

## CELLULES SOUCHES

Myriam BLUMBERG MOKRI

L'émergence des "cellules souches" comme nouvelle donne scientifique s'est traduite dans le champ juridique par différentes interrogations sur le statut même de l'embryon humain.

En effet, la possibilité offerte par la technique du transfert nucléaire, plus couramment appelée "clonage thérapeutique" d'obtenir en grande quantité, dans une perspective thérapeutique ou de recherche, des cellules souches totipotentes issues d'embryons humains, reproductible au gré des besoins mais également susceptibles d'être génétiquement modifiées en fonction des nécessités a mis en avant des questionnements sur une éventuelle définition, un véritable statut, voire une extension réelle de la protection accordée à l'embryon humain.

Le parti pris du législateur français a été de ne pas entrer dans les méandres d'une définition juridique de l'embryon humain et d'adopter une attitude que d'aucuns ont pu qualifier de "timide" à l'égard de son statut. Ainsi, le vice-président du Comité consultatif national d'éthique français commentant les lois dites bioéthiques<sup>1</sup> adoptées le 29 juillet 1994 que, expliquait que "sur sa nature: ç'eut été engager un débat de coloration philosophique auquel le Parlement n'a pas entendu se risquer. Sur son statut: il s'agit de droit. A cet égard, la définition d'un statut d'ensemble eût impliqué une prise de position sur la nature".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal – 29 juillet 1994.

<sup>2</sup> J. Michaud, fascicule *Infractions en matière d'éthique biomédicale*, éditions du Juris-Classer, Paris, 1997, § 50.

Dix ans après, à l’occasion de la révision de ces lois de 1994 - qui auraient dû être révisées après un délai de 5 ans autrement dit en 1999 - l’adoption de la loi relative à la bioéthique votée le 6 août 2004<sup>3</sup> s’inscrit dans la même logique. Ainsi, au moment des débats préparatoires, le Ministre de la Santé affirmait que

si nous ne pouvons trancher la question de la nature de l’embryon, nous pouvons et devons définir quelle doit être notre conduite à son égard; c’est la fonction du législateur que de dire ce droit —là. Le législateur s’est situé sur le plan du devoir- être à l’égard de l’embryon et non de son être... En ne déterminant pas ce qu’est l’embryon mais en disant comment on doit le traiter, l’éthique et le droit ont trouvé leur espace propre.<sup>4</sup>

Il découle de cette volonté de protection de l’embryon humain que le techniquement possible n’est pas toujours en phase avec le “législativement correct”.

Ainsi, à l’issue de la période de congélation, l’option peut être en effet de mener à bien le projet initial d’obtention d’une naissance par implantation de l’embryon dans l’utérus de la mère. Elle peut également se traduire par le don de celui-ci en faveur d’un autre couple candidat. Il convient de remarquer que seules ces deux premières possibilités d’utilisation d’un embryon humain sont licites en France – même si le don ne peut être envisagé qu’à titre exceptionnel selon les termes de la loi (*article L 2141-4 Code de la Santé publique*). Car de façon générale, un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les finalités d’une assistance médicale à la procréation légalement définie (*article L 2141-3 Code de la Santé publique*). Autrement dit, la création d’un embryon humain n’est licite que pour remédier à une stérilité pathologique médicalement constatée ou pour éviter la transmission à l’enfant d’une maladie grave. La

<sup>3</sup> Loi relative à la bioéthique, núm. 2004-800, parue au *Journal officiel de la République française*, 7 août 2004.

<sup>4</sup> Discours du Ministre de la Santé, J.F. Mattéi, Sénat, 28 janvier 2003.

récente loi du 6 août 2004 a ajouté comme indication médicale pour accéder à l'assistance à la procréation notamment avec donneur de gamètes le cas de risque de transmission à un des membres du couple d'une maladie grave en particulier en cas de risque de transmission du virus du sida (*article L 2141-2 modifié Code de la Santé publique*) .

Techniquement encore, les embryons humains décongelés peuvent donner lieu à des recherches scientifiques, que ces dernières relèvent de la simple observation ou qu'elles se déploient en examens plus invasifs.<sup>5</sup> D'autres activités, que l'on pourrait imaginer plus lucratives, sont techniquement envisageables comme la production de cellules souches embryonnaires prélevées sur cette matière première ou encore la mise sur le marché d'embryons congelés. Cette dernière option a été prise en considération au plus haut niveau. Ainsi, prenant acte de cette éventualité, le Conseil d'Etat français, à l'occasion de la réflexion qu'il a menée sur les premières années d'application des lois bioéthiques de 1994, a émis le vœu d'une réponse légale qui s'avérerait protectrice de l'embryon humain en envisageant "le cas où le commerce d'embryons prendrait un certain essor au plan international".<sup>6</sup>

On s'aperçoit ainsi que contrairement à d'autres domaines du droit, la démarche législative —tant nationale que régionale européenne— a consisté à ériger des règles de protection autour de l'embryon humain avant même d'être en mesure d'en livrer une définition juridique renvoyant ainsi l'embryon humain vers ce qui pouvait apparaître comme la seule catégorie envisageable: un intérêt à protéger juridiquement.

Mais si les bornes légales posées par le législateur et tendant à la protection du caractère humain de l'embryon ont elles-mêmes valeur de signification, il reste que l'un des problèmes majeurs en un

<sup>5</sup> F. Arnal, C. Humeau, *Les médecines de procréation*, Paris, Odile Jacob, 1994, p. 360 et s.

<sup>6</sup> Conseil d'Etat, Section du Rapport et des Etudes, *Les lois de bioéthique: cinq ans après*, 25 novembre 1999, Paris La Documentation française, p. 43.

Le matière aussi sensible réside précisément dans la signification des termes employés. Et la question se pose de savoir quel sens juridique donner à cet amas de cellules dès lors que ces cellules portent en elles quelque chose de l'humain.

Cette difficulté n'a bien évidemment pas échappé au législateur français qui a entendu consacrer la part d'humanité qu'il attribuait à l'embryon en édictant un certain nombre d'interdits inscrits dans le Code pénal<sup>7</sup> tout en évitant l'écueil toujours possible d'une définition juridique. Or, il faut bien reconnaître combien sont déterminantes “les questions de qualification... du sort que le droit réserve à l'humanité au stade embryonnaire”.<sup>8</sup>

Quelle qu'en soit la justification, cette question de la qualification reste au cœur des décisions des Tribunaux.

Ainsi, la question s'est posée en France, à plusieurs reprises récemment, de l'application de l'infraction d'homicide involontaire au fœtus. La Cour de cassation française s'est heureusement fondée sur le principe fondamental de la légalité des incriminations —et sur son corollaire, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale par le juge— pour renvoyer le législateur devant ses responsabilités. On sait combien ce principe,<sup>9</sup> en imposant la nécessité d'une définition claire et accessible des interdits et des peines, a vocation à garantir la liberté individuelle et la sécurité juridique tout en “*constituant un rempart contre l'arbitraire*”.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Code pénal, Livre V, Titre premier, Chapitre premier, Section III: “*De la protection de l'embryon humain*”.

<sup>8</sup> C. Labrusse-Riou, “La recherche sur l'embryon: qualifications et enjeux”, *Revue Générale de Droit Médical*, sous la direction de C. Labrusse-Riou, B. Mathieu, N.J. Mazen, éd. Les Etats Hospitalières, num. spécial, 2000.

<sup>9</sup> Principe consacré en droit interne par l'article 8 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, en droit européen par l'article 7 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* et l'article 49 de la *Charte des Droits fondamentaux* de l'Union européenne et en droit à portée universelle par l'article 11 de la *Déclaration universelle des Droits de l'Homme* et article 15 du *Pacte international des Droits civils et politiques*.

<sup>10</sup> F. Desportes, F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, t. 1., p. 143.

L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 30 juin 1999<sup>11</sup>, renvoie en ce sens au principe d'interprétation restrictive de la loi pénale pour en déduire que les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles du Code pénal réprimant l'homicide involontaire d'une personne (*ancien article 319; 221-6 Code pénal*). Cette infraction étant définie comme le fait de causer notamment par maladresse, imprudence, inattention ou négligence la mort d'"autrui", les juges ont considéré que "la condition d'altérité requise par le texte"<sup>12</sup> ne permettait pas d'étendre à l'embryon le concept juridique de personne en l'état actuel des textes répressifs.

Les faits de l'espèce étaient liés aux suites dramatiques d'une méprise consécutive à l'homonymie entre deux patientes. Une femme qui était venue en consultation pour le suivi de sa grossesse avait malencontreusement subi une intervention ayant pour objet le retrait d'un stérilet. Cette intervention avait provoqué la mort du fœtus alors âgé de 20 à 24 semaines. En première instance, le praticien avait été relaxé au motif que le fœtus n'était pas viable. Puis, le 13 mars 1997, la Cour d'Appel de Lyon optait pour la qualification d'homicide involontaire sur fœtus. Elle voyait dans celui-ci une personne<sup>13</sup> en considérant que "la viabilité est une notion scientifiquement contingente et incertaine dépourvue de toute portée juridique", la loi française n'opérant aucune distinction à cet égard.<sup>14</sup>

Poursuivant la voie ouverte deux ans plus tôt, la chambre criminelle a refusé, dans une décision du 29 juin 2001,<sup>15</sup> l'applica-

<sup>11</sup> Cass. Crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.* N° 174.

<sup>12</sup> F. Lesaulnier, "De la protection pénale de l'être humain en gestation", *Médecine et Droit*, núm. 41, mars-avril 2000, p. 10.

<sup>13</sup> M. Herzog-Evans, "Homme juridique et humanité de l'embryon", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, janv-mars 2000, p. 68.

<sup>14</sup> Sur la relativité de la notion de viabilité en fonction des avancées technologiques, voir V. Bourguet, *L'être en gestation – Réflexions bioéthiques sur l'embryon humain*, Paris, Presses de la Renaissance, 1999, p. 170 et s.

<sup>15</sup> S. Monnier, note sous arrêt, *Gazette du Palais*, 28-30 juillet 2002, pp. 12-18.

tion de la qualification de victime du délit d’homicide involontaire à un fœtus non viable.<sup>16</sup> Il s’agissait cette fois d’un accident de la route imputable à un automobiliste conduisant en état d’ivresse. L’accident avait provoqué l’accouchement prématuré de la conductrice de l’autre véhicule accidenté, une femme enceinte de 6 mois, et avait conduit au décès du fœtus. Une première décision avait alors conclu à l’homicide involontaire retenant que la mort du fœtus se trouvait directement liée à l’accident. La Cour d’Appel de Metz<sup>17</sup> avait ensuite infirmé cette première décision en précisant qu’un enfant mort-né ne bénéficiait pas de la protection pénale d’une infraction qui concerne les personnes car précisément pour qu’il y ait “personne”, il faut qu’il y ait “être vivant” dit la Cour, autrement dit il faut qu’il y ait venue au monde d’un enfant non encore décédé. C’est pourquoi, en appel, les juges avaient décidé qu’il n’y avait lieu à homicide qu’à l’égard d’un enfant dont le cœur bat à la naissance et qui a respiré. Très clairement, dans son arrêt de rejet, la Cour de cassation énonce le statut singulier du fœtus : “le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s’oppose à ce que l’incrimination prévue par l’article 221-6 du Code pénal, réprimant l’homicide involontaire d’autrui, soit étendue au cas de l’enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l’embryon ou le fœtus”.

Plus récemment encore, l’arrêt du 25 juin 2002<sup>18</sup> a exclu l’ amalgame entre fœtus humain et personne humaine en excluant le

<sup>16</sup> J. Pradel, “La seconde mort de l’enfant conçu (à propos de l’arrêt d’Assemblée plénière du 29 juin 2001), *Le Dalloz*, 2001, núm. 36, Chr. p. 2907; voir également Y. Mayaud, “Ultime plainte après l’arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001, note sous arrêt, *Le Dalloz*, 2001, núm. 36, Jurisprudence, p. 2917; S. Monnier, Note sous arrêt, “Un point de vue de droit public à propos de l’arrêt d’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001”, *Gazette du Palais*, 28-30 juillet 2002, p. 13.

<sup>17</sup> Cour d’Appel de Metz, 3 septembre 1998, *JCP*, 2000, II, 10231, n. G. Fauré.

<sup>18</sup> Cass. Crim. 25 juin 2002, núm. 3559. B. Daille-Duclos, “L’incrimination pénale d’homicide involontaire n’est pas applicable à l’enfant à naître”, *Les Echos*, 26 juin 2002.

premier de la protection pénale liées aux infractions contre les secondes.<sup>19</sup> Dans cette affaire, la naissance d'un enfant né sans vie était consécutive à des actes de négligence d'un médecin qui s'était abstenu d'intensifier la surveillance du fœtus in utero et de la sage-femme qui s'était abstenue, quant à elle, d'avertir le médecin de la présence d'une anomalie non-équivoque du rythme cardiaque de l'enfant à naître.<sup>20</sup>

En somme, que les tribunaux soient parfois tentés de faire application à l'embryon humain des textes relatifs à la personne humaine,<sup>21</sup> ou que la Cour suprême, on l'a vu, écarte à ce jour sans équivoque cette tentative, on a pu dire des juges qu'ils avaient été "*abandonnés par la loi, savamment ambiguë ou délibérément et continûment silencieuse*".<sup>22</sup>

En adoptant cette position de principe, la France ne fait que confirmer la prise de position de la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe au sein desquels la disposition pénale définissant l'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique pas au fœtus. A l'occasion de l'arrêt rendu tout récemment par les Juges de la Cour européenne des droits de l'homme qui siège à Strasbourg il apparaît en effet que trois pays seulement sur les 46 Etats membres du Conseil de l'Europe ont fait le choix d'incriminations spécifiques. Ainsi, en Italie, l'article 17

<sup>19</sup> "Le principe d'interprétation stricte oblige à circonscrire l'application des notions d' " homicide " ou de mort causée à "autrui" ...aux seules personnes vivantes lors de leur venue au monde " selon les mémoires du procureur général et du médecin cités par D. Commaret, "Conclusions de l'Avocat général, Audience plénière de la Chambre criminelle du 6 juin 2002", *Droit pénal*, n° 9, septembre 2002, Chronique, p. 4.

<sup>20</sup> Pour un commentaire portant sur la décision de la Cour d'Appel de Versailles, 19 janvier 2000, voir A. Bertrand-Mirkovic, "Atteinte involontaire à la vie du fœtus : le débat n'est pas clos!", *Petites Affiches*, 14 juin 2002, núm. 119, p. 4.

<sup>21</sup> Neirinck, C., "L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique ", *Les Petites Affiches*, 9 mars 1998, núm. 29, p. 5.

<sup>22</sup> F. Kernaleguen, "Contrôle judiciaire", *L'embryon humain-Approche multidisciplinaire*, B. Feuillet-Le Mintier (sous la dir.), Paris, Economica, 1996, p. 263.

de la loi du 22 mai 1978 relative à l'avortement prévoit un emprisonnement de trois mois à deux ans à l'encontre de celui qui cause une interruption de grossesse par imprudence. En Espagne, également où l'article 157 du Code pénal prévoit une incrimination concernant les dommages causés à un fœtus et l'article 146 punit l'avortement provoqué par une "imprudence grave". En Turquie enfin où l'article 456 du Code pénal prévoit que celui qui cause involontairement un préjudice à quiconque sera puni d'une peine de six mois à un an d'emprisonnement; si la victime est une femme enceinte et que le préjudice a provoqué une naissance prématurée, le Code pénal prévoit une peine de deux ans à cinq ans d'emprisonnement<sup>23</sup> (*CEDH, arrêt VO c/ France du 8 juillet 2004, § 41*).

Force est de constater avec le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies de l'Union européenne qu'en ce qui concerne la définition de l'embryon humain, l'harmonisation européenne n'est pas acquise. Il n'existe pour l'heure à l'échelle européenne "*aucune définition consensuelle, ni scientifique, ni juridique, des débuts de la vie*"<sup>24</sup>.

On pourrait seulement dire que l'emploi du mot "personne" plutôt que celui d'"être humain" ou inversement n'est bien évidemment pas anodin et que cette double référence apparaît comme le plus petit dénominateur commun législatif possible, en particulier au niveau européen.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine du 4 avril 1997 a inscrit cette référence conceptuelle dans son titre même puisqu'il s'agit bien d'une *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*. L'article premier du texte conven-

<sup>23</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt VO c/ France du 8 juillet 2004. Req., núm. 53924/00.

<sup>24</sup> G.E.E., Avis núm. 12, *Les aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du 5<sup>ème</sup> programme-cadre de recherche*, 23 novembre 1998, p. 21, § 1.22.



tionnel renvoie quant à lui à une double référence. Il prévoit que les Parties “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”. Néanmoins, cette convention reste muette à l’égard d’une définition de l’embryon humain. Il est vrai cependant que le texte conventionnel est toujours en construction puisque par nature il est voué à être complété par des protocoles additionnels plus spécifiques dont l’un d’entre eux, consacré à la protection de l’embryon et du fœtus humains, est en cours d’élaboration.

Du côté de la Convention européenne des droits de l’homme de 1950, la doctrine a pu s’interroger sur les sens possibles de l’embryon humain à la lumière de son article 2. Cette disposition consacre en effet le respect du droit “de toute personne” à la vie.<sup>25</sup> Bien que cette disposition n’ait qu’un rapport ténu avec notre interrogation sur l’introuvable définition de l’embryon humain, c’est cependant du côté de son champ d’application *ratione personae* qu’il convient de se positionner. Car toute l’interrogation réside dans le fait de savoir “*qui est cette “personne” dont la “vie” est sous la garantie de la Convention*”.<sup>26</sup> La rédaction de l’article 20. CESDH affirmant que toute personne a droit à la vie, autorise en effet à se demander si l’intéressé doit déjà être né ou si l’enfant à naître peut être considéré comme une “personne” au sens conventionnel. La doctrine semble partagée sur ce point et le débat n’est toujours pas tranché.

Par une décision du 13 mai 1980, rendue dans l’affaire *X c/ Royaume-Uni*,<sup>27</sup> la Commission européenne des droits de l’hom-

<sup>25</sup> Article 2 CESDH: “*Le droit de toute personne à la vie est protégée par la loi*”.

<sup>26</sup> F. Gölcüklü, “Le droit à la vie dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme”, *Mélanges Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 417.

<sup>27</sup> Commission européenne des droits de l’homme, Décision du 13 mai 1980, requête n° 8416/79, Décisions et Rapports, vol. 19, p. 244. Voir à ce

me s'était alors exprimée pour la première fois sur la compatibilité d'une législation sur l'avortement avec l'article 2CESDH et en particulier sur le droit du fœtus à la vie. En l'espèce, l'épouse du requérant s'était faite avorter en application d'une loi britannique de 1967 autorisant l'interruption de grossesse pour protéger la vie de la mère et pour prévenir la naissance d'un enfant souffrant de graves handicaps mentaux et physiques. L'époux de l'intéressée, qui était opposé à cette interruption de grossesse, avait introduit un recours devant la Commission européenne des droits de l'homme sur le double fondement du droit à la vie (article 2) et de la protection de la vie privée et familiale (article 8). Le requérant, en sa qualité de père virtuel, s'était valablement vu reconnaître le statut de victime.

Dans cette affaire, l'organe conventionnel de filtrage alors en place au niveau de la juridiction des droits de l'homme (la Commission européenne des droits de l'homme), tout en décidant que seule se posait la question de savoir si la nécessité de sauvegarder la santé et la vie de la mère pouvait justifier l'intervention, s'est tout de même interrogée sur le point de savoir si "l'article 2 doit être interprété comme ne concernant pas le fœtus, comme reconnaissant au fœtus un droit à la vie assorti de certaines limitations implicites, ou comme reconnaissant au fœtus un «droit à la vie» de caractère absolu". Selon la Commission européenne des droits de l'homme, cette troisième et dernière hypothèse devait être écartée en raison de la protection nécessaire de la vie de la mère qui ne peut être dissociée de celle de l'enfant à naître. Selon les termes de cette décision rendue il y a vingt ans mais toujours d'une grande actualité, l'interruption de grossesse est

sujet, G. Cohen-Jonathan, *La convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris, PUAM-Economica, 1989, p. 281; R. Ergec, J. Velu, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 177; C. Byk (rapport préparé par) Conseil de l'Europe, Comité des experts pour le développement des droits de l'homme, *Les progrès de la médecine et de la biologie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 24 octobre 1990, DH-DEV (90) 12, p. 12-14.

couverte “par une limitation implicite du droit à la vie du fœtus en vue de préserver la vie et l’intégrité physique de la femme à ce stade”.<sup>28</sup> Cependant, sur les deux premières hypothèses, la Commission européenne des droits de l’homme évitait de se prononcer. Elle considérait seulement que l’autorisation d’interrompre sa grossesse en l’espèce était compatible avec les termes de l’article 2 CESDH en se prononçant en faveur de la limitation implicite du droit à la vie du fœtus pour, à ce stade de son développement, protéger la vie et la santé de la mère.

Témoin des hésitations suscitées par la question de l’application à l’embryon humain du droit à la vie de l’article 20. de la CESDH, la Cour européenne des droits de l’homme avait il y a dix ans évité de trancher la question. Cependant, l’occasion lui en avait été fournie par une affaire concernant l’interdiction des informations relatives à l’IVG pratiquée à l’étranger. Deux requêtes avaient été introduites au nom de deux sociétés qui conseillaient les femmes enceintes sur le territoire irlandais et les renseignaient sur les possibilités d’avorter en Grande-Bretagne. Poursuivies en justice par la *Society for the protection of unborn Children Ireland Ltd*, les sociétés *Open Door Counselling Ltd et Dublin Well Woman Centre Ltd* avaient été condamnées, par la *High Court*, le 19 décembre 1986 et par la Cour suprême le 16 mars 1988 à cesser leur activité. Les deux sociétés se prévalaient cependant de la liberté d’information, plus précisément de la liberté de communiquer des informations. Devant la CEDH, le gouvernement irlandais invoquait, quant à lui, comme justification de sa législation, la protection de la morale et celle de la vie d’autrui en l’occurrence celle de l’enfant à naître.

Par cet arrêt du 29 octobre 1992,<sup>29</sup> si l’interdiction de livrer des informations concernant l’IVG pratiquée à l’étranger a été jugée, aux termes de l’article 10 de la CESDH, comme une restriction à la

<sup>28</sup> R. Ergéc, J. Velu, ouvrage précité, p. 177.

<sup>29</sup> CEDH, *Open Door et dublin Well Woman c/ Irlande*, 29 octobre 1992, série A, vol. 246.

liberté d'information, il reste que la question de savoir si le droit à la vie de l'article 2 CESDH vaut également pour l'embryon, n'a pas été réglée, point sur lequel la Cour a estimé qu'elle n'avait pas été appelée à se prononcer. Pour une partie de la doctrine, la Cour a donc ici esquivé la question de fond.<sup>30</sup>

On le voit, l'immense difficulté à résoudre la question du droit à la vie et de la protection de l'embryon humain, cette fois in utero, tient essentiellement "à l'enchevêtrement des droits qui peuvent être invoqués dans des sens contraires. Vie de l'enfant conçu contre vie ou santé de la mère; droit à une vie privée et familiale de la mère contre droit à une vie privée et familiale du père; ou encore vie de l'enfant conçu contre liberté de la mère à disposer de sa personne".<sup>31</sup> Cette problématique issue de la confrontation de différents droits et libertés opposables entre eux ne cesse d'être d'actualité. En témoigne la récente prise de position du Conseil constitutionnel en France exprimée à travers sa décision du 27 juin 2001<sup>32</sup> relative à la loi sur l'IVG du 30 mai 2001 allongeant le délai de 10 à 12 semaines durant lequel une femme peut légalement obtenir une interruption volontaire de grossesse. Les juges constitutionnels ont en effet pris en compte ce face à face de droits en considérant que l'allongement du délai d'IVG ne rompt pas l'équilibre entre d'une part le respect de la dignité d'une personne "en projet" contre toute forme de dégradation et d'autre part la liberté de la femme, sa santé morale, la nécessité de secourir une mère que l'état de grossesse place dans un détresse psychique, physique ou sociale.

<sup>30</sup> F. Sudre, "L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1993, p. 217.

<sup>31</sup> M. Delmas-Marty, "La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit pénal de fond", *Mélanges offerts à Georges Levasseur-Droit pénal droit européen*, Paris, Litec/Gazette du Palais, 1992, p. 201.

<sup>32</sup> Décision du 27 juin 2001, núm. 2001-446, DC, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *Recueil*, p. 74, *JORF*, 7 juillet 2001, p. 10828.

De même aujourd'hui, les Juges de Strasbourg renvoient à l'interprétation des Etats membres pour tenter de trancher le débat en affirmant que "le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention, qui est "un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles"(voir l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, série A no 26, pp. 15-16, § 31, et la jurisprudence ultérieure). Les raisons qui la poussent à ce constat sont, d'une part, que la solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des Etats contractants, et en France en particulier, où la question donne lieu à débat (paragraphe 83 ci-dessous) et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie"(CEDH, arrêt *VO c/ France*, § 82).<sup>33</sup>

Emboîtant le pas aux données scientifiques, certains textes européens plus spécifiquement consacrés à l'embryon humain ont mis en avant la notion de pré-embryon. Mais déjà, le rythme des avancées biomédicales et notamment l'intérêt porté à la technique du clonage non-reproductif relancent le débat sur la pertinence des caractéristiques reconnus à l'embryon humain. Il pourrait alors apparaître que l'exploitation des possibilités offertes par les nouvelles technologies rendent précaire la condition juridique de l'embryon humain sauf à tenter de rester clairvoyant sur les exigences qu'impose son caractère humain.

En quête d'une définition qui permettrait de structurer légalement la recherche sur l'embryon humain, le législateur européen a pris note d'une perspective évolutive de celui-ci. C'est ainsi que la notion de "pré-embryon" a fait son entrée officielle dans les dispositions européennes. Cette notion repose sur le constat d'un seuil, le 14ème jour après la fécondation, où apparaît la "ligne primitive" comme ébauche du système nerveux. A titre d'exemple, les travaux préparatoires réalisés dans l'enceinte de

<sup>33</sup> CEDH, arrêt *VO c/ France* du 8 juillet 2004.

l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, ont pris à leur charge cette représentation séquentielle de l'embryon humain: "le 14ème jour est «le moment où, avec le développement du système nerveux central, la vie jusque-là biologique, passe au stade de la vie d'une personnalité humaine".<sup>34</sup> Ce séquençage de l'embryon humain en paliers qualitatifs semble suggérer que la notion de "pré-embryon" accrédite l'idée d'un stade "pré-humain" qui laisserait sans réelle contrainte juridique le champ libre à la recherche scientifique.<sup>35</sup>

De façon plus générale, on notera que les textes européens renvoient le plus souvent à des critères de nature biologique pour identifier l'embryon humain dans son intégralité. Ainsi, la recommandation (1046) de 1986<sup>36</sup> ne retient pas de définition mais inscrit dans son texte la nécessité d'élaborer une définition biologique de l'embryon (point 5). Quant à la recommandation 1100 (1989) sur l'utilisation des embryons,<sup>37</sup> elle en reste au dispositif biologique et séquentiel de l'embryon en précisant les phases successives de son développement (zygote, morula, blastula, embryon préimplantatoire ou préembryon, embryon, fœtus) (point 7).

Toutefois, il est remarquable que la certitude biologique n'assure pas la quiétude juridique et que celle-ci ne peut manifestement

<sup>34</sup> *Audition parlementaire sur l'utilisation d'embryons humains*, du 4 mars 1986, Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques, Sous-commission de bioéthique de la Commission des questions sociales et de la santé, Commission de la science et de la technologie, Procès-verbal de l'audition, Strasbourg, 26 août 1986, AS/JUR (38) 2, intervention de M. Diedrich, p. 18.

<sup>35</sup> D. Folscheid, "L'embryon ou notre docte ignorance", in B. Feuillet-Le Mintier (sous la dir.), CRJO, *L'embryon humain – Approche multidisciplinaire*, préf. A. Khan, Paris, Economica, 1996, p. 29.

<sup>36</sup> Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, *Recommandation 1046 (1986) relative à l'utilisation d'embryons et de fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales*, adoptée le 24 septembre 1986.

<sup>37</sup> Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, *Recommandation sur l'utilisation des embryons et des fœtus humains dans la recherche scientifique*, adoptée le 2 février 1989.

pas se contenter d’être uniquement à la remorque de celle-là. A fortiori la vigilance s’impose-t-elle si l’on retient avec Max Weber que *“toute œuvre scientifique ‘achevée’ n’a d’autre sens que celui de faire naître de nouvelles ‘questions’: elle demande donc à être ‘dépassée ‘et à vieillir’”*.<sup>38</sup>

En effet, que vaut aujourd’hui la notion de pré-embryon alors même qu’avec la technique du clonage par transfert nucléaire dans un ovule énucléé, la problématique liée à la définition de l’embryon humain a déjà franchi une nouvelle étape. Cette technique du clonage permet d’obtenir génétiquement un œuf humain identique à une cellule somatique tout en s’abstenant de la fécondation par la fusion des gamètes mâles et femelles, autrement dit en passant outre la procréation sexuée. Il s’agit en effet de “reprogrammer” un ovocyte dont il ne reste que le cytoplasme cellulaire par intégration du noyau chromosomique d’une cellule somatique, cette dernière étant prélevée sur une personne. Cette nouvelle entité biologique permet de fournir des cellules souches à un stade très précoce du développement humain. A ce stade de développement en effet, les cellules sont encore totipotentes c’est-à-dire susceptibles de produire une quantité illimitée de cellules humaines chacune d’entre elles pouvant devenir un embryon et/ou donner toutes les cellules humaines possibles y compris les cellules germinales.<sup>39</sup> Par conséquent, cet ovocyte revisité par la technique —qui génétiquement est un “embryon” puisque, mis dans les conditions de développement traditionnel, il donnera naissance à un individu— apparaît bien comme une matière première pourvoyeuse de cellules souches. C’est sur la fabrication de telles cellules au propriétés embryonnaires

<sup>38</sup> Max Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Union Générale d’Editions, coll. 10-18, p. 68.

<sup>39</sup> Assemblée nationale, *Rapport d’information ‘Réviser les lois bioéthiques: quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées?’*, Mission d’information commune préparatoire au projet de loi de révision des “lois bioéthiques” de juillet 1994, B. Charles (Président), A. Claeys (Rapporteur), Les Documents d’information de l’Assemblée nationale, t. 1, 2001, núm. 3208, p. 122 y 123.

que repose aujourd’hui la finalité de la technique du clonage humain non reproductif, plus connu mais maladroitement désigné sous l’appellation de “clonage thérapeutique”.

Dès lors, la caractéristique de l’embryon humain issu de la fécondation —fût-elle artificielle— comme résultat de la confusion des patrimoines génétiques de deux individus pour en faire un troisième se trouve fragilisée. C’est en ce sens que le responsable de la bioéthique au Conseil de l’Europe note que la loi allemande qui définit l’embryon humain comme un ovule humain fécondé et susceptible de développement à compter de la fusion des noyaux cellulaires<sup>40</sup> se trouve “*en porte à faux lorsqu’il s’est agit de savoir comment qualifier un embryon résultant de la technique de transfert nucléaire. C’est pourquoi, dans ces domaines, il faut parfois ne pas trop donner de précisions qui, du reste, dépendent des progrès de la science*”.<sup>41</sup> Il nous apprend à cet égard que cette nouvelle entité, produit du clonage avec transfert de noyau cellulaire dans un ovule énucléé, a déjà fait l’objet d’un néologisme sous le terme de “nucléovule”.<sup>42</sup>

A l’évidence, ces évolutions montrent que les affirmations scientifiques et les décisions juridiques relèvent de repères normatifs différents laissant certains zones d’ombre terminologique. C’est pourquoi, au-delà d’une tentative de définition de l’embryon humain, le législateur s’est tourné vers la quête d’un seuil d’humanité en élaborant des délimitations au champ des activités biomédicales licites le concernant.

C’est ainsi que pour surmonter le hiatus entre le biologique et le juridique, il s’est avéré nécessaire de reconnaître sans équivoque

<sup>40</sup> Loi du 13 décembre 1990, *Loi relative à la protection de l’embryon*, section 8.

<sup>41</sup> Assemblée nationale, *Rapport d’information “Réviser les lois bioéthiques: quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées?”*, Mission d’information commune préparatoire au projet de loi de révision des “lois bioéthiques” de juillet 1994, B. Charles (Président), A. Claeys (Rapporteur), Les Documents d’information de l’Assemblée nationale, T. 1, 2001, núm. 3208, p. 130.

<sup>42</sup> Assemblée nationale, *Rapport d’information précité*, p. 130.



le caractère humain de l’embryon impliquant dans le sillage de cette reconnaissance la mise en place d’un espace légalisé des pratiques.

A la base de cette construction juridique, un constat récurrent : l’embryon humain est... humain. C’est que l’œuf humain a pu être identifié comme devant “*être respecté et protégé en proportion du potentiel (très réel) qui est le sien de se développer en un être humain autonome*”.<sup>43</sup> Comme un leitmotiv juridique, la dignité humaine à laquelle serait censé pouvoir légitimement prétendre l’embryon humain est attestée dès qu’un texte s’empare de ce dernier. S’inscrivant dans ce courant, le Conseil de l’Europe a proposé en 1989 de fonder la protection due à l’embryon humain non pas sur le respect du droit à la vie mais sur celui de la dignité humaine,<sup>44</sup> principe qui exclut toute instrumentalisation des êtres humains. C’est d’ailleurs à l’occasion du contrôle de constitutionnalité des lois bioéthiques de 1994 que la notion de dignité humaine s’est trouvée consacrée au plus haut niveau de la pyramide des normes juridiques françaises. Ainsi, par une décision du 27 juillet 1994, les Juges constitutionnels ont affirmé que “*la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d’asservissement et de dégradation*” était un principe à valeur constitutionnelle.<sup>45</sup>

Il demeure cependant exact qu’en dépit de l’affirmation réitérée de cette exigence fondatrice de nombreuses règles juridiques en matière de bioéthique tout particulièrement, ce concept de dignité humaine “est encore un terme trop vague qui n’est pas suffisamment conceptualisé”.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Assemblée parlementaire, Conseil de l’Europe, *Avis sur l’utilisation d’embryons et de fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales*, Commission de la science et de la technologie, rapporteur Morf, 12 septembre 1986, Doc. 5628, p. 2 § 3.

<sup>44</sup> Conseil de l’Europe, *Procréation artificielle humaine*, Affaires juridiques, Strasbourg, 1989, point XII, p. 15.

<sup>45</sup> Conseil constitutionnel, Décision núm. 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

<sup>46</sup> M. Delmas-Marty, (Entretiens avec), “L’homme des droits de l’homme n’est pas celui du biologiste”, *Revue Esprit*, Propos recueillis par O. Mongin, 1989, p. 121.

Quelle que soit cette marge d'incertitude, c'est précisément le caractère humain, autrement dit d'appartenance même tenue à l'humanité qui, en droit, confère à l'embryon la légitimité d'une protection juridique. Or, par un effet de balancier, la protection du respect de la dignité humaine devient elle-même en quelque sorte garante "*caractère d'humanité*" de l'embryon humain<sup>47</sup> au point qu'elle est supposée s'appliquer dès les premiers stades de la vie humaine.

Dans cette perspective, un certain nombre de pratiques se trouvent prohibées. Ainsi, la production d'embryons humains à d'autres fins que la procréation fait-elle pour l'heure l'objet d'une réprobation assez générale. En témoigne l'article 18 § 2 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997 qui interdit la "constitution d'embryons humains aux fins de recherche". En adéquation avec la norme européenne,<sup>48</sup> le Code pénal français exclut cette possibilité. Ainsi l'article 511-18 du Code pénal tel que modifié par la récente *loi relative à la bioéthique* du 6 août 2004 sanctionne la conception *in vitro* ou la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche d'une peine allant jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 100 000 Euros d'amende (les peines d'amende étant quintuplées lorsque l'auteur de l'infraction est une personne morale). Toute recherche les impliquant demeure également interdite par la nouvelle législation nationale (*article 511-19 du Code pénal*) qui admet cependant, un tempérament à ce principe. En effet, à titre exceptionnel, la loi du 6 août 2004 convient que lorsque le couple y consent, des études ne portant pas atteinte à l'embryon puissent être menées (*nouvel article L 2151-5 Code de la Santé publique*). Mais surtout, la loi du 6 août 2004 prévoit que durant cinq ans à

<sup>47</sup> Voir J.F. Mattei, *Rapport parlementaire* précité, p. 131.

<sup>48</sup> Pour un panorama des législations nationales européennes en matière de recherche sur les embryons, voir *Survey on the National Regulations in the European Union regarding Research on Human Embryos*, B. Gratton, July 2002, Secrétariat of the European on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, p. 77.

compter de la publication du décret d'application en fixant les modalités, les recherches puissent être conduites sur un embryon surnuméraire, c'est-à-dire conçu dans le cadre d'une conception *in vitro* et ne faisant plus l'objet d'un projet parental (*article L 2151-5 al. 3 Code de la Santé publique*).

Si le fait aujourd'hui en France de procéder au clonage thérapeutique est puni d'une peine allant jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 100 000 Euros d'amende (*article 511-18-1 du Code pénal inséré par la Loi du 6 août 2004*), il est devenu néanmoins possible d'importer des cellules souches embryonnaires. Cette nouvelle possibilité accordée sous certaines conditions aujourd'hui aux chercheurs français étaient interdites sous l'empire des lois de 1994. C'est la raison pour laquelle le 13 novembre 2002, le Conseil d'Etat<sup>49</sup> avait suspendu, au moins provisoirement, l'importation en France de cellules souches embryonnaires, en considérant que le Ministre de la Recherche en autorisant une telle importation avait méconnu les dispositions légales en vigueur alors interdisant à la fois la création et l'expérimentation dont l'objet est l'embryon humain.

On le voit, la stigmatisation légale de certaines applications technicistes à l'embryon humain est directement liée à l'apparition d'un embryon *in vitro* comme produit issu des techniques biomédicales. En cette qualité, il se pourrait par ailleurs que l'embryon artificiellement créé puisse être affecté d'un certain nombre de vices de fabrication. Et, défectueux, cet embryon *in vitro* pourrait bien “être à la source d'une action en responsabilité” prévue par l'article 1382-16 du Code civil.<sup>50</sup>

Il est indéniable que l'embryon *in vitro* est un nouvel “objet” d'observation juridique tout à fait spécifique. Les juges constitutionnels français ne s'y sont d'ailleurs pas trompés en faisant des embryons *in vitro* une catégorie à part. Dans une décision

<sup>49</sup> Conseil d'Etat, 13 novembre 2002, *Association Alliance pour les droits de la vie*, núm. 248310.

<sup>50</sup> E. Z. Legros, “L'embryon défectueux”, in “La vie humaine mise sur le marché?”, *Petites Affiches*, núm. 243, 5 décembre 2002, Institut du droit de l'éthique de l'Université de Lille 2, Lille, 8 mars 2002, p. 63.

rendue le 27 juillet 1994<sup>51</sup> à l’occasion de l’examen du contrôle de conformité à la Constitution des dispositions des lois dites de Bioéthique de 1994, le Conseil constitutionnel français a considéré d’une part que le législateur avait assorti la conception, l’implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* de nombreuses garanties et que d’autre part le législateur avait estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie —principe solennellement affirmé par l’article 16 du Code civil<sup>52</sup> et précédemment inscrit dans la loi du 17 janvier 1975 organisant l’interruption volontaire de grossesse— que ce principe donc n’était pas applicable aux embryons fécondés *in vitro*.

Il semble effectivement tout à fait nécessaire de distinguer, lorsque l’on réfléchit au statut de l’embryon humain, entre l’embryon *in vitro* qui ne sera pas susceptible de développement et l’embryon *in vitro* qui sera implanté dans l’utérus d’une femme pour donner naissance à une personne humaine.

Car c’est, in fine, cette personne humaine qu’il convient en réalité de protéger de toute instrumentalisation, de toute manipulation ou de toute expérience dont les conséquences sont si difficilement mesurables et loin d’être maîtrisables.

<sup>51</sup> Décision núm. 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 concernant la loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

<sup>52</sup> L’article 16 du Code civil: “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”.