

L'EMBRYO-TECNOLOGIE OU DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA PERSONNE HUMAINE

PAR

Pierre DAUCHY

Maître de Conférences à l'Université d'Amiens

Depuis son origine, notre civilisation occidentale s'est interrogée sur le statut juridique des personnes, c'est-à-dire sur « l'ensemble des règles juridiques concernant l'état et la capacité des personnes » (Guillien et Vincent : *Lexique de termes juridiques*). Mais le droit a progressivement abandonné la maîtrise des critères selon lesquels un être humain peut être soumis audit statut juridique. Sur le plan collectif d'abord, les *metekoi*, *xenoi*, barbares, esclaves n'ont jamais été totalement privés d'une forme de statut, tandis que notre droit actuel des étrangers repose sur une assimilation aux nationaux accordée ou refusée plutôt que sur une logique de l'exclusion, ceci en rapport avec les nombreuses conventions internationales qui promeuvent précisément la notion de communauté internationale englobant tous les êtres humains en tant que personnes juridiques.

Sur le plan individuel ensuite, et hormis l'institution curieuse de la mort civile, aujourd'hui disparue, (laquelle d'ailleurs n'impliquait pas le dépouillement de tout statut juridique), il semble que le droit se soit déchargé sur les sciences humaines pour lui fournir les critères indiquant l'existence d'une personne humaine. Notre droit, sous la pression kantienne, a adopté un modèle de sujet de droit universel et abstrait (le *bonus paterfamilias*, le sujet conscient, libre et diligent) auquel il reconnaît plein statut juridique. Les cas particuliers : absence, démence, minorité, dépouille mortelle, sont régis par amoindrissement ou modification de ce qu'on peut appeler le statut juridique personnel de base, qui est en même

temps le plus complet. S'il s'agit d'apprécier de façon concrète les droits et devoirs d'un individu, on se tourne alors vers la sociologie ou la psychologie (sociologie du divorce, de la famille..., rôle des psychologues auprès de la DDASS ou du juge des enfants, analyse des psychiatres pour les instances pénales).

En d'autres termes, la question de la nature de la personne humaine n'est pas posée juridiquement. Nous entendons ici nature comme ensemble des caractères, des propriétés qui définissent l'être humain. Dans ce domaine, le droit a donné mandat aux sciences humaines de l'informer, d'où le développement énorme des sciences annexes au droit. Pourtant, lorsqu'il s'agit de construire un système de normes applicables à une entité juridique, la plupart de nos manuels ne nous enseignent-ils pas qu'il faut d'abord la qualifier, en rechercher la nature juridique avant de lui assigner un statut ? Et l'être humain n'est-il pas le premier sujet de droits et de devoirs ?

Cette attitude s'explique par le kantisme qui nous fournit un sujet surgi tout armé du crâne du philosophe, sujet libre, rationnel, diligent, à la valeur infinie (cf. le « pathos » des Droits de l'Homme). Rien de plus clair ici que le rôle de la philosophie comme inspiratrice du droit.

Mais tout se complique lorsque les sciences humaines, agissant en quelque sorte en dehors des limites de leur mandat, deviennent des sciences expérimentales débouchant sur des technologies. Elles viennent alors, par un effet de retour, questionner le droit, voire le mettre en difficulté, à moins — on le verra plus loin — qu'une solution « miraculeuse » propose un kantisme biologique alliant philosophie, droit et science dans une optique somme toute assez traditionnelle. En dehors des problèmes, devenus classiques mais toujours irrésolus, de l'expérimentation humaine, de la définition de la mort (avec le corrélat de l'acharnement thérapeutique), les questions nouvellement posées tiennent précisément à la nature de la personne humaine et portent sur deux thèmes essentiels : le moment où elle apparaît (critères d'existence liés par certains scientifiques, par exemple, à la réaction spontanée du fœtus à un stimulus externe), la possibilité même de changer la nature humaine (manipulations génétiques). C'est assez dire que la science, devenue lieu d'interrogation, ne peut plus fournir de certitude au droit, qui se trouve interpellé à son tour, et qui ne peut répondre, puisque, on vient de le dire, le droit a raisonné à partir de la notion d'homme fait pour descendre par retranchement vers les marges de la nature humaine (raisonnement du type centre → périphérie). Le blocage est donc total.

Dans une telle situation, les principaux pays occidentaux se sont tournés vers une troisième instance de réflexion : la morale et la philosophie morale, en instituant les (trop) fameux comités d'éthique. Mais de nouveau force est de constater que chaque culture possède une philosophie morale ambiante, qui dicte plus ou moins les choix effectués, encore qu'ils n'aient pas été enfantés sans douleur. A grands traits, — et sans surprise —, on peut remarquer que les conceptions dans la famille romano-germanique sont surtout inspirées par le kantisme dominant,

tandis que l'utilitarisme, très développé dans les pays anglo-saxons depuis Stuart Mill et Bentham, s'y fait entendre beaucoup plus hautement. Quoiqu'on en dise, des accents peuvent s'en retrouver même et y compris dans le rapport Warnock : « Nous ne voulons pas que se crée une situation dans laquelle des embryons humains seraient utilisés sans nécessité et à la légère pour la recherche, mais nous ne négligeons pas le fait que les progrès obtenus dans le traitement de la stérilité (...) n'auraient pu avoir lieu sans les recherches ; et que la poursuite régulière des recherches est essentielle pour faire progresser les traitements et les connaissances médicales. Une majorité d'entre nous a donc approuvé la poursuite de la recherche sur les embryons humains » (traduction publiée par la Documentation Française, p. 101).

Ceci ne va pas sans déchirements. La morale kantienne et la morale utilitariste, pour antinomiques qu'elles soient, apparaissent en effet comme les deux seules solutions possibles (voir Tom L. Beauchamp : *Philosophical Ethics*, Mc Graw-Hill 1982). Nous entendons : solutions objectives. Une troisième possibilité est la morale de la vertu, prônée par Aristote : elle suppose que le choix moral soit effectué dans la concrétude par un individu responsable et conscient des valeurs ; à l'heure actuelle seul un Jacques Testard a osé prendre une telle position, et encore à usage personnel. En brouillant ainsi les cartes, il s'est à la fois rendu inaccessible et importun. On ne s'est pas fait faute de le lui reprocher.

Reste donc le kantisme et l'utilitarisme. Dans le kantisme : « Le principe suprême ou loi morale est le principe fondamental que l'on reconnaît (consciemment ou inconsciemment) chaque fois que l'on accepte une action ou un jugement comme étant notre devoir moral. Ce principe s'énonce : « Je ne dois jamais agir si ce n'est de telle manière que je puisse également vouloir que ma *maxime devienne une loi universelle* » (...) Kant appelle lui-même ce principe impératif catégorique (Tom L. Beauchamp, *op. cit.*, p. 121). Au contraire : « Les utilitaristes nous invitent à considérer toute la question ou la fonction de la moralité comme une institution sociale, où le terme moralité est compris comme incluant toutes nos règles communes de justice et la vie morale. Le but de l'institution de la moralité, selon eux, est de promouvoir le bien-être humain en minimisant les atteintes et en maximisant les avantages. Il n'y aurait aucune raison d'avoir des codes et des conceptions moraux à moins qu'ils ne servent ce but. Ils considèrent les règles, ou du moins le principe d'utilité, comme le moyen en vue de la protection des droits individuels et de la préservation de larges objectifs sociaux. De quelle autre manière, demande l'utilitariste, pourrait-on à la fin justifier les exigences du point de vue moral si ce n'est par référence au but de la promotion du bien-être humain et de la prévention du mal ? » (Tom L. Beauchamp, *op. cit.*, p. 104).

L'utilitarisme trouve un argument de choix dans les brèches déjà pratiquées dans la morale kantienne : comme le dit avec vigueur John Harris, dès lors que l'on autorise l'avortement pourquoi ne pas utiliser les « produits » de l'avortement si cela peut sauver des vies humaines,

plutôt que de les jeter à la poubelle (« There is no moral virtue in killing or allowing embryos to die when they could rather be used to benefit us all and there is less virtue in allowing human cadavers to go to waste, when we could, with say transplantation orders or the like, save very many lives », *The Value of Life*, Routledge & Kegan Paul, 1985, p. 123). Les indications médicales pour de telles utilisations se multiplient (voir Lettre n° 7 du Comité national d'éthique). Mais les kantien(ne)s ne se font pas faute d'évoquer l'argument de la pente glissante : de proche en proche, de l'utilisation d'opportunités (avortement, prélèvement d'organes sur des cadavres), on en arrive à la création desdites opportunités (cultures d'embryons). Inversement, les kantien(ne)s se trouvent pris dans le filet de leurs propres arguments : si la vie humaine est un bien suprême, pourquoi ne pas tout tenter pour la sauver, fût-ce au prix d'une vie déjà condamnée ?

Au vrai le conflit entre les deux morales n'est pas clairement exprimé. Aussi il est source d'une « schizophrénie » dans l'esprit des « sages » avec tentative corollaire de concilier des points de vue opposés. C'est bien ce qui nous semble être le cas avec l'avis du Comité national d'éthique français qui a mis en avant la notion centrale de *personne humaine potentielle* (*Les procréations artificielles. Rapport au Premier ministre*, La Documentation Française, 1986, p. 58). De façon très symptomatique, le Comité note que « ce *postulat* paraît recueillir l'adhésion de plusieurs courants de pensée, religieux et laïques » (*ibidem*, c'est nous qui soulignons). A notre avis, cette formulation n'a pas de sens. En reprenant le célèbre aphorisme de Parménide : « L'être est, et le non-être n'est pas », on pourrait dire qu'une personne humaine est, et qu'elle a tous les attributs de la nature humaine, ou bien qu'elle n'est pas. Pas encore, nous dira-t-on ; mais le droit, à de rares exceptions près, ne prend pas en considération les êtres futurs.

On nous opposera une seconde ligne de défense en disant qu'à défaut d'être justifié logiquement, le concept de personne humaine potentielle est à finalité pratique : il s'agirait de protéger l'embryon, en en faisant autre chose qu'un objet susceptible d'entrer dans le commerce. Mais est-on bien sûr du résultat ? Certes, en proclamant que l'embryon est une personne, on lui confère l'infinie dignité de l'être humain postulée par Kant. Mais on ruine aussitôt l'effort en ajoutant l'adjectif « potentielle » car cela implique une gradation dans l'accession à la nature de personne humaine. Il y aurait donc des degrés dans l'humanité, et dans ce cas pourquoi ne pourrait-on pas sacrifier une potentialité lorsqu'il s'agit de sauver un être humain accompli ? On voit que cette notion vide de personne humaine potentielle permet en fait d'articuler les morales kantienne et utilitariste : si l'on retient du syntagme personne humaine potentielle les deux premiers termes de personne humaine, on se situe dans l'optique kantienne, si l'on retient le premier et le dernier terme (« personne potentielle »), on ouvre la porte à l'utilitarisme. Est-ce à dire que consciemment ou inconsciemment on tente de modérer une morale par l'autre ? Ce serait une illusion car, chacune ayant sa dynamique propre, la personne humaine potentielle se trouvera rapidement écartelée

en ses deux composantes. La structure agencée autour du concept vide de personne humaine potentielle n'est pas fonctionnelle.

Quelles solutions proposer alors ? Elles sont soit de type moniste et s'appuient sur un seul principe constitutif soit le type dualiste et en admettent deux.

Les solutions monistes sont multiples. L'on peut d'abord choisir une morale et une seule. Le clan des utilitaristes est bien représenté par l'ouvrage précité de John Harris, professeur à l'Université de Manchester. La position kantienne est particulièrement nette dans l'Eglise catholique (cf. notamment *Le don de la vie. Le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation. Réponses à quelques questions d'actualité. Instructions de la Congrégation pour la Doctrine de la Foi*, 22 février 1987). Mais chaque morale a des conséquences pratiques telles qu'un consensus ne peut se dégager, témoin la résistance aux positions papales sur la contraception ou l'avortement.

On peut aussi essayer de transcender la morale pour trouver un fondement plus solide dans la science. C'est le tout-biologique proposé par Edward O. Wilson, chantre de la sociologie pour qui l'ensemble des manifestations culturelles (y compris le droit) est une superstructure de la biologie génétique : « Par un usage judicieux des méthodes et des idées de la neurobiologie, de l'éthologie et de la sociobiologie, on peut établir les fondements convenables des sciences sociales, et combler ainsi la discontinuité qui sépare encore les sciences naturelles des sciences sociales et des humanités » (Edward O. Wilson : *L'humaine nature. Essai de sociobiologie*, Stock, Paris, 1979, pp. 277-278). Si, comme le dit Edward O. Wilson, nos gènes nous gouvernent en tant qu'individus et travaillent au travers de nous à leur plus grande expansion, pourquoi ne pas favoriser tout ce qui est utile aux gènes ? (utilitarisme biologique). Mais on peut aussi alors se demander pourquoi les CECOS manquent de donneurs, que leurs gènes devraient pourtant pousser en ces lieux. Surtout, il est curieux de voir le courant sociobiologique pratiquer un réductionnisme scientifique « très XIX^e siècle » et aujourd'hui abandonné par la science physique qui en a été l'initiateur (cf. Paul Scheurer : *Révolutions de la science et permanence du réel*, PUF, 1979 ; Mario Bunge : *Philosophie de la physique*, Seuil, 1975, et plus récemment les ouvrages d'Henri Atlan).

Ou bien encore le droit peut effectuer un repli sur lui-même et dans l'impossibilité d'obtenir un consensus suffisant, procéder par fictions juridiques, comme il l'a fait par exemple jusqu'à présent en matière de date de conception (voir à ce sujet *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, Woodland, thèse Paris II, 1981). Ne nous a-t-on pas présenté la personne humaine potentielle comme une telle fiction ? Et le gros avantage ne serait-il pas d'effectuer la toilette du droit naturel moderne, individualiste et rationnel, dont le sujet — devenu introuvable — serait fourni par la notion biologique de code génétique ? Il n'y a pas personne humaine potentielle avant la fusion des gamètes, mais la personne humaine potentielle apparaît dès cette fusion car un code génétique

unique, propre à un individu et un seul, est créé. On en arrive à un kantisme biologique. Ainsi les choses seraient-elles relativement simples lorsqu'on réfléchit sur bioéthique et individu. Restent toutes les difficultés apparues dans la réflexion sur bioéthique et famille, car là il s'agit de situer les individus dans leur contexte social naturel et il ne semble pas qu'on puisse faire l'économie du droit naturel classique aristotélicien.

Les solutions dualistes reposent sur une tentative de conciliation de la morale kantienne et de la morale utilitariste. Le dernier essai d'ampleur accompli en ce sens l'a été par John Rawls (*Théorie de la justice*, Seuil, Paris, 1987). La doctrine de John Rawls est une doctrine du contrat social, mise au point à partir non pas de l'état de nature des classiques, mais de ce qu'il appelle « position originelle », dans laquelle les individus sont contraints de fixer les normes sociales et morales, sans avoir à leur disposition de connaissances quant à leur statut futur dans la société, ni sur les biens qu'ils peuvent recevoir (thème du « voile d'ignorance »). En conséquence les principes moraux sont posés de manière autonome, sans référence au vécu et aux désirs de chacun, et antérieurement à la prise en considération de la notion de bien. Ce sont donc des principes généraux rationnels, extérieurs à la science et à la technique (principe de liberté et de différence). Dans cette mesure, Rawls est kantien, mais il aborde également l'idée de bien suprême qui est le respect de soi, le projet de vie à accomplir, déterminé librement, avec confiance dans les moyens de l'atteindre. Le plus grand bien est réalisé par l'adoption des principes de liberté et de différence. En ce sens l'utilitarisme, la recherche du plus grand bien commun, n'est pas oublié, mais il est second par rapport à la morale de type kantien : John Rawls introduit ici une hiérarchie, absente dans la notion de personne humaine potentielle.

Et justement ici serait peut-être le lieu de sauver la notion de personne humaine potentielle. Mais il s'agirait d'une notion forte : personne qui a vocation à se réaliser elle-même par déroulement de son programme génétique et ultérieurement prise en main consciente de son existence, et non d'une personne humaine potentielle faible dont la réalisation serait essentiellement subordonnée à des éléments extérieurs. Une telle personne humaine potentielle, déjà individu par son code génétique, ne pourrait-elle pas participer au contrat social rawlsien, par représentation en quelque sorte ? Elle aussi aurait droit à la liberté, à la différence et au bien suprême. Toute perturbation, toute amputation s'analyserait de la même façon que le don d'organe d'un adulte ou l'expérimentation sur des adultes par exemple. Avec cette différence que c'est la volonté des représentants de l'embryon qu'il faudrait consulter. Quid des embryons surnuméraires, et qui les représentera ? Leur géniteurs biologiques, assurément. Ne pourrait-on pas s'inspirer du droit de la propriété littéraire et artistique ? Après tout on protège bien les logiciels d'ordinateurs, alors pourquoi pas les codes génétiques ?

Une dernière réflexion. Si l'on ne connaît pas l'essence de l'embryon (à savoir s'il est investi ou non de la nature humaine), reste le fait avéré de son existence. Peut-on fonder une morale sur l'existence ? Il nous

semble que oui. John Rawls ne part-il pas lui-même du soi, placé dans un statut d'indétermination maximale (voile d'ignorance) ? La tension vers une existence à parfaire, à compléter n'est-elle pas maximale chez l'embryon ? L'argument de la potentialité, de négatif qu'il était car dénotant un amoindrissement de la dignité humaine de l'embryon, devient alors positif en ce qu'il postule qu'il y a un devoir à laisser un être s'accomplir : « L'erreur de bien des philosophes du passé aura consisté à considérer les valeurs comme si elles pouvaient être désincarnées, alors que ce qui compte, c'est la façon dont elles peuvent s'insérer dans l'existence, car c'est ainsi seulement qu'elles peuvent apparaître dans leur authenticité » (Gabriel Marcel, texte inédit présenté par Jeanne Parain-Vial dans *Gabriel Marcel et les niveaux de l'expérience*, Seghers, 1966, p. 175). On retrouve ici le principe de plénitude déjà présent chez Aristote et qui reçoit sa consécration chez Spinoza, principe selon lequel toute potentialité d'existence doit s'accomplir (cf. Arthur O. Lovejoy : *The Great Chain of Being*, Harper, New York, 1960).