

## BIOÉTHIQUE

Comment légiférer de façon adéquate sur l'embryon sans savoir ce qu'il est ? Au fil des lois de bioéthique, le législateur a renoncé à résoudre la question du statut de l'embryon considérée comme insoluble et systématiquement écartée du débat. En réalité, la complexité n'est qu'apparente, et la solution relève surtout de la volonté politique. Alors que le rapporteur de la mission parlementaire sur la révision de la loi de bioéthique, Jean Leonetti, vient de présenter ses propositions, la révision législative qui approche sera-t-elle, enfin, l'occasion d'aborder cette question première et seule à même de donner à la loi la cohérence qui lui fait jusqu'ici cruellement défaut ?

99

# Statut de l'embryon, la question interdite !



Par AUDE MIRKOVIC

S

Aude Mirkovic est maître de conférences en droit privé à l'université d'Evry, Centre Léon Duguit

**1 - Statut et nature.** - Il n'est pas anodin de poser une question telle que celle du statut de l'embryon. Pareille interrogation commande en effet de s'interroger sur sa nature. Car, si le statut de l'embryon est composé des règles qui lui sont applicables, il ne peut s'agir d'un ensemble de dispositions juxtaposées mais d'un corps de règles cohérent découlant de ce qu'est l'intéressé, c'est-à-dire de sa nature. Si l'embryon n'a pas de statut en droit français c'est parce que la question de sa nature n'est pas réglée, autrement dit parce que le législateur ne sait pas ce qu'est un embryon.

**2 - Personne ou chose.** - Dire ce qu'est l'embryon revient à rechercher s'il est une personne. C'est la *summa divisio* car il existe les personnes et... le reste, les choses, le terme de choses ne devant pas être compris de façon péjorative mais seulement comme désignant « ce qui n'est pas une personne ». Il n'existe pas d'intermédiaire entre la personne et la chose, de demi-personnes ni de personnes à 80 % ou à 120 %. C'est pourquoi qualifier l'embryon de personne humaine potentiellement<sup>1</sup>, de projet de personne ou de personne humaine en devenir<sup>2</sup> ne résout rien car, finalement, il faut traiter l'embryon comme une personne, ou pas. Les propositions visant à dépasser l'alternative personne-chose en consacrant un statut à part pour l'embryon

<sup>1</sup> CCNE (*Comité consultatif national d'éthique*), Avis n° 1, 22 mai 1984.

<sup>2</sup> OPECST (*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*), *L'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, 20 nov. 2008, t. 1, p. 182.

sont vouées à l'échec car, dès lors que le statut de l'embryon n'est pas un statut de personne, la catégorie « embryons » ne sera jamais qu'une sous catégorie de la catégorie « choses » qui est résiduelle et a vocation à comprendre tout ce qui n'est pas personne. La Cour de cassation semble s'être engagée dans cette voie, lorsqu'elle déclare que « le régime juridique [de l'enfant à naître] relève de textes particuliers sur l'embryon ou le foetus »<sup>3</sup>. Pourtant, un statut intermédiaire ne peut être qu'un artifice. Il ne serait en fait qu'un statut particulier au sein de la catégorie des non-personnes, c'est-à-dire des choses.

**3 - Personne et personnalité juridique.** - La confusion qui caractérise le statut (ou l'absence de statut) de l'embryon est en partie liée à ce que la question est souvent abordée en termes de personnalité juridique. Or, l'embryon n'a pas la personnalité juridique en droit français, car la personnalité juridique s'acquiert à la naissance. Si la personnalité juridique peut remonter à la conception, en vertu de l'adage *Infans conceptus*, c'est un mécanisme rétroactif qui ne joue qu'à partir de la naissance et ne confère pas à l'embryon de personnalité juridique actuelle. L'embryon n'est donc pas une personne juridique, mais la catégorie des personnes ne se réduit pas à celle des sujets de droit, ainsi qu'en témoigne l'exemple historique des esclaves. Les esclaves n'étaient pas des personnes juridiques, mais qui prétendra qu'ils n'étaient pas des personnes humaines ? La loi du 24 avril 1833 les désignait en effet sous le terme de « *personnes non libres* » et la chambre criminelle, dans un célèbre arrêt du 8 février 1839, précisa que cette loi avait « formellement rangé les esclaves dans la classe des personnes ». En droit positif, une personne déclarée disparue par jugement n'a plus de personnalité juridique, mais n'en demeure pas moins évidemment une personne si elle est en réalité toujours vivante. Un premier pas pour donner à l'embryon le statut qu'il n'a pas consiste donc à rétablir chacune des personnalités dans son ordre : l'embryon peut bien ne pas avoir la personnalité juridique, cela ne l'empêche pas d'appartenir à la classe des personnes. Il lui suffit pour cela d'être une personne humaine, une personne *tout court*.

**4 - Le législateur ne sait pas si l'embryon est une personne ou non, et cette question première, dont tout découle et qui seule peut donner sa cohérence au statut, est systématiquement mise de côté (1). N'étant jamais abordée, elle ne risque pas d'être résolue, alors qu'il serait tout à fait possible de donner à l'embryon le statut auquel il a droit (2).**

3 Cass. ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 : *JurisData* n° 2001-010321 ; Bull. civ. 2001, ass. plén. n° 8 ; JCP G 2001, II, 10569, rapp. P. Sargas, concl. J. Sainte-Rose et note M.-L. Rassat ; RTD civ. 2001, p. 560, note J. Hauser ; D. 2001, p. 2907, note J. Pradel ; Droit et patrimoine nov. 2001, p. 99, note G. Loiseau.

4 JO 30 juill. 1994, p. 11056.

5 JO 7 août 2004, p. 14040 ; A. Dorsner-Dolivet : *JCP* G 2004, I, 172.

6 J.-F. Mattei, *La vie en question, pour une éthique biomédicale*, Rapport à M. le Premier ministre, 15 nov. 1993 : *La Doc. fr.*, coll. Rapports officiels, 1994, p. 92.

7 Rapp. CE, *La révision des lois de bioéthique*, mai 2009, p. 12.

8 B. Kouchner : *JOAN CR*, 19 nov. 1992, 1<sup>re</sup> séance, p. 5727.

9 J. Clerckx, *L'embryon humain. Le législateur, le début de vie et la loi relative à la bioéthique* : RD publ. 2006, p. 737.

10 CA Lyon, 7<sup>e</sup> ch. 15 mai 1996, cité par Cass. crim., 2 sept. 1997, n° 96-84.100, non publié.

## 1. Une question systématiquement mise de côté

5 - Législateur et juges affichent clairement leur volonté de se pas se prononcer sur la question de la nature de l'embryon. Pourtant, cette tentative de neutralité est illusoire car ils sont obligés de prendre parti (A). C'est pourquoi, à défaut d'être abordée de front, la question reçoit au cas par cas des solutions contradictoires et incohérentes (B).

### A. - Une illusoire volonté de neutralité

6 - Les législateurs de 1994 (L. n° 94-653, 29 juill. 1994)<sup>4</sup> comme de 2004 (L. n° 2004-800, 6 août 2004)<sup>5</sup> ont pris soin de ne pas aborder la question de la nature de l'embryon, suivant en cela la recommandation unanime des rapports législatifs « de ne pas aborder l'impossible statut de l'embryon »<sup>6</sup>. Et le Conseil d'État de renchérir, dans son rapport sur la révision à venir de la loi de bioéthique : « dire qui est l'embryon ou ce qu'il est relève de l'impossibilité »<sup>7</sup>. Il est pour le moins risqué d'adopter des règles concernant l'embryon sans savoir de qui ou de quoi il s'agit. En outre, cette neutralité est illusoire car les règles concernant l'embryon révèlent, implicitement mais nécessairement, ce pour quoi on le tient. Le ministre de la Santé l'avait clairement dit à l'époque des premières lois de bioéthique : « chacun admet que ce n'est pas à la loi de définir la vie. Il est indéniable pourtant que cette loi reflète notre conception de l'homme »<sup>8</sup>. C'est pourquoi, « bien que laissant en apparence la question en suspens, (...) le législateur en est venu par son silence embarrassé à trancher malgré tout »<sup>9</sup>.

7 - Les juges emboîtent le pas au législateur et estiment qu'il ne leur incombe nullement « de se prononcer sur le statut de l'embryon ou de l'enfant à naître, ni de fixer le point de départ de la vie, notions sur lesquelles les plus hautes autorités philosophiques, morales et scientifiques ne parviennent pas à se rassembler »<sup>10</sup>. Pourtant, les juges qualifient l'embryon chaque fois qu'ils appliquent ou, au contraire, refusent d'appliquer à l'enfant conçu un texte relatif à l'être humain, la personne ou la personne humaine.

8 - Il est donc inévitable de qualifier l'embryon mais, la question n'étant pas abordée de front, elle reçoit au cas par cas des réponses contradictoires.

**Dès lors que le statut de l'embryon n'est pas un statut de personne, la catégorie « embryons » ne sera jamais qu'une sous catégorie de la catégorie « choses » qui est résiduelle et a vocation à comprendre tout ce qui n'est pas personne.**

## B. - L'incohérence résultant de cette attitude

**9 - La loi est incohérente.** - De nombreuses dispositions de droit positif concernent les embryons. Il n'en résulte pourtant pour eux aucun statut car ces règles sont incohérentes : certaines dispositions légales réservent à l'embryon le traitement des personnes, mais d'autres sont incompatibles avec une telle qualité. La recherche sur l'embryon illustre bien cette contradiction. La recherche peut être autorisée à titre dérogatoire si elle ouvre la perspective de progrès thérapeutiques majeurs et ne peut pas être menée autrement. En outre, des embryons ne peuvent être fabriqués pour la recherche, et seuls peuvent être utilisés des embryons conçus pour la procréation médicalement assistée ne faisant plus l'objet d'un projet parental (*C. santé publ., art. L. 2151-5*). Or, si l'embryon n'est pas une personne, ces restrictions n'ont pas lieu d'être et entravent inutilement la recherche. En revanche, si l'embryon doit être traité comme une personne, ces précautions, si exigeantes soient-elles, n'en sont pas moins insuffisantes puisque l'embryon est sacrifié à la recherche. La loi est donc incohérente car l'embryon est traité tantôt comme une personne, tantôt comme s'il n'en était pas une.

**10 - La jurisprudence est incohérente.** - Certaines juridictions appliquent le droit des personnes à l'enfant conçu, d'autres non. Pour autant, « même quand l'embryon n'est pas considéré comme une personne à part entière, il n'est généralement pas défini comme une chose »<sup>11</sup>. C'est pourquoi, après avoir écarté le droit des personnes, les juges répugnent à faire application du droit des biens, ce qui conduit à reléguer l'embryon dans une authentique zone de non-droit. C'est ainsi que certaines cours d'appel écartent tout simplement l'application de l'article 122-7 du Code pénal, en vertu duquel l'état de nécessité justifie de commettre une infraction pour la sauvegarde d'une personne ou d'un bien. La cour d'appel de Versailles, après avoir rejeté la qualification de personne, rejette également celle de bien et en conclut que « ce texte ne peut recevoir application »<sup>12</sup>. C'est encore ainsi que la cour administrative d'appel de Douai, af-

firmant que les embryons décongelés par erreur ne sont ni des êtres humains (des personnes) ni des produits humains (des choses), en déduit que la perte des embryons, en soi, ne génère pas de préjudice. Seule l'existence d'un projet parental permettrait d'obtenir réparation, non pas directement pour la perte de l'embryon, mais en raison de l'atteinte portée au projet parental<sup>13</sup>.

11 - Quant à la Cour de cassation, elle reconnaît l'embryon comme une personne pour la sauvegarde de laquelle l'état de nécessité de l'article 122-7 justifie de commettre une infraction<sup>14</sup>. Elle lui applique la Convention EDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>15</sup> et, pourtant, elle refuse de qualifier l'atteinte involontaire à sa vie d'homicide involontaire<sup>16</sup>. Finalement, l'enfant conçu peut être déclaré à l'état civil<sup>17</sup>, faire l'objet de funérailles, recevoir des prénoms, être inscrit sur le livret de famille (*DD. n° 2008-798 et n° 2008-800, 20 août 2008*)<sup>18</sup> mais l'atteinte involontaire à sa vie ne constitue pas un homicide involontaire ! Le salut ne viendra pas de la Cour EDH, laquelle estime que la définition de la personne et la question de savoir si l'embryon en est une relève de la marge d'appréciation des Etats<sup>19</sup>. Curieux droits de l'homme dont le bénéficiaire peut ainsi varier d'un État à l'autre ! Avec Bertrand Pauvert, on en vient à se poser cette question paradoxale : « quel homme pour les droits de l'homme ? »<sup>20</sup>.

12 - Il est d'autant plus regrettable que la question du statut de l'embryon ne soit pas abordée qu'il est, en réalité, tout à fait possible de lui donner une réponse.

## 2. Une réponse possible à trouver

13 - Le législateur refuse d'aborder la question du statut de l'embryon car il veut laisser chacun libre d'avoir sa propre opinion sur ce point (A). Pourtant l'embryon n'a-t-il pas droit à un statut fondé, non pas sur l'opinion des uns et des autres, mais sur ce qu'il est ? (B)

11 Rapp. CE, préc. note (7), p. 12.

12 CA Versailles, 8 mars 1996, cité par Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81.889 ; Bull. crim. 1997, n° 158.

13 CAA Douai, 6 déc. 2005 : Dr. famille 2006, étude 14, J.-R. Binet.

14 Cass. crim., 27 nov. 1996, n° 96-80.223 et n° 95-85.118, 2 arrêts : JurisData n° 1996-004701 ; JurisData n° 1996-005683 ; Bull. crim. 1996, n° 431. - Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81.889 et n° 96-81.462, 2 arrêts : JurisData n° 1997-002449 ; JurisData n° 1997-002448 ; Bull. crim. 1997, n° 158 et 168. - Cass. crim., 31 janv. 1996, n° 95-81.319 : JurisData n° 1996-000289 ; Bull. crim. 1996, n° 57 ; JCP

G 1996, II, 22713, note A. Dorsner-Dolivet.

15 Cass. crim., 27 nov. 1996, 2 arrêts préc. note (14). - Cass. crim., 5 mai 1997, 2 arrêts, préc. note (14).

16 Cass. ass. plén., 29 juin 2001, préc. note (3).

17 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 févr. 2008, n° 06-16.498 : JurisData n° 2008-042654 ; JCP G 2008, II, 10045, note G. Loiseau ; Dr. famille 2008, comm. 34, note P. Murat ; Défrénois 2008, art. 38753, note J. Massip ; D. 2008, p. 1862, obs. G. Roujou de Boubée et D. Vigneau.

18 JO 22 août 2008, p. 13144 et 13145 ; JCP N 2008, 611, obs. J.-R. Binet.

19 CEDH, 8 juill. 2004, Vo c/ France : RGDM 2004, n° 14, p. 197, note A. Bertrand-Mirkovic. - CEDH, 7 mars 2006, Evans c/ Royaume-Uni : RTD civ. 2006, p. 255, note J.-P. Marguénaud. - CEDH, gr. ch., 10 avr. 2007, Evans c/ Royaume-Uni : D. 2007, p. 1202, note C. Delaporte-Carré ; RTD civ. 2007, p. 295, note J.-P. Marguénaud.

20 B. Pauvert, *Quel homme pour les droits de l'homme ? Les droits de l'homme au risque de la bioéthique*, in *Fondations et naissances des droits de l'homme*, dir. J. Ferrand et H. Petit : L'Harmattan, 2003, p. 203.

## A. - La nature de l'embryon n'est pas une question d'opinion

14 - Le législateur ne veut pas se prononcer sur la nature de l'embryon parce qu'il estime que cette question relève du choix personnel, subjectif, que chacun fait en conscience. La Cour EDH relaie la même idée que nous sommes dans une sphère « qui touche à des questions de croyance sur la nature de la vie humaine »<sup>21</sup>. Le législateur voulant laisser chacun libre de faire ce choix, le seul moyen de trouver une règle commune est de dégager un consensus sur le statut de l'embryon. Or, un tel consensus étant impossible à trouver, on renonce à trancher la question.

15 - D'où vient donc cette idée que la nature de l'embryon relève du choix, individuel ou collectif (le consensus) ? Pourquoi penser que la qualité de personne, qui s'impose comme telle dès lors qu'il s'agit des individus nés, se discute lorsqu'il s'agit de l'embryon ?

16 - L'ambiguité du mot personne n'y est certainement pas pour rien. Ce terme évoque à la fois la personne humaine, être réel, et la personnalité juridique, concept juridique abstrait. Or, ces deux acceptations du mot personne présentent une différence essentielle : la qualité de personne humaine est intrinsèque aux individus : un être est, ou n'est pas, une personne humaine par nature, et non pas parce que la loi lui attribue ou lui dénie cette qualité. La personnalité juridique, au contraire, est une qualité attribuée aux individus par le droit, aujourd'hui à tout être humain né vivant et viable. L'emploi indifférencié du terme de personne conduit souvent à s'interroger sur l'application du régime de la personnalité juridique, qui est un régime d'attribution, dans un domaine où seule la qualité de personne humaine est en cause. Or, si l'on peut effectivement s'interroger sur l'opportunité d'attribuer ou non la personnalité juridique à l'embryon, en ce qui concerne sa qualité de personne humaine, il n'y a rien à attribuer mais seulement à constater, en recherchant si l'embryon est, ou n'est pas, une personne humaine.

17 - **Constater et non pas décider.** - Donner un statut à l'embryon suppose finalement de rechercher ce qu'il est et, dans le même temps, de renoncer à vouloir le décider. Le consensus sur la nature de l'embryon, outre le fait qu'il est introuvable, est un objectif insuffisant : il ne s'agit pas de se mettre d'accord sur ce qu'est l'embryon, mais de rechercher ce qu'il est. Cette recherche n'est pas évidente, et comporte sans doute un risque d'erreur. Mais c'est là le lot de toute connaissance humaine et, au moins, la loi se voudrait

fondée sur la réalité et non pas sur une option qui s'avoue elle-même n'être qu'un avis parmi d'autres. En effet, le législateur qui prétend que la nature de l'embryon relève de l'opinion finit par fonder la loi sur une option qui n'a aucune prétention à l'objectivité ! C'est ainsi que la Commission des affaires culturelles, lors de la révision des lois bioéthiques, explique qu'elle « a adopté 79 amendements au texte du Sénat, permettant de clarifier un certain nombre de points importants. Pour autant, elle ne prétend pas s'être ainsi rapprochée de la vérité s'agissant de sujets à la fois si essentiels et difficiles, car touchant à la vie »<sup>22</sup>. Si elle ne s'est pas rapprochée de la vérité, c'est-à-dire de la réalité, de ce qu'est l'embryon, de quoi s'est-elle donc rapprochée pour fonder la norme qui s'imposera à tous ?

18 - Le débat aurait donc beaucoup à gagner à ce que sa finalité soit redéfinie : il ne s'agit pas de se mettre d'accord sur ce qu'est l'embryon, mais de rechercher ce qu'il est. Qu'est-ce donc qu'un embryon ?

## B. - Qu'est-ce qu'un embryon ?

19 - Un premier élément de réponse relève de l'évidence scientifique : l'embryon est un être humain. Encore faut-il préciser, et c'est là tout l'enjeu de la question, si tout être humain est une personne.

### 1° L'embryon est un être humain

20 - Cette donnée de l'embryologie et de la génétique est acquise dans le débat actuel. Ainsi que le relève le Comité d'éthique, « Quelles que soient les convictions des uns et des autres quant au statut ontologique de l'embryon humain, il est difficile de nier, précisément, son caractère *humain*, à défaut de quoi la science s'intéresserait différemment à lui »<sup>23</sup>.

21 - L'humanité de l'embryon étant acquise, le législateur ne part pas de rien pour lui donner un statut. Les atteintes à l'embryon sont présentées par la loi elle-même comme des exceptions au principe du respect de la vie et de la dignité humaine<sup>24</sup>. Elles sont autorisées par exception et à titre dérogatoire : c'est le cas des dispositions relatives à l'IVG et l'IMG (*C. Santé publ., art. L. 2211-1*), des dispositions relatives à la recherche sur l'embryon (*C. Santé publ., art. L. 2151-5*), des dispositions relatives au diagnostic pré-implantatoire (*C. Santé publ., art. L. 2131-4*). À cela on peut ajouter qu'un embryon ne peut être conçu qu'en vue de la naissance d'un enfant (*C. Santé publ., art. L. 2141-3*), qu'il peut être accueilli

21 CEDH, 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin Well Woman cf Irlande*, Série A : RFDC 1993, p. 216 ; RTDSS 1993, p. 32.

22 P.-L. Fagniez, *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi, adopté par le Sénat*,

*relatif à la bioéthique*, AN n° 761, 1<sup>er</sup> avr. 2003, 1<sup>re</sup> partie, p. 12.

23 CCNE, Avis n° 105, *Questionnement pour les états généraux de la bioéthique*, 9 oct. 2008, p. 5 et 6.

24 J.-R. Binet, *Exceptio est strictissimae interpretationis. L'enfant conçu au péril de la biomédecine*, in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Ph. le Tourneau* : Dalloz, 2007, p. 85.

# Il ne s'agit pas de se mettre d'accord sur ce qu'est l'embryon, mais de rechercher ce qu'il est. Qu'est-ce donc qu'un embryon ?

mais non donné (*C. Santé publ.*, art. L. 2141-4), déplacé mais non importé etc. (*C. Santé publ.*, art. L. 2141-9), etc.

22 - Ces égards manifestent que le législateur admet l'évidence, que l'embryon est un être humain. Pour autant, cela ne suffit pas à lui assurer un statut cohérent. Pourquoi ? Le problème est que le législateur veut protéger l'embryon tout en permettant de lui porter atteinte. Donner un statut à l'embryon, finalement, consisterait seulement à tirer les conséquences de ce qu'il est, ce que le législateur ne semble pas avoir le courage de faire.

23 - En théorie, la seule reconnaissance de l'humanité de l'embryon devrait suffire à lui conférer un statut et, d'ailleurs, les atteintes permises par la loi, aussi encadrées soient-elles, sont déjà incompatibles avec la protection que la simple humanité de l'embryon exige. Le législateur se comporte comme si l'humanité de l'embryon pouvait tolérer des atteintes auxquelles seule la qualification de personne pourrait faire échec. Comme si la qualité de personne comportait des exigences que n'implique pas la seule qualité d'être humain. C'est pourquoi, en réalité, on ne peut se contenter de qualifier l'embryon d'être humain. Il faut aller au bout de la question et se prononcer sur sa qualité de personne. La question est alors la suivante : suffit-il d'être un être humain pour être une personne ? Tout être humain est-il une personne ?

## 2° Tout être humain est-il une personne ?

24 - **Un développement minimum.** - Un certain seuil de développement peut être avancé comme critère d'émergence de la personne humaine et, en premier lieu, la naissance qui est le seuil plus visible et, en outre, le moment où s'acquiert la personnalité juridique. Pourtant, on voit mal ce qui différencie fondamentalement l'enfant avant et après l'accouchement. Le fait de respirer à l'air libre n'est en rien un critère, et ce d'autant plus que l'accouchement peut survenir à un stade assez variable en fonction des grossesses. C'est pourtant à ce résultat absurde que parvient la Cour de cassation lorsqu'elle refuse de caractériser l'homicide involontaire sur un foetus décédé *in utero* d'une atteinte qui lui est portée<sup>25</sup>, alors qu'elle reconnaît l'homicide lorsque ce même foetus, atteint *in utero*, naît puis décède<sup>26</sup>. L'homicide involontaire étant sanctionné par le Code pénal au titre des atteintes à la personne humaine, il en résulte que, s'il y a homicide dans un cas et non dans l'autre c'est que, pour la Cour de cassation, il y a une personne humaine après la naissance et non avant...

25 - **L'implantation.** - Une autre proposition est de distinguer entre l'embryon préimplantatoire, qui peut être cultivé *in vitro*

25 Cass. ass. plén., 29 juin 2001, préc. note (3).

26 Cass. crim., 2 déc. 2003, n° 03-82.840, inédit.

27 A. Milon, *Rapport d'information fait au nom*

*des la Commission des affaires sociales sur l'état d'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Sénat n° 309, 12 avr. 2006, p. 31 et 32.

jusqu'au septième jour, et l'embryon implanté. On parle aussi de pré-embryon, ou de blastocyste (terme scientifique désignant l'embryon dans ses premiers jours de développement) mais ces termes désignent la même étape du développement de l'embryon, celle de l'implantation. Par exemple, le rapport *Milon* préconise « l'inscription dans le Code civil de la notion de "préembryon" à distinguer de l'embryon « passé le stade de l'implantation »<sup>27</sup>. Ou encore, pour l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST), le clonage permettrait de « créer un blastocyste, "précurseur" d'un embryon »<sup>28</sup>.

26 - Pourtant, ce critère, retenu par la Commission *Warnock* au Royaume-Uni au début des années 1980 et systématiquement rejeté en France depuis, ne saurait convaincre, car le développement de l'oeuf humain est continu. Ce seuil de la nidation est certes important car il permet au développement de se poursuivre, mais il ne peut avoir de signification quant à la qualité de personne de l'embryon. Il revient finalement à faire dépendre la qualité de l'embryon du fait qu'il est *in utero* ou *in vitro*, c'est-à-dire du lieu où il se trouve ! La seule conséquence susceptible de découler d'une telle distinction est une discrimination injuste entre les embryons. L'artifice de la distinction est d'ailleurs révélé par la confusion à laquelle elle conduit. Selon l'OPECST, le blastocyste « peut être obtenu à partir d'embryons dits "surnuméraires" recueillis lors d'une tentative de fécondation *in vitro* (...), à partir d'embryons résultant d'un diagnostic préimplantatoire, à partir d'embryons congelés, pour lesquels il n'y a plus de projet parental, à partir d'embryons créés par transposition nucléaire »<sup>29</sup>. Le blastocyste, censé ne pas encore être un embryon, serait donc obtenu à partir de l'embryon, qu'il n'est pas encore !

27 - Plus généralement, aucun seuil de développement biologique n'est pertinent pour identifier un moment où l'embryon deviendrait une personne, en raison de la continuité du développement qui se poursuit d'ailleurs toute la vie.

28 - « Je pense donc... ». - On peut alors songer à lier l'émergence de la personne à certains éléments caractéristiques de la personne, à savoir la pensée, la conscience de soi ou la relation. Pourtant, la pensée, la conscience de soi, la relation sont des *actes* de la personne. Pour agir comme une personne, l'intéressé devait déjà être une personne. Seule une personne peut poser ces actes caractéristiques de la personne. Ce n'est pas la pensée qui constitue la personne, cette pensée n'est possible que parce que l'intéressé est une personne. C'est pour cela qu'il pense. Il en va de même de la conscience de soi et de la relation. Ces actes manifestent le moment où la personne agit comme telle, mais c'est le moment

28 A. Claeys, *Rapport de l'OPECST sur les recherches sur le fonctionnement des cellules humaines*, AN n° 3498 et Sénat n° 101, p. 68.

29 A. Claeys, rapp. préc. note (28), p. 44.

## La révision de la deuxième loi de bioéthique du 6 août 2004 approche. Afin qu'un débat puisse avoir lieu, il ne reste donc plus qu'à exiger que la question du statut de l'embryon soit, au moins, posée !

où elle existe et non pas celui où elle agit qui est recherché. En outre, quand bien même on se résignerait à admettre que la personne est l'individu qui pense, il est pour le moins délicat d'en déduire un moment précis où tel individu pense et, si cet instant pouvait être identifié chez tel individu, il serait impossible de le généraliser car il n'est pas du tout évident que tous commencent à penser au même stade de leur existence ! Il en va de même encore avec la conscience de soi ou la relation.

**29 - Projet parental.** - En particulier, la théorie relationnelle de la personne, selon laquelle la personne naîtrait de la relation, sous-tend la distinction qui est faite entre les embryons qui font l'objet d'un projet parental et ceux dont les parents se sont désintéressés. Incapable d'entrer lui-même en relation, l'embryon serait intégré, de façon passive, dans une relation humanisante par le projet parental. C'est ainsi que, pour les citoyens du forum de Marseille des états généraux de la bioéthique, ce serait « plutôt la relation à l'autre qui déterminerait le devenir humain de l'embryon, c'est-à-dire son inscription dans un projet parental »<sup>30</sup>. Mais comment la qualité de personne d'un être pourrait-elle dépendre du bon vouloir d'autrui ? Les conséquences d'une telle théorie révèlent à elles seules ses limites : il faudrait en effet admettre que tous les embryons, conçus par définition avec un projet parental, sont à l'origine des personnes ; que certains cessent de l'être avec le désintérêt de leurs auteurs ; que quelques-uns redeviennent des personnes lorsqu'ils font à nouveau l'objet d'un projet parental, par exemple parce qu'ils sont accueillis par un autre couple... On voit où mènent ces paradoxes du relativisme, sources de conflits d'interprétation sur le statut de l'enfant à naître<sup>31</sup>.

**30 - Finalement**, puisque les critères envisageables se révèlent arbitraires et inopérants, faut-il vraiment persister à vouloir distinguer entre l'être humain et la personne humaine ?

### Le doute profite à l'« accusé » !

**31 - Dans le doute...** - Le droit n'a aucunement besoin d'une certitude concernant la nature de l'embryon. C'est d'ailleurs l'avis du législateur qui « *a estimé que le fait de ne pouvoir trancher la question de sa nature n'interdit pas, sur le plan pratique, de définir quelle doit être la conduite à son égard* »<sup>32</sup>. En revanche, le législateur ne semble pas tirer les conséquences de ses propres constatations, car le simple fait de conclure qu'on

ne peut se prononcer avec certitude sur la nature de l'embryon ne doit-il pas conduire, dans le doute, à le traiter comme une personne, pour le cas où il en serait une ? Quand bien même on admettrait, avec le Conseil d'État, que « dire qui est l'embryon ou ce qu'il est relève de l'impossibilité »<sup>33</sup>, le nouveau principe de précaution comme la vieille vertu de prudence indiquent clairement la conduite à tenir : dans le doute, on ne prend pas le risque de sacrifier une personne. Le chasseur qui ne sait pas avec certitude si l'ombre aperçue est un autre chasseur ou un gibier ne doit pas, dans le doute, tirer. Le législateur qui ne sait pas si l'embryon est une personne ou non ne peut, dans le doute, prendre le risque de sacrifier une personne. Aucune certitude en la matière n'est nécessaire puisque la seule possibilité que l'embryon soit une personne impose de le traiter comme tel. Il est donc finalement tout à fait possible de donner un statut à l'embryon. Il faut juste le vouloir.

**32 - Rétablir la possibilité d'un débat.** - Faire semblant de ne pas prendre parti sur la nature de l'embryon est une illusion : c'est bel et bien une prise de parti, à ceci près qu'elle se passe de justification. Ecouteons le ministre de la Santé à l'Assemblée nationale lors de la discussion des premières lois de bioéthique : « Nous n'aborderons pas ici le débat sur le statut de l'embryon humain, car, nous le savons, trop de divergences philosophiques [vous] séparent (...) Nous en resterons à la définition de potentialité de personne »<sup>34</sup>. Ceci permet, tout en refusant d'emblée le débat (nous n'aborderons pas), de le trancher... sans débattre (ce sera donc cela) !

**33 - Depuis 1994**, est repris comme une ritournelle le fait que « la loi du 29 juillet 1994 n'est pas allée jusqu'à conférer un véritable statut juridique à l'embryon »<sup>35</sup>, que la philosophie globale de la loi « a consisté à refuser d'assigner un statut à l'embryon »<sup>36</sup> etc. Pourtant, la question reste centrale, et les citoyens invités à s'exprimer dans le cadre des états généraux de la bioéthique ont largement exprimé leurs attentes à ce sujet : parmi les avis déposés par les internautes sur le site prévu officiellement à cet effet, neuf contributions sur dix relatives aux cellules souches posent la question du statut de l'embryon<sup>37</sup>.

La révision de la deuxième loi de bioéthique du 6 août 2004 approche. Afin qu'un débat puisse avoir lieu, il ne reste donc plus qu'à exiger que la question du statut de l'embryon soit, au moins, posée !

30 États généraux de la bioéthique, Rapport final, 1<sup>er</sup> juill. 2009, p. 39.

32 CCNE, Avis n° 105, p. 6.

36 CCNE, Avis n° 105, p. 5.

31 Favoriser le progrès médical. Respecter la dignité humaine : Rapp. AN n° 2235, 20 janv. 2010, p. 294.

33 Rapp. CE préc. note (7), p. 12.

37 Rapport final des états généraux de la bioéthique, 1<sup>er</sup> juill. 2009, p. 58.

34 B. Kouchner, préc. note (8), p. 5731.

35 A. Milon, rapp. préc. note (27), p. 10.