'ensemble de ce que mon vécu va transformer par effets épigénétiques (modifications dites « naturelles », marquées cependant par le vécu personnel). Ai-je alors le droit de modifier davantage ce patrimoine à transmettre en faisant des manipulations génétiques (modifications artificielles) sur des cellules germinales ou sur l'embryon humain (à bien distinguer des manipulations sur les cellules somatiques adultes) ?

Comme tout héritier, je suis responsable du patrimoine génétique reçu mais en suis-je propriétaire ? ou bien, plutôt, dépositaire, co-locataire ? Du reste, le fait que le vécu, les « relations » en particulier, influencent l'héritage, souligne davantage encore le fait que nous ne sommes pas propriétaires de nos gènes. L'unicité génétique est fragile car nous héritons de l'ADN de nos parents, nous sommes dépositaires d'un héritage qu'à notre tour nous transformons par influence épigénétique et que nous allons léguer à nos enfants. On pourrait dire que c'est l'ADN qui nous possède et non pas l'inverse. Le bloc maternel et paternel est bien en partie conservé ; c'est l'organisation et non la matière qui varie.

Dans le don de gamètes, la transmission est anonyme. Mais l'exemple récent de ce jeune homme qui retrouve son père génétique, donneur anonyme de sperme, est signifiant. Grâce au séquençage et aux banques de données, le jeune homme a pu remonter la filière et braver l'anonymat du donneur. Même si le donneur a sans doute pensé bien faire en donnant son sperme, il a, par là, transmis un patrimoine dont il a plus ou moins consciemment pensé qu'il en était propriétaire et qu'il pouvait le donner sans problème. Dépositaire et non pas propriétaire, avons-nous suggéré ? Donner ses gamètes est, en ce sens, bien différent de donner son sang ! Et cette différence est signifiante de l'aspect « patrimonial » ici analysé.

Le transhumanisme dira qu'il faut corriger le génome, non seulement pour réparer, mais aussi pour augmenter l'homme. En fait, les gènes sur lesquels nous pouvons agir dans l'embryon sont extrêmement minoritaires. On ne peut pas considérer les gènes comme une addition de séquences linéaires indépendantes (ils sont en *cis* et non en *trans*). Dans l'évolution génétique, le changement d'un caractère produit la modification de l'autre, par exemple la modification de la rétine a produit une modification du cristallin. Mais avec la méthode CRISPR par exemple, toucher à un gène a des conséquences en cascades car les gènes sont liés et non indépendants. Toucher à un gène, c'est toucher à bien plus qu'à un simple élément d'une chaîne, à un « matériau de base ». Là aussi, l'aspect « transmission du patrimoine » nous rend responsables, de ce que

nous transmettons et de la manière dont nous prenons soin de ce que nous transmettons aux générations futures. Nous ne sommes pas des propriétaires, mais nous sommes appelés à être de fidèles intendants de ce que nous avons reçu, pour en prendre soin, y compris en introduisant d'éventuelles modifications génétiques en vue d'éradiquer une maladie, mais avec un grand sens de notre responsabilité vis-à-vis des générations futures.

5. Question des brevets et indisponibilité du corps humain

Vingt ans après le début du décodage de notre ADN, les brevets sur les gènes humains se sont multipliés. De tels brevets permettent, par exemple, à une compagnie d'avoir l'exclusivité sur la commercialisation d'un test de dépistage pour une maladie génétique. Même si de plus en plus de brevets sont octroyés, les problèmes éthiques, juridiques et scientifiques qui en découlent sont loin d'être réglés.

La question des brevets est censée s'appliquer à une invention, c'est-à-dire à une « solution technique à un problème technique ». Les biotechnologies entrent dans ce cadre, selon la directive européenne 98/44/CE relative à « la protection juridique des inventions biotechnologiques ». Le législateur européen retient ainsi de fait que le mélange entre des propriétés biologiques (comme une voie métabolique par exemple) et ses modifications artificielles (génétiques par exemple) pourra être considéré comme ressortissant de la seule technique. Dans son article 3-1, la directive européenne précise en effet qu'un « produit composé de matière biologique ou en contenant » est brevetable. De plus, selon l'article 3-2, une matière biologique isolée de son environnement naturel est brevetable même « lorsqu'elle préexistait à l'état naturel ». Le texte précise que les « variétés végétales ou animales ainsi que le corps humain *aux différents stades de sa constitution et de son développement* ne sont pas brevetables, mais qu'un élément isolé du corps humain, (...) y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable » (art. 5-1).

Il semble bien que pour le législateur européen, la notion d'*élément isolé* soit fondatrice car elle sépare, si l'on peut dire, le matériel biologique brevetable de l'ensemble du corps. Le corps humain quant à lui, pris dans son entier, qu'il soit embryonnaire ou cloné, ne saurait prétendre à une quelconque brevetabilité (art. 6-2). Cette distinction juridique entre « corps humain » et « élément isolé » a-t-elle vraiment du sens ?

Pour chercher à répondre⁵, on peut considérer le concept de « corps » mis en perspective dans la langue grecque, qui, comme bien souvent, réserve de belles surprises. Le grec en effet connaît trois sens fondamentaux liés à la notion de corps :

- **σάρξ** (*sarx*) : il s'agit de la chair (par opposition à l'esprit) dont on peut décrire des formes précises (les organes, c'est-à-dire les outils). Il s'agit du corps tel que nous l'appréhendons le plus simplement, composé d'éléments en connexion ;
- **σῶμα** : le *soma* est également un mot couramment employé dans le langage habituel mais il est en fait délicat à saisir dans son acception grecque. Il s'agit du corps entier non pensé à partir de ses organes. Le *soma* est une abstraction physique : il représente le corps sans ses propriétés. Ce mot dérive probablement du verbe « sauver » en grec. C'est bien celui que l'on retrouve chez saint Paul avec son *soma pneumatikon* (2 Co 15, 44) ;
- **δέμας** : le mot *démas* a une racine commune avec le grec *domos* ou le latin *domus* (la maison). Ce terme renvoie à l'idée d'une construction ordonnée (comme les briques d'un mur par exemple). Chez Homère, il représente la forme corporelle. Le *démas* est ainsi associé à un ensemble ordonné de briques formant un tout : *sarx* ou *soma*. Cette dernière racine, inusitée dans le langage courant, est extrêmement intéressante car elle saisit l'ordonnancement d'un corps sans que cet ordre soit immédiatement « visible à l'œil nu » comme c'est le cas pour le corps-*sarx*. Nous retrouvons ici la vieille homothétie entre le

⁵ Voir thèse de Vincent GRÉGOIRE-DELORY, université Paul-Sabatier, Toulouse, 2018, sous la direction d'Anne Cambon-Thomsen et Thierry Magnin.

macrokosmos de l'univers et le *microkosmos* représenté par le corps humain (voir Héraclite par exemple).

Ces racines sont intéressantes à considérer car le concept de « biobriques », très prisé en biologie de synthèse où l'on veut fabriquer du vivant artificiel en assemblant ces biobriques, n'est pas sans rappeler celui de *démas*. Nous pourrions même proposer que le législateur européen n'accepte pas d'autoriser des brevets sur le *sarx* ou le *soma*, mais l'accepte sans problème dès lors qu'il s'agit d'éléments constitutifs du *démas*.

Cela pose plusieurs problèmes :

- si un organisme vivant est considéré sous l'angle du *démas*, nous pouvons penser que le tout sera la somme de ses parties. Cela peut être vrai pour un microorganisme constitué de l'association de l'ensemble de ses biobriques par exemple. Nous passerions ainsi progressivement du *démas* au *sarx* dès lors que l'ensemble ordonné de fonctionnalités donne naissance à des organes aux fonctions précises. Alors, si, comme le précise le législateur, il est possible de breveter une brique isolée du *démas*, qu'en serait-il si quelqu'un arrivait à obtenir un brevet sur la totalité des briques ? Le cas peut se poser si nous considérons les recherches actuelles sur le « vivant minimal » (en biologie de synthèse, on cherche un « châssis » génétique minimal pour que le vivant continue de se reproduire et qu'on puisse alors ajouter des biobriques pour le transformer en usine de production, comme on le fait déjà aujourd'hui avec des bactéries ou des levures pour produire des molécules pharmaceutiques). S'il est théoriquement possible de construire un châssis minimal vivant, cela suppose d'en décrire chaque brique comme un élément isolé, donc brevetable ;
- en outre, il s'agit de bien comprendre ce que représente la « somme » des briques ainsi décrites. La métaphore du Lego est très prégnante car elle nous oblige à considérer cette « somme » comme un emboîtement de briques, comme si chaque brique était un « en-soi ». En d'autres termes, si chaque brique est un « en-soi », l'emboîtement représente une *mixis*, c'est-à-dire un mélange par juxtaposition d'éléments non miscibles. Il est dans ce cas toujours possible de séparer les deux éléments mêlés. Le problème de fond est que les biotechnologies nous montrent qu'un organisme vivant incorpore par *kerasis* les modifications qui lui sont soumises. Si nous reprenons la métaphore du Lego, l'association d'un Lego bleu et d'un Lego jaune va changer définitivement la couleur lors du mélange. Ainsi, dans ce cas, l'ensemble mêlé devient à son tour un *élément isolable* et juridiquement brevetable.

Il semble bien que la notion de brevetabilité de matériel biologique repose sur une vision quelque peu naïve de la notion d'élément isolé. Tout se passe comme si le fait d'isoler telle ou telle fonctionnalité relevait d'une *mixis* où il serait toujours possible de distinguer ce qui serait « en soi » brevetable en différenciant clairement le corps pris dans son ensemble (pour l'heure non brevetable) et les briques constitutives *isolées*.

Dès lors qu'une brique isolée et artificiellement modifiée est incorporée au sein d'un organisme vivant, cette brique modifie les propriétés d'autres fonctionnalités. Si l'on ne peut connaître par avance le nombre exact de fonctionnalités définitivement impactées par cet ajout, il est toujours possible d'isoler théoriquement l'ensemble constitué par la *kerasis* de ces fonctionnalités impactées. Cet ensemble-*kerasis* peut tout aussi bien constituer un *élément isolable* donc brevetable.

La notion d'élément isolé est donc bien vague car elle ne ressortit pas d'une limite claire entre les briques constitutives d'un corps-*démas* et le corps-*sarx*. En d'autres termes, le continuum entre les briques du *démas* et la *sarx*, tel qu'il est décrit par les biologistes, ne permet pas de justifier la non-brevetabilité du corps-*sarx* selon la simple catégorie de l'élément isolable. Si, en effet, 100 % des éléments constitutifs d'un corps-*démas* sont isolables, qu'est-ce qui fonderait le refus de breveter l'ensemble ? Il faudrait alors considérer que le tout (corps-*sarx*) est par nature différent de la somme de ses parties (corps-*démas*), mais cela irait à l'encontre de la posture de

réductionnisme de type mécaniste... même si nous savons que le tout est souvent plus que la somme de ses parties.

Maintenir la notion juridique de l'indisponibilité du corps humain revient à saisir le corps-*soma* non comme un simple continuum d'éléments potentiellement isolables (*mixis*) du corps-*démas* mais, au contraire, comme le lieu d'un mélange-*krasis* unique et en relation constituante au sein de son écosystème. Le législateur qui refuse pour l'heure la brevetabilité de corps-*soma* entiers (variétés végétales, races animales ou corps humains) devrait intégrer la notion de mélange-*krasis* dans ses attendus. Mais la tendance à considérer aujourd'hui « le corps en pièces détachées » va dans le sens du *démas* présenté plus haut : et c'est là qu'il y a danger !

6. Le corps humain vu par le droit

6.1. Petite perspective historique

L'entrée du corps humain dans le système juridique est récente. Il est absent du Code civil, où la personne apparaît avant tout comme le sujet de droit apte à consentir, c'est-à-dire doté de raison et de volonté, mais dépourvu de réalité concrète. C'est d'abord dans le droit pénal que la dimension charnelle de la personne est prise en compte. Les crimes et délits contre la personne sont pour l'essentiel des atteintes à l'intégrité physique des individus. En droit civil, le corps émerge à la vie juridique à travers le contrat médical, qui requiert que soit obtenu avant toute intervention ou traitement le consentement dûment informé du malade⁶. Jean-René Binet a par ailleurs montré que, dès la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence a explicité les trois conditions qui définissent la licéité des recherches médicales⁷ : elles ne peuvent être entreprises que dans l'intérêt thérapeutique du patient lui-même, l'attente de progrès scientifiques ne pouvant en être qu'un objectif accessoire ; elles doivent être menées avec prudence en conformité avec les données acquises de la science ; elles ne peuvent être entreprises qu'avec le consentement préalable du sujet. Ces trois conditions — primauté de la personne, nécessité de minimiser les risques, consentement préalable — montrent que, dès le début, le droit du corps humain se construit sur une vision personnifiée de celui-ci : un corps sujet⁸.

Après la Seconde Guerre mondiale et les crimes qui l'ont accompagnée apparaît la nécessité d'affirmer solennellement des principes qui avaient pu sembler jusque-là s'imposer unanimement sans avoir besoin d'être explicités. Sur le thème du « plus jamais ça », le besoin se fait sentir en effet de garantir à toute personne, en tous temps et en tous lieux, la protection de ses droits fondamentaux. Sous l'égide des Nations unies est élaborée une charte internationale des droits, adoptée le 10 décembre 1948, qui affirme « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine », fondement ultime des droits reconnus à tout être humain. Ce n'est pas un hasard si, à la même époque, la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, en date du 23 mai 1949, commence par ces mots : « La dignité des êtres humains est intangible ». Or, si elle ne se limite pas, bien sûr, à l'intégrité physique, la dignité comporte une dimension corporelle. Le respect du corps humain, la primauté de la personne dans sa réalité concrète, l'interdiction de la réduire à l'état d'une chose que l'on pourrait utiliser pour une fin autre que son propre intérêt, voire à l'état de marchandise, en sont partie intégrante. C'est ainsi par exemple que le pacte international pour les droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966, y rattache l'interdiction de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique (art. 7).

Mais ce sont surtout les progrès spectaculaires des biotechnologies à la fin du XX^e siècle qui provoquent une réorientation radicale du droit. On peut désormais aider à la procréation, décider de la mort ou de la vie des individus, manipuler les gènes de la personne. L'emprise croissante de

⁶ Req. 28 janvier 1942, Teyssier, DC 1942.63.

⁷ Civ. 20 mai 1936, Mercier, DP 1936.88.

⁸ Jean-René BINET, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, 2017, n° 26.

la technique emporte un risque majeur de réification et même de marchandisation du corps, et au-delà de la personne dont il est le support. C'est dans ce contexte que s'inscrivent les lois dites bioéthiques du 29 juillet 1994, et plus spécialement la loi n° 94-653 relative au respect du corps humain, qui fait entrer la protection du corps dans le droit des personnes. Incontestablement, c'est une nouvelle vision de celles-ci que nous renvoie désormais le Code civil. À une conception abstraite et rationnelle du sujet succède une vision concrète de l'homme comme être de chair et de sang. Or, cette perspective nouvelle souligne que le corps n'est autre que la personne elle-même. Il la constitue dans son identité singulière et dans sa dignité d'être humain. L'article 16 du Code civil proclame : « *la loi assure la primauté de la personne* » et enchaîne immédiatement « *chacun a droit au respect de son corps* ». Ainsi la primauté de la personne et le respect de son corps forment-ils une seule et même règle. L'un est la condition, ou l'expression, de l'autre. C'est dire que les articles 16 et suivants du Code civil confirment sans ambiguïté cette vision d'un corps qui est l'expression de la personne, celle du corps sujet.

6.2. Corps objet ou corps sujet ?

Pour autant, la nature du lien qui unit la personne à son corps est aujourd'hui débattue. Or, elle conditionne l'analyse des pouvoirs que chacun exerce sur lui-même et les limites qui peuvent leur être assignées. L'idée se fait jour que nous pourrions être propriétaire de notre propre corps⁹. Dans cette perspective, le corps humain se présente comme une réalité matérielle qui peut être distinguée de la personne dont il est le support. Ainsi considéré, il peut être perçu comme une chose susceptible d'appropriation. Cette théorie part, si l'on peut dire, d'un bon sentiment. En première analyse, la propriété se révèle en effet un moyen efficace de protection. Par son caractère exclusif et absolu, elle assure l'inviolabilité du corps contre toute atteinte susceptible de venir d'un tiers, et la plénitude de la maîtrise dont nous sommes investis sur notre enveloppe charnelle. Mais elle laisse au contraire sans réponse la question des limites : jusqu'où peut-on disposer de soi ? À vrai dire, la réponse ne peut se trouver que dans l'instrument, familier aux juristes, de l'ordre public, qui vient restreindre la liberté contractuelle mais dont l'inconvénient réside dans une très grande malléabilité, et dans le concept de l'extra-commercialité du corps.

Cette doctrine d'un droit de propriété que nous exercerions sur notre propre corps suscite cependant une objection fondamentale : celle de l'absence d'altérité¹⁰. La propriété suppose une distance entre le propriétaire et la chose qui lui appartient, entre le sujet et l'objet. Or, il n'y a pas de distance entre mon corps et moi. Singulier rapport, écrit Carbonnier, où le sujet est confondu avec l'objet. Allant plus loin, on pourrait dire que la fonction même de la propriété dans le système juridique est de créer un lien entre la personne du propriétaire et ses biens. Or, on ne comprend pas pourquoi il faudrait passer par cet intermédiaire pour donner naissance à un lien entre la personne et son corps, tant celui-ci est consubstantiel à celle-là. C'est au contraire la séparation de l'un et de l'autre qui est impossible à penser. Elle devient toutefois parfaitement pensable quand on raisonne, non plus sur le corps pris dans son intégrité, mais sur des éléments qui en ont été détachés. Ce qui permet de comprendre que l'on peut donner son sang ou un organe. Alors qu'on ne peut évidemment pas s'aliéner soi-même. C'est sans doute ici que s'insère la question des gènes. Dans quelle mesure les gènes peuvent-ils être séparés de la personne ? Peut-on y voir un élément détachable du corps humain ? Ces questions rejoignent celles de l'indisponibilité du corps humain, comme cela a été abordé dans les paragraphes précédents du présent article.

⁹ Thierry REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTDCiv.* 2017, p. 587.

¹⁰ Jacques FIERENS, « Critique de l'idée de propriété du corps humain ou le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige », *Les Cahiers de droit*, 2000, p. 384.

6.3. Un principe controversé : l'indisponibilité du corps humain

C'est une observation souvent faite que ce principe d'indisponibilité n'est nulle part inscrit dans la loi. En soi, la remarque est de faible portée. Tout n'est pas écrit dans la loi, et l'indisponibilité du corps n'est qu'une figure de l'indisponibilité de la personne, laquelle peut difficilement être mise en doute. Dans tous les pays occidentaux, le droit s'organise autour de la distinction des personnes et des choses. Seules les choses sont objet d'échanges économiques et juridiques. Les personnes sont soustraites à l'emprise du marché : elles sont hors commerce. À ce titre, le corps humain, qui n'est pas une chose et relève du droit des personnes, est en dehors du commerce juridique et ne peut — sauf exceptions prévues par la loi — faire l'objet de conventions. On sait que ce principe a été consacré à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Sur ce fondement, elle a déclaré nulles les conventions dites de mère porteuse¹¹. La Cour s'appuie sur l'article 1128 ancien du Code civil, selon lequel « *seules les choses qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet de convention* ». La référence peut paraître paradoxale. Pour restreindre le pouvoir des volontés individuelles sur le corps, l'arrêt le qualifie, implicitement mais nécessairement, de chose. En quelque sorte, il le sacralise tout en le réifiant. Par ailleurs, il faut bien reconnaître que le principe d'indisponibilité laisse en dehors de son champ de multiples conventions dont le corps fait l'objet et que nul ne songe à déclarer illicites. Les conventions de recherche et d'expérimentation médicales sur l'homme, encadrées par la loi mais admises dans des conditions toujours plus larges, le prélèvement d'organes, dont le champ lui aussi s'élargit toujours plus loin, les opérations destinées à rendre possible le changement de sexe, la stérilisation volontaire à fins contraceptives, le tatouage, le *piercing* et le *body art* en sont autant d'exemples. La multiplication de ces conventions et la libéralisation de leurs conditions font apparaître que le principe d'indisponibilité court le risque d'être submergé par les exceptions qu'il supporte.

En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a dégagé, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, un principe d'autonomie personnelle difficilement compatible avec le celui de l'indisponibilité du corps¹². Selon elle en effet, l'autonomie personnelle inclut le droit de disposer de son corps, en ce compris la possibilité de s'adonner à des activités moralement ou physiquement dommageables ou dangereuses pour sa personne. Tout se passe ainsi comme si le pouvoir de disposer de soi-même se présentait comme la pointe extrême de la liberté, qui n'impliquerait qu'un rapport de soi à soi dans lequel la société ne serait en rien engagée, de sorte que la loi n'aurait aucune légitimité à venir la restreindre. Pourtant, la loi n'hésite pas à nous imposer le port d'une ceinture de sécurité. Pourtant, l'expérience a depuis longtemps été faite dans d'autres domaines du droit, tels que le droit du travail ou celui de la consommation, que, pour reprendre une formule de Lacordaire, « *entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui libère* ».

Ce sont dans doute les raisons pour lesquelles la loi du 25 juillet 1994 n'a pas voulu reprendre explicitement le principe d'indisponibilité du corps humain. Toutefois, il n'est pas impossible de soutenir qu'elle le consacre implicitement, en continuité avec le droit antérieur tel qu'il était issu de la jurisprudence¹³. Les principes énoncés à l'article 16 du Code civil — le respect dû au corps, son inviolabilité, sa non-patrimonialité — concourent indirectement à en assurer l'indisponibilité,

¹¹ Ass plén civ. 31 mai 1991, *Bull.* n° 4 : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». *Adde Civ.* 1^{re} 29 juin 1994, *Bull.* n° 226.

¹² CEDH 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni* (suicide assisté) : « *Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8... La faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* ». V. aussi CEDH 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique* (pratiques sadomasochistes) : « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* ».

¹³ Sur cette analyse, voir Jean-René BINET, *op. cit.*, n° 279.

tout en organisant la circulation des éléments qui en ont été détachés. Il faut y ajouter le principe de dignité de la personne humaine, en ce qu'il constitue le fondement premier de la protection due au corps.

6.4. Le modèle français : non-patrimonialité et gratuité

Selon l'article 16-3 du Code civil, ni le corps humain ni ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Plus loin, l'article 16-5 poursuit : « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain et à ses produits sont nulles.* » Comme son nom l'indique, la non-patrimonialité signifie que le corps demeure en dehors du patrimoine. Paradoxalement, elle se révèle plus large en même temps que moins rigide que l'indisponibilité qu'elle relaie. Elle ne vaut pas seulement pour le corps lui-même, mais aussi pour les éléments et produits qui en sont issus. Même séparés, ceux-ci conservent l'empreinte de leur humanité, ce qui interdit de leur assigner un prix. En réalité, la non-patrimonialité prétend réaliser une conciliation, ou en tout cas parvenir à un point d'équilibre, entre des objectifs contradictoires : assurer la circulation des éléments et produits du corps en réponse à une attente sociale qui y voit la promesse de progrès thérapeutiques ou scientifiques, tout en protégeant la personne de la tentation de marchander son corps en l'aliénant, si l'on ose dire, en pièces détachées. Elle permet de consacrer l'utilisation du corps humain au bénéfice de la société tout en évitant les dérives mercantiles. Le corollaire de la non-patrimonialité, c'est en effet que si des conventions sont possibles, c'est à la condition qu'elles soient gratuites. Le corps se donne mais ne se vend pas¹⁴. Ainsi échappe-t-il, pense-t-on, à la pression du marché. De nombreuses dispositions légales précisent ainsi que toutes les opérations que la loi autorise sur le corps humain sont exclusives de toute rémunération. C'est ce qui est dit à l'article 16-6 : « *Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci.* » La même prohibition est répétée par le Code de la santé publique à propos des recherches biomédicales, des prélèvements d'organe, du don de sang ou de gamètes (art. 1211-4, 1121-11, 1221-1). Elle est assortie de sanctions pénales (art. 511-2 à 5 du Code pénal). Au demeurant, ces dispositions mettent en œuvre un principe qui figure, quoique dans une formulation moins précise, dans la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine signée le 4 avril 1997 et ratifiée par la France le 13 décembre 2011, dite convention d'Oviedo, déjà abordée plus haut : « *le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, sources de profit* » (art. 21). Notons que, bien que consacré par les conventions internationales, ce principe de gratuité est loin d'être unanimement reconnu par toutes les législations. Il fait partie d'un modèle « éthique » français.

Cette exigence de gratuité mérite au demeurant d'être explicitée. Il y a lieu d'observer en effet que, lorsque la loi autorise le don des éléments et produits du corps, elle s'abstient soigneusement d'employer un langage contractuel. Une donation est un contrat entre un donateur et un donataire qui accepte l'avantage qui lui est consenti. Le don de gamètes ou de sang, même s'il est sans contrepartie, n'est pas une donation puisqu'il n'établit aucune relation entre le donneur et le receveur. L'anonymat qui, pour prévenir tout trafic, complète la gratuité du don dans le domaine corporel s'y oppose absolument. Ainsi le don d'un élément ou d'un produit du corps humain n'est-il pas à proprement parler une libéralité, c'est-à-dire un acte inspiré par une « intention libérale », autrement dit la volonté de préférer autrui à soi-même. Il correspond plutôt à l'intention de répondre à un devoir de solidarité qui s'adresse moins à la personne du receveur qu'à la société tout entière : une sorte de pacte social relatif à l'utilisation du corps humain. Certains auteurs n'hésitent pas à reconnaître dans ce double principe de non-patrimonialité et de gratuité le signe de la « sacralité » du corps, une sacralité qui certes ne serait pas religieuse mais en

¹⁴ Anne-Blandine CAIRE, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité des éléments et produits du corps humain », *RDSS* 2015, p. 865 ; Jean-Baptiste PERRIER, « La gratuité des éléments du corps humain », *RLDC* 2013, n° 110.

souligne la valeur ontologique. Si le corps est tenu en dehors du patrimoine, ce n'est pas par l'effet d'une décision de la loi, c'est en raison de sa nature intrinsèque. La gratuité apparaît alors comme la reconnaissance que le corps, pas plus que la personne, ne peut avoir de prix¹⁵.

Pourtant le principe de gratuité est lui-même aujourd'hui remis en question. On lui reproche son hypocrisie et son incohérence logique : un compromis sans idée directrice¹⁶. Mais surtout, on lui reproche de n'être qu'une vaste illusion par laquelle nous nous donnons aisément bonne conscience. Dans la réalité, on ne peut éviter de voir que le corps humain est d'ores et déjà devenu l'objet d'un vaste marché. En effet, la gratuité ne s'impose qu'au donneur. Une fois qu'il s'est séparé de son sang ou de ses cellules, ces produits deviennent des biens quelconques qui peuvent être cédés et employés à des fins industrielles, grâce auxquelles des multinationales réalisent d'immenses profits. En France même, la règle est aisée à contourner en un clic, qu'il s'agisse de se procurer des gamètes ou des ovocytes. Or, si l'exploitation du vivant est licite, il n'est pas évident de comprendre pourquoi le donneur ne peut y être intéressé. Présenté comme un principe absolu et la sauvegarde de l'éthique, le principe de gratuité risque de se révéler un bien faible rempart contre l'emprise croissante du marché¹⁷.

6.5. L'avènement du principe de dignité

La dignité n'est évidemment pas un concept nouveau en droit. Il figure dans de nombreux textes internationaux¹⁸ ou européens¹⁹. Toutefois, dans ces déclarations, qui n'ont pas de caractère immédiatement contraignant, elle n'apparaît pas comme une notion juridique opératoire, mais plutôt comme un principe métajuridique qui inspire tous les droits reconnus aux êtres humains en raison même de leur humanité et en constitue le fondement.

En droit français, c'est avec loi n° 94-653 déjà citée du 29 juillet 1994 que le vocable de dignité fait son entrée dans le Code civil. L'article 16 de ce code énonce : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Dans sa décision du 27 juillet 1994²⁰, le Conseil constitutionnel précise le contenu de ce concept : la sauvegarde de la dignité de la personne humaine est ce qui la protège contre toute forme d'asservissement et de dégradation. La reliant au préambule de la Constitution de 1946, le Conseil y reconnaît un principe à valeur constitutionnelle. Dans le même temps, il lui rattache l'ensemble des principes posés par la loi pour assurer la protection de la personne humaine et de son corps. Selon cette décision, la primauté de la personne, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain, ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine, tendent à assurer la sauvegarde de la dignité de

¹⁵ Sur cette analyse, voir Anne-Blandine CAIRE, *loc. cit.*

¹⁶ Raymond MARTIN, « Personne, corps et volonté », *D.* 2000, 505 ; Geneviève KOUBI, « La gratuité en droit de la santé », *RDSS*, 1999, p. 1.

¹⁷ Christine LASSALAS, « Le juriste se trouva fort dépourvu quand l'ère de la bioéconomie fut venue », *LPA* 2017, n° 259, p. 6. Anne LEBORGNE et Dominique GOUBAU, « La vigueur du principe de gratuité des éléments du corps humain », *RLDC* 2013, n° 110.

¹⁸ La déclaration universelle des droits de l'homme commence par ces mots : « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde...* » (Préambule). L'énoncé est repris dans l'article 1^{er} : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ». Une formulation exactement semblable se retrouve en exergue des pactes internationaux sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques et sociaux adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966, qui poursuivent : « *ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine* ». Elle se retrouve aussi en préambule de la convention de New York sur les droits de l'enfant (20 novembre 1989).

¹⁹ En particulier, la charte européenne des droits fondamentaux proclamée le 7 décembre 2000 par les présidents des trois institutions de l'Union européenne (Parlement, Conseil et Commission) : « *L'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité* », et dans son article 1^{er} : « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ».

²⁰ Cons. const. 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC bioéthique.

la personne²¹. Ce qui permet d'y reconnaître un principe matriciel, en ce qu'il est source d'autres droits dont la protection est nécessaire pour assurer l'effectivité du principe lui-même²².

À la même époque, ce même principe est solennellement consacré par la convention d'Oviedo, qui fait du respect de la dignité de l'être humain dans ses rapports avec la biologie son principal objectif, ainsi que le souligne son titre²³. Cette convention est ainsi le premier instrument international contraignant qui protège la dignité de la personne humaine contre l'impérialisme du progrès scientifique. Parallèlement, la Cour européenne des droits de l'homme, tout en constatant que le concept de dignité n'apparaît nulle part dans la convention européenne de sauvegarde de ces mêmes droits, n'en a pas moins jugé qu'elle est, comme la liberté, « *de l'essence de la convention*²⁴ ».

Dès lors qu'elle est explicitement consacrée par des textes juridiquement contraignants, la dignité change de statut. Elle n'est plus seulement un principe qui surplombe l'ensemble du système juridique et lui donne son sens, elle devient une notion juridique directement opératoire, ce qui signifie qu'elle fait elle-même l'objet d'un droit invocable devant les tribunaux²⁵. Pour autant, elle ne peut pas être réduite à être un droit comme un autre ou un droit parmi d'autres. En effet, elle forme le fondement premier de tous les droits, et en particulier des droits de l'homme²⁶. Il est vrai que définir le contenu de ce principe n'est pas aisé. Toutefois, sa signification première est claire. Il interdit la réification de l'être humain et son asservissement à des fins qui lui seraient étrangères. Ainsi, quelque légitimes que puissent apparaître certains des objectifs poursuivis, tels que l'espérance de progrès thérapeutiques ou scientifiques, ni la personne ni son corps ne peuvent être réduits à l'état d'instruments. Même pour soigner, l'homme n'est pas un réservoir de pièces détachées. Pour permettre la réalisation d'un projet parental, la femme n'est pas un corps à louer²⁷.

La caractéristique du principe de dignité est donc d'être absolu et indérogeable. Indérogeable par le législateur puisqu'il est revêtu d'une valeur constitutionnelle, indérogeable par les volontés

²¹ Ce qui signifie que, sans énoncer elles-mêmes des principes à valeur constitutionnelle, cet ensemble de règles bénéficie indirectement d'une protection constitutionnelle.

²² Bertrand MATHIEU, « Pour la reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, 211.

²³ Le titre complet de la convention est en effet : Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Elle énonce dans le préambule : « *Convaincu(e)s de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité, conscient(e)s des actes qui pourraient mettre en danger la dignité humaine par un usage impropre de la biologie et de la médecine* » ; elle poursuit dans son article 1^{er} : « *les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* », puis dans son article 2 : « *L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science* ».

²⁴ CEDH 22 novembre 1995, C.R. c. Royaume-Uni, 27 mars 1996, Goodwin c. Royaume-Uni.

²⁵ Sur ce point, voir Muriel FABRE-MAGNAN, « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits* 2013, p. 167. Adde, « La dignité en droit : un axiome », *RIEJ* 2007, p. 1 ; Méлина DOUCHY-OU DOT, « La dignité de la personne en tant qu'être humain », *RLDC* 2010, n° 72.

²⁶ Le recueil des explications relatives à chacun des articles de la charte des droits fondamentaux, préparé par le bureau de la Convention, est particulièrement explicite : « *La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 établit ce principe dans son préambule : "considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde." Il en résulte, notamment, qu'aucun des droits inscrits dans cette charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits dans cette charte. Il ne peut donc y être porté atteinte, même en cas de limitation d'un droit* ».

²⁷ On peut également relever que la Cour de justice des communautés européennes s'est appuyée sur les principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'homme pour juger que l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales doit être exclue de la brevetabilité, réaffirmant que le corps humain, dans toutes les phases de son développement, cellules germinales comprises... n'est pas brevetable. CJCE 18 octobre 2011, C-34/10.

particulières. La dignité de l'être humain dépasse en effet celle de chaque personne en particulier. Elle est celle de l'humanité en général, dans la mesure où nous en sommes tous membres. Elle repose sur cette idée que chacun d'entre nous est porteur d'une parcelle d'humanité dont il est comptable envers la condition humaine tout entière. Il en résulte qu'on ne peut y renoncer, ni pour les autres ni pour soi-même. Elle se révèle ainsi être un devoir autant qu'un droit. Elle doit être respectée dans chaque personne, y compris en nous-mêmes, parce que du regard que nous portons sur notre propre humanité dépend le regard que nous portons sur l'humanité des autres. C'est pourquoi on peut voir dans le principe de dignité le contrepoint devenu indispensable à l'évolution du système juridique qui, sous l'effet d'un certain emballement des droits de l'homme, n'est plus centré que sur l'individu et délégitime tous les interdits²⁸.

Cependant, si solennel qu'il paraisse dans la multiplicité des textes qui le proclament, le principe de dignité lui-même n'est pas à l'abri de débats et de compréhensions très différentes. Certains lui reprochent d'être « liberticide », une sorte de retour de l'ordre moral. Le célèbre arrêt du Conseil d'État qui, au nom du respect de la dignité de l'être humain, avait interdit l'attraction du « lancer de nain », alors même que lui-même protestait contre l'interdiction d'une activité qui lui procurait des ressources, en est un bon exemple²⁹. Pour ces auteurs, il n'y a rien au-delà de la personne singulière, et l'idée d'une dignité partagée par tous les sujets humains est un pur fantasme. Dans cette lecture, la pointe extrême de la dignité de la personne s'exprime dans l'exercice de sa liberté. Il n'y a donc aucune légitimité à vouloir limiter la liberté de l'individu au nom d'une prétendue dignité qui lui serait supérieure. Ainsi, la protection contre l'instrumentalisation de la personne au service de causes ou d'intérêts divers ne peut résider que dans son seul consentement, justification ultime de toutes les atteintes qu'on pourrait lui porter. Une servitude volontaire n'est plus une servitude.

D'autres soulignent au contraire le risque qu'il y a à ériger la dignité en un droit autonome, une règle de droit positif parmi d'autres, plutôt que de lui laisser son statut de principe sous-jacent qui forme à la fois « le fondement de tous les droits et l'horizon ultime du droit³⁰ ». En effet, dès lors qu'elle devient l'objet d'un droit propre, elle court le risque de sa banalisation : un droit parmi d'autres et à égalité avec d'autres, et de sa mise en balance avec d'autres droits ou intérêts, tels que la liberté d'expression par exemple ou même les libertés économiques garanties par le Traité de Rome³¹.

Bref, le principe de dignité se présente aujourd'hui comme le dernier rempart contre l'instrumentalisation de l'être humain et la marchandisation du vivant³². Il risque cependant de se révéler à son tour un rempart bien fragile contre l'emprise toujours plus forte de la technique et du marché.

7. Éthique du corps

7.1. Des variations dualistes à la transcendance de la chair

Le corps a toujours été pensé, dans l'histoire des idées philosophiques, en référence à une autre instance ; l'âme, la conscience, l'esprit, le sujet, se trouvant pris dans des variations dualistes contrastées voire contradictoires. De Platon et Aristote à Plotin, de Descartes à plusieurs moments phénoménologiques contemporains, ainsi que l'a montré autrefois Claude Bruaire avec

²⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *art. précité*.

²⁹ CE 27 octobre 1995, n° 136727, commune de Morsang-sur-Orge, *Rev.* n° 2.

³⁰ Muriel FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*

³¹ La dignité de la personne humaine a ainsi été mise en balance avec la liberté de la presse, dans l'arrêt Érignac, Civ. 1^{re}, 20 octobre 200, *Bull.* n° 249, et avec la liberté des prestations de service dans l'Union par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt Omega : CJCE 14 octobre 2004, Omega Gbmh c. Ville de Bonn, C-36/02

³² En ce sens, notamment à propos de la protection due à l'embryon en tant qu'il est un être humain, voir Bertrand MATHIEU, « Recherche sur l'embryon : une jurisprudence en demi-teinte », *JCPG*. 2015, 1560.

une force inédite³³, l'intelligibilité du corps a été déterminée par une conception de l'absolu et, corrélativement, par une conception du salut. « Tombeau de l'âme » (*Gorgias*, 493 b) — Platon en attribuait le trait à un pythagoricien —, obstacle au « bien » et à la « vérité » (*Phédon*, 66 b-e), le corps s'est trouvé exclu d'un salut où le *theos* n'a guère de rapport avec le monde. Chez Spinoza, lui aussi initiateur d'une doctrine du salut, le corps tout comme l'être personnel est en quelque sorte dilué dans un divin vorace. Quant à Descartes, le corps y est un objet superposé à un sujet libre qui lui est ainsi étranger et qui ne trouve d'états, dans l'assomption de son doute, que dans l'assurance d'un Dieu éternel. Le dualisme sartrien de l'en-soi et du pour-soi, qui prolonge le dualisme cartésien de la liberté-sujet et du corps-objet, ne parvient pas à surmonter l'opposition entre mon corps saisi dans ma subjectivité et mon corps saisi par autrui, pas plus qu'il n'évite, sous mon regard, la réduction d'autrui à son corps. Le dualisme établi par Merleau-Ponty entre le corps-sujet et le corps-pour-autrui s'inscrivent paradoxalement dans cette longue histoire d'un partage au bénéfice d'un sujet finalement dépositaire des traits de l'absolu.

Heidegger a pu ainsi écrire au cours des années 1960 que « toute la science moderne est elle aussi fondée sur le fait que l'être humain se pose lui-même en tant que le sujet qui donne la mesure, et pour lequel tout étant explorable devient objet. Quant au fondement de cette métamorphose, il faut la chercher dans une transformation décisive de l'essence de la vérité en certitude à la suite de quoi l'étant vrai endosse le caractère de l'objectivité [*Objektivität*]³⁴ ». De la situation métaphysique ainsi standardisée provient l'indétermination dans laquelle ont été laissés les concepts d'un autre dualisme contemporain pourtant largement exploité : « psyché » et « soma ». Qu'on songe en effet à l'impasse dans laquelle ils nous placent dès lors qu'on s'interroge sur la nature des liens censés les unir. Ces liens sont-ils quelque chose de psychique ou quelque chose de somatique, ou bien ni l'un ni l'autre ? : « Le corps est-il quelque chose de somatique ou quelque chose de psychique ? Ou bien ni l'un ni l'autre³⁵ ? ». Heidegger mettait ainsi en cause le critère à l'aide duquel un certain professeur Hegglin, médecin psychiatre, défendait l'idée selon laquelle est somatique ce qui est mesurable et psychique ce qui « s'intuitionne ». Exemple : le deuil ne se laisse pas mesurer ; en revanche, sur le versant somatique, les larmes se laissent mesurer. Heidegger ressaisissait avec une certaine ironie un tel exemple en faisant observer qu'on ne mesure pas/jamais les larmes, que l'on mesure plutôt un nez et des gouttes, non point des larmes. Celles-ci ne sont comme telles ni somatiques seulement, ni psychiques seulement. L'étude du phénomène de « rougissement », rougeur de la honte ou bien rougeur de la fièvre, porte à former un diagnostic identique qui ne renvoie ni au somatique ni au psychique. C'est là un « phénomène » de la chair que Heidegger, prolongeant sa critique de l'intentionnalité husserlienne, entend penser comme tel et qui ressortit à un ordre : « Le phénomène de la chair ne peut venir au jour qu'après et après seulement que l'être-au-monde est expressément expérimenté dans le dépassement critique de la relation sujet/objet qui a jusqu'à présent donné la mesure³⁶ ».

C'est à partir d'un tel renversement que la phénoménologie radicale « contre-intentionnelle » de Michel Henry a voulu promouvoir, dans l'inspiration de Maine de Biran, une ontologie de la vie « sensuelle » faisant droit à l'altérité de sa matérialité. La « subjectivité », de constituante, devait alors s'éprouver comme constituée ; ou encore : l'intentionnalité n'est plus « actée » par le sujet mais le sujet est lui-même acté, porté par une intentionnalité antécédente qui l'affecte. « Loin donc que l'analyse du corps puisse devenir celle de la chair et le principe de son explication, c'est le contraire qui est vrai : seule notre chair nous permet de connaître (...) quelque chose comme un corps ». Ce renversement vise à rejeter une sorte de précellence des sciences expérimentales du corps, la biologie en premier lieu. Celui qui ne sait que le pâtir de la chair, la souffrance ou la

³³ Claude BRUAIRE, *Philosophie du corps*, 1968.

³⁴ Martin HEIDEGGER, *Zollikoner Seminare*, 1959-1969, éd. Klostermann, p. 123.

³⁵ *Ibid.*, p. 121.

³⁶ *Ibid.*, p. 122.

joie, en « sait probablement beaucoup plus que qu'un esprit omniscient, placé au terme du développement idéal de la science³⁷ ».

Ces travaux récents, qui contestent aussi bien la relégation que la subordination séculaire du corps, placent devant l'exigence de penser ensemble la transcendance de la liberté du sujet qu'aucun corps ne peut ultimement contraindre et la transcendance de la chair qu'aucun pouvoir subjectif ne peut totalement constituer.

Nous en arrivons ainsi à cette première conclusion : *l'indisponibilité du corps*, de facto et de jure, est induite par la transcendance de la chair dont celui-ci procède. Une telle transcendance doit être elle-même pensée en alliance avec la liberté d'un sujet.

7.2. Métaphysique de l'immémorial

Mais cette liberté, absolue du sujet si elle n'est *pas sans* la transcendance de la chair, est en dette à l'égard de ce qui l'antécède et l'excède.

Aujourd'hui, les questions bioéthiques se traduisent largement par une homologation éthique, sans recul, des produits de la raison objectivante. Le chercheur, voué à découvrir voire à résoudre les énigmes de la matière, et à la maîtriser, s'y trouve ainsi promu, à ses dépens, prophète de la conduite sociétale. Le médecin, voué au « guérir » et au « soulager », est sollicité dans le cadre d'une demande politique orientée depuis deux siècles par les constructions de l'idéologie progressive. Or, la méthode de la science expérimentale, si elle fournit au scientifique des indications dans l'ordre du respect voire de l'émerveillement, ne saurait guère prétendre comme telle, sinon abusivement, au discernement éthique quant à l'essence et le devenir du vivant, humain ou animal. Parce qu'elles n'ont point compétence pour dire la vérité sur le destin des êtres, ni la raison politique, ni la raison juridique ne peuvent sans transgression déontologique occuper ici centralement le champ des décisions.

Mais les confusions se sont installées entre l'épistémologique et l'ontologique ; elles signalent un court-circuit épistémologique, laissant dans l'indétermination les présupposés métaphysiques à l'œuvre aussi bien dans le discours de science que dans les choix éthiques. La question principale alors posée concerne la nature même de la puissance initiatrice des recherches génétiques, qui n'est rien ni de scientifique ni de technique. La prise en compte d'une telle exigence fonde l'exigence de discours de régulation non pas sur ces recherches qui, comme telles, ne souffrent et ne souffriront jamais aucune limite, si ce n'est financière, mais sur la puissance anarchique de leurs effets. Concrètement, c'est le passage de la *découverte génétique* à la *transformation génétique* qui exige l'élaboration d'une éthique de la limite. L'épistémologie appelle ainsi une éthique de la décision dont les fondements ne sont ni épistémologiques ni éthiques, mais relèvent de la métaphysique.

Celle-ci ne tient pas seulement au caractère *in fine* mystérieux de la recherche scientifique et de ses objets, mais au fondement même de toute réflexion humaine. Ainsi le travail sur la mémoire génétique se trouve d'abord confronté à ce que Schelling et toute une tradition métaphysique ont pu appeler « l'immémorial ». La provenance biologique et psychologique de l'humain ne relève pas du discours biologique ou psychologique, elle porte à considérer dans les données qui nous *font* et nous *entourent* un excès fondateur qui appelle d'abord, comme disait Ricoeur, la « reconnaissance ». C'est de là qu'il convient d'apprécier la technique pour ce qu'elle est, loin des mythes anciens, tel celui de Prométhée qui en attribuait la cause directement aux dieux, et à l'écart des naïvetés trop partagées, notamment celle d'une neutralité de la technique que Heidegger, bien avant tant d'autres, avait, dans un texte célèbre, dénoncée (*La Question de la technique*, 1953).

En effet, la technique est indissociable de la double volonté d'objectivation et de maîtrise : objectivation du savoir et maîtrise de son exploitation. Elle n'a ainsi d'elle-même aucune éthique, seulement, mais gravement, une visée intrinsèquement « dominatrice » qu'il convient non pas de récuser ou d'accuser, mais, précisément, de remettre à son plan. Les progrès exponentiels dans le

³⁷ Michel HENRY, *Incarnation*, Seuil, Paris, 2000, p. 10.

domaine de l'intelligence artificielle, qui bouleversent déjà les pratiques médicales autant que les gestes humains les plus quotidiens, et nourrissent dangereusement les illusions transhumanistes, tendent, conformément à l'essence de la technique, à reléguer, voire oublier tout geste de reconnaissance ontologique et à disqualifier toute exercice fidèle à son inspiration.

Par exemple, le diagnostic et le traitement médical opérés par *ordinateur* peuvent certes aider au diagnostic et au traitement *humains* de la maladie ; ils ne les remplaceront cependant jamais (voir le cas du docteur Desgrandchamps). Ainsi se pose la question qui ne se résume certes pas au débat superficiel entre technophiles et technophobes, mais qui met en jeu le problème hautement difficile d'une articulation entre le patrimoine humain mystérieux encore à peine exploré, la puissance d'objectivation que la technique accumule en s'y adossant mais sans déclaration de dette, et le miracle permanent de la liberté subjective.

Michel Foucault (cours au Collège de France, 1983), s'efforçait de repenser la technique et son destin à partir de la dialectique socratique du souci de soi et du souci de l'autre ; mais il omettait de la relier à la transcendance du Bien, si chère à Platon, qui justement signifiait le respect de l'antécédence mystérieuse. C'est sans doute ce vocable perdu qui est à retrouver : la transcendance qui définit l'être humain non pas sur une base simplement démocratique mais qui fait à celui-ci obligation de se laisser instruire en amont, par les indications de la nature elle-même, paradoxalement donnée comme une force constante de création.

Nous en arrivons ainsi à une seconde conclusion, dont l'inspiration fondamentale, venant de Schelling, traverse singulièrement les œuvres immenses de Kierkegaard et de Rosenzweig : *le corps est porteur d'un immémorial qui, comme tel, fait le sujet humain par l'alliance de sa liberté absolue avec la transcendance de sa chair.*

Conclusions

Il manque à la conceptualisation du corps une articulation avec la transcendance de la chair. Si le corps est objectivable, la chair, qui lui donne sens et forme, dans la liberté d'un sujet libre, ne l'est pas. C'est ainsi une incontournable alliance à laquelle conduit une éthique du corps : entre ce qui, en lui, en vertu de sa matérialité, se livre à la manipulation — telle est sa fragilité —, et ce qui le constitue librement, à la fois spirituellement et charnellement — telle est sa force.

Le second type d'alliance — entre l'immémorial inaccessible de l'engendrement et la mémoire saisissable de la factualité historique — ne saurait être biffé sans que soit aussitôt entrevu le risque réel d'abîmer le prodige de la destinée humaine.

Ainsi, à la question « nos gènes nous appartiennent-ils ? », nous répondons que nous en sommes plus « héritiers et locataires » que propriétaires. Il en va de même pour notre corps, qui n'est pas une somme de pièces détachées. Devant les enjeux technologiques et bioéthiques de la manipulation de ces gènes, cette posture de « locataires et d'intendants » nous invite plus que jamais à considérer les conséquences de ces manipulations sur les générations futures, selon le principe de dignité explicité plus haut, selon le principe d'indisponibilité du corps humain (*corps-soma*) précédemment souligné et celui de responsabilité (Hans Jonas), pour une « vie authentiquement humaine » à protéger.

P. Thierry MAGNIN.
Edgardo CAROSELLA.
Yvonne FLOUR.
Chantal DELSOL.
P. Philippe CAPELLE-DUMONT.

