

Entre le Sacré et le Profane : Retour sur une querelle idéologique, ontologique et politique sur le statut de l'embryon

Autodétermination et dignité humaine (CEDH)

Patrice Le Maigat



Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Édition électronique

URL : <http://revdh.revues.org/2079>

DOI : 10.4000/revdh.2079

ISSN : 2264-119X

Référence électronique

Patrice Le Maigat, « Entre le Sacré et le Profane : Retour sur une querelle idéologique, ontologique et politique sur le statut de l'embryon », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 mai 2016, consulté le 30 septembre 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2079> ; DOI : 10.4000/revdh.2079

Ce document a été généré automatiquement le 30 septembre 2016.

Tous droits réservés

Entre le Sacré et le Profane : Retour sur une querelle idéologique, ontologique et politique sur le statut de l'embryon

Autodétermination et dignité humaine (CEDH)

Patrice Le Maigat

- 1 Alors que seuls les médecins se sont vus reconnaître un accès légitime au corps humain des personnes, dans une finalité thérapeutique il en va tout autrement de la question de l'accès au corps biologique en tant que tel. L'embryon se trouve donc au cœur de toutes les interrogations qui surgissent à chaque avancée technique ou scientifique dont l'effet est d'accentuer la différence entre l'embryon conçu naturellement et l'embryon fabriqué au laboratoire¹. Contrairement à l'embryon conçu naturellement qui bénéficie d'un respect intrinsèque², « l'embryon conçu *in vitro*, produit récent de la technique médicale, relève de l'ingéniosité de l'homme à vouloir imiter la nature et à la dépasser³ ». Il dérange, inquiète et pose de multiples problèmes d'ordre moral, social et politique⁴.
- 2 En droit, le statut de l'embryon est incertain, il ne peut être considéré comme une personne humaine puisque cette condition ne s'acquiert qu'à la naissance. Il ne peut être non plus véritablement assimilé à une chose puisqu'il est généralement considéré comme un être humain potentiel⁵ ou en devenir, notion ambiguë, puisque cette évolution ne reste qu'une simple éventualité en matière de PMA en fonction du consentement donné par les géniteurs⁶.
- 3 C'est dans ce contexte incertain, que s'insère l'arrêt de la Grande Chambre de la cour européenne des droits de l'homme, rendu public le 27 août 2015 dans l'affaire *Parrillo c. Italie* concernant le don d'embryon humain *in vitro* à des fins de recherches scientifiques. En l'espèce, l'affaire concerne le cas d'une femme italienne, qui a conçu en 2002, dans le cadre d'une procréation médicalement assistée cinq embryons avec son compagnon (le père génétique), qui décède en 2003 dans un attentat en Irak, avant que les embryons n'aient pu être implantés dans l'utérus de la mère⁷. Cette dernière émet alors le souhait de donner ses embryons congelés à la recherche scientifique afin d'aider à trouver des

remèdes à des maladies graves. Le projet est refusé en application de la loi italienne du 19 février 2004 relative à la procréation qui interdit les expériences sur les embryons humains, y compris à des fins de recherche⁸. Après avoir intenté sans succès plusieurs procès en Italie, elle a introduit une requête auprès de la CEDH le 26 juillet 2011.

- 4 Le 28 janvier 2014, la Chambre en charge de cette affaire se dessaisie de cette affaire et la renvoie à la Grande Chambre de la Cour, car le jugement de ce cas requérait une interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme sur un sujet controversé au sein du Conseil de l'Europe, puisqu'il n'y a pas en l'espèce de consensus sur la question sensible du statut de l'embryon.
- 5 L'arrêt, par ses motifs, revêt une importance considérable, puisque dix-sept juges se sont prononcés sur cette affaire (16 contre 1), et constitue une solution de principe en reconnaissant que le don d'embryons relève du droit à la vie privée, puisque les dits embryons sont issus du patrimoine génétique et sont en cela constitutifs de l'identité des géniteurs. Néanmoins, l'arrêt de la CEDH, démontre une nouvelle fois, par ses incohérences, l'incapacité du droit à définir un cadre juridique pour l'embryon, avec comme principale conséquence de mettre la vie privée à l'épreuve de « l'autrui » (1°). De fait, le corps biologique se retrouve, avec l'avancée des techniques scientifiques, de plus en plus en question, et par conséquent, la recherche d'un statut pour l'embryon est devenue une véritable nécessité, pour ne pas céder à l'éthique de la peur⁹ ou de la morale (2°).

1°/- Incohérence et contradiction du droit dans la recherche d'un statut de l'embryon : Le droit au respect de la vie privée confronté à « l'autrui »

- 6 Malgré des travaux très importants, les juristes ne sont toujours pas parvenus à s'accorder sur le statut juridique de l'embryon, sur sa nature, son essence. Il n'est pas aisé, en effet, de dégager en droit positif de lignes directrices claires concernant la condition juridique de l'être humain non encore né. Qu'il s'agisse des droits constitutionnellement protégés ou des droits reconnus par des traités internationaux, l'application des droits fondamentaux de l'homme à la vie prénatale est particulièrement incertaine et floue et relève bien souvent de la fiction et du dogmatisme. Il est particulièrement intéressant de noter sur ce point que les approches médicales, scientifiques, sociales et philosophiques de la question sont bien souvent très différentes de celles des juristes. Comme le soulignent C. Labrusse-Riou et F. Bellivier, « *la difficulté tient d'abord à la question de savoir si la dignité et le respect de la vie constituent des droits subjectifs ou s'il s'agit de normes objectives créant des devoirs auxquelles ne correspondent pas nécessairement des droits individuels ; ensuite si on considère qu'il s'agit de droits subjectifs à la dignité ou à la vie, ils ne peuvent être reconnus que si leur titulaire est pas ailleurs considéré comme une personne en droit*¹⁰ ». »
- 7 A cet égard, l'arrêt de la CEDH est donc particulièrement remarquable d'incohérence. En indiquant clairement que le droit de disposer de ses embryons en faveur de la recherche scientifique est protégé par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, mais ne constitue pas un droit fondamental (A), et que l'embryon est protégé par le principe de dignité, et ne peut être considéré comme un bien au titre du droit de propriété (B), les juges de la CEDH, ont manqué l'occasion d'affirmer que le droit à

l'autodétermination, c'est à dire le droit d'agir de manière libre et autonome en considération de son empreinte génétique, ne relève pas simplement du droit à la vie privée mais correspond à l'exercice de ce droit¹¹.

A - La consécration d'un nouveau droit de l'homme : Celui des parents de disposer de leurs embryons, un droit non fondamental ?

- 8 Dans l'affaire rapportée, la CEDH est amenée pour la première fois à se prononcer sur la question de savoir si le droit au respect de la vie privée¹² peut englober le droit de disposer d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* dans le but d'en faire don à la recherche scientifique et de décider en conséquence du sort des embryons. La question posée à la Cour est celle des embryons surnuméraires, dans l'hypothèse (très fréquente) ou le couple n'utilise pas tous ceux qui ont été congelés. Les embryons ne font plus l'objet d'un projet parental et ne seront donc pas réimplanter *in utero*. Peuvent-ils alors être utilisés à des fins de recherche avec l'accord des géniteurs ?
- 9 Les opinions sont, sur ce point, très divisées, et bien qu'il soit évident que l'étude sur les cellules souches est indispensable aux progrès scientifiques et thérapeutiques, certains redoutent une utilisation commerciale et déshumanisée des embryons, sous couvert d'une visée thérapeutique. Il est vrai que dans ce domaine, les techniques de péri-conception évoluent rapidement et les phantasmes concernant d'éventuelles dérives, également¹³.
- 10 En l'espèce, la Cour conclut que « la possibilité pour la requérante d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons touchent un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination » (paragraphe 159 de l'arrêt) et que l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'applique. On peut donc considérer que la Cour crée ici en vertu du droit à l'autodétermination un nouveau droit de l'homme sous la notion de vie privée, en permettant aux parents de disposer de leurs embryons et de décider de leurs sort. Cette solution est justifiée par le fait que les embryons renferment le patrimoine génétique de la personne et représentent à ce titre une partie consécutive de celle-ci et de son identité biologique¹⁴.
- 11 Suivant en cela la requérante, la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large qui ne se prête pas à une définition exhaustive et qui englobe notamment un droit à l'autodétermination (paragraphe 154 de l'arrêt). En outre, cette notion recouvre le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent.
- 12 Mais la solution de la Cour est déconcertante, puisqu'en l'espèce elle conclut à la non violation de cette disposition au motif notamment que l'interdiction litigieuse est « nécessaire dans une société démocratique » à la protection des droits et libertés d'« autrui » au sens de l'article 8, paragraphe 2 de la Convention, à savoir la protection de « la potentialité de vie dont l'embryon est porteur », car dans « l'ordre juridique italien, l'embryon est considéré comme un sujet de droit¹⁵ » (paragraphe 165 et 167 de l'arrêt).
- 13 Cette notion d'« autrui » est donc au cœur de la problématique et perturbe le débat, car la Cour s'est bien gardée de préciser si cette notion « d'autrui » englobe l'embryon humain, car qui est « autrui » ? L'embryon est-il « autrui », c'est-à-dire une personne ? Il n'y a pas de réponse objective, sauf que l'embryon est décrit dans la loi italienne de 2004 comme un « sujet » ayant des droits. Pour autant, le fait qu'il ne tombe pas dans la catégorie des

biens ne peut pas faire automatiquement de l'embryon un être humain ou un titulaire de droits¹⁶. Par ailleurs, un point qui n'a pas encore été suffisamment relevé concerne la définition même de « sujet » dans la théorie juridique italienne, pour laquelle un « sujet » est un point de référence pour les relations juridiques, pas une personne. Toutes les personnes sont des sujets, mais tous les sujets ne sont pas des personnes (“Ogni persona è soggetto, non ogni soggetto è persona”)¹⁷. Il est évident qu'au titre de la personnalité juridique, un embryon n'est pas une personne, même si la loi tente de le protéger ce qui peut laisser à penser que l'embryon n'est pas qu'un seul amas de cellules, du fait qu'il est à l'origine de la vie humaine, et qu'il doit donc être mieux respecté que les autres cellules.

- 14 La confusion vient du fait que « *autrui* » renvoie d'un point de vue sémantique à la notion de « personne », ce qui par une fiction syllogistique et par un raccourci intellectuel permet à certains de dire que l'embryon est une personne. Or, rien n'est moins sûr. Entre l'être humain et « l'avoir biologique de quelqu'un¹⁸ », il y a certainement d'autres raisonnements possibles, même si cela implique la remise en cause d'un principe fondateur du droit, la *summa divisio* entre les choses et les personnes.
- 15 Malheureusement l'arrêt de la CEDH ne nous est d'aucune aide sur ce point. En fait, face à l'importance des questions morales et éthiques soulevées par cette affaire, la CEDH, en laissant à l'Italie sa souveraineté étatique, et le soin d'accorder à l'embryon le degré de protection souhaité, refuse de prendre la responsabilité de définir un statut juridique à l'embryon en dehors de tout consensus européen. En cela, la CEDH est fidèle à sa position, puisqu'elle a déjà eu à connaître de nombreuses affaires sensibles dans lesquelles se posaient des questions fondamentales touchant à la potentialité de la vie humaine, au début de la vie humaine, et à la vie humaine embryonnaire ou fœtale, en rapport ou non avec les droits de la personnalité d'autrui. Bien que la Cour ait jugé dans ces affaires que les questions ayant trait à la procréation et, en particulier, à la décision de devenir ou de ne pas devenir parent, constituent un aspect de la vie privée des personnes¹⁹, elle s'est toujours abstenue de statuer sur le point fondamental de savoir à quel moment débute la « vie protégée » par la Convention. En conséquence, elle s'est toujours gardée de se prononcer sur le statut de l'embryon humain en tant que tel.
- 16 Dans l'affaire *Parillo c. Italie*, la requérante considérait que son droit de propriété sur ses cinq embryons avait été violé, car elle ne pouvait pas les donner et elle était obligée de les maintenir en état de cryoconservation jusqu'à leur mort selon la loi italienne. Elle estimait de ce fait que les embryons ne sauraient être considérés comme des individus et que du point de vue juridique, ils sont des « biens ». Comme la Cour le reconnaît dans le présent arrêt, la requérante revendiquait en réalité le droit de « disposer d'embryons » (paragraphe 149) ou, en d'autres termes, le droit de « décider du sort » d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* (paragraphe 152). Or la Cour juge ici, pour la première fois, que le fait de « décider du sort » d'embryons ou d'en « disposer » relève du droit des personnes au respect de leur vie privée²⁰. Le présent arrêt marque donc un tournant décisif dans la jurisprudence de la Cour. Il s'agit là d'une décision d'une portée considérable sur le statut de l'embryon humain, mais limitée car le droit ainsi reconnu n'est pas de caractère fondamental du fait de l'ingérence des Etats dans la protection de l'embryon et de leur large marge d'appréciation²¹. Cette théorie sur la marge d'appréciation des Etats, telle qu'interprétée par la Cour, est néanmoins contestable car les Etats sont exonérés de l'obligation de fournir une justification matérielle de l'existence d'un besoin impérieux d'opérer une ingérence.

- 17 Pour se justifier sur la nécessité de la mesure dans une société démocratique, la Cour rappelle que la présente espèce ne concerne pas un projet parental à la différence des affaires dont elle a déjà eu à connaître²². Dans ces conditions le droit de donner des embryons à la recherche scientifique invoqué ne fait pas partie du noyau dur des droits protégés par l'article 8 de la Convention en ce qui ne porte pas sur un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressé. En conséquence il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une grande marge d'appréciation en l'espèce, d'autant plus qu'il n'existe en la matière aucun consensus européen²³. L'Italie n'est pas le seul État membre du Conseil de l'Europe à proscrire le don d'embryons humains à des fins de recherche scientifique²⁴.

B - La protection de l'embryon humain par le principe de dignité : Un axiome discutable face à une entité inclassable

- 18 Depuis quelques années, le débat autour de la recherche sur l'embryon et de la procréation médicalement assistée a pris le relais du débat sur l'avortement²⁵. La question divise toujours autant et cristallise encore les passions autour de deux principaux courants idéologiques²⁶, celui des « pro-vie » et celui des « pro-choix²⁷ ».
- 19 Dans ce débat, la notion de dignité humaine joue désormais un rôle de premier plan. Mais ce concept, valeur refuge, si régulièrement invoqué, ne cache-t-il pas en fait le désarroi des juges face à un problème éthique et moral insurmontable ?
- 20 La dignité humaine est un concept protéiforme, ambivalent, aux significations multiples, renfermant une variété de notions et de régimes juridiques. En la matière, comme le souligne Constance Grewe, « des antinomies ou des tensions s'y dessinent entre l'objectif et le subjectif, entre l'humanité (être humain) et la personnalité (autonomie), entre la liberté et le devoir ou le respect²⁸ ». Lorsqu'il s'agit de « droits relatifs », comme c'est le cas en matière de vie familiale, le recours au principe de dignité est de plus en plus fréquent, mais l'expression de « dignité humaine » est souvent utilisée dans un sens très vague et sans définition précise²⁹. En effet, la réception dans l'ordre juridique de ce concept, à l'origine philosophique, pose plusieurs difficultés.
- 21 La première découle de l'ambiguïté de la notion, car contrairement aux droits fondamentaux, la dignité humaine ne protège pas une activité spécifique, mais l'ensemble des droits de l'humanité. Il se pose aussi la question de savoir si la dignité humaine est bien dans la lignée des droits de l'Homme, car ces instruments se réfèrent à la dignité humaine en même temps qu'à l'égalité, à la liberté et aux droits fondamentaux. Pour une partie de la doctrine la dignité est inhérente (innée) et inaliénable ; autrement dit, elle est une valeur primordiale et prééminente et s'impose à toute activité étatique. Il s'agit d'un principe axiologique³⁰.
- 22 Le principe de dignité humaine a souvent été utilisé face aux risques de réification de la personne que présentent les progrès scientifiques, permettant d'affirmer que l'on ne doit pas traiter l'homme comme un objet et l'instrumentaliser³¹. Mais, encore faut-il préciser quels sont les individus dignes de respect. Depuis le droit romain, il est traditionnel d'opposer les personnes et les choses, mais cette *summa divisio* est pourtant de plus en plus remise en cause, malgré une forte résistance³². Entre réification de la personne humaine et personnification de certaines choses, les frontières s'estompent, notamment devant l'accélération des innovations scientifiques et des progrès de la médecine³³.

- 23 Pour beaucoup d'auteurs, cette solution de la dignité humaine de l'embryon est évidente et ne souffre d'aucune contestation possible, mais à notre sens, il s'agit avant tout d'une fiction juridique sur le fondement de l'adage *infans conceptus* permettant à l'embryon d'être titulaire d'une personnalité dès sa conception s'il y va de son intérêt. De cette fiction juridique, l'embryon n'a ni capacité de jouissance ni d'obligations. Il ne peut donc être considéré comme une personne juridique. Au mieux, c'est comme l'a souligné le doyen Carbonnier une personnalité incomplète « non sujet de droit ».

2°/- Ni chose, ni personne : Le corps biologique en question

- 24 Dans la pratique, les techniques modernes de péri-conception manipulent l'embryon humain comme des objets (congélation, stockage, décongélation, implantation), ou les traitent comme des moyens en utilisant des tissus fœtaux pour traiter des déficits immunitaires ou neurologiques. L'arrêt rapporté, malgré la grande prudence dans les termes retenus dans sa motivation, utilise également un vocabulaire utilitaire et une conception positiviste de l'embryon, en parlant de « partie constitutive » du matériel génétique de la personne.
- 25 Pour certains, ces procédés et cette terminologie vont à l'encontre de l'affirmation du respect de la personne humaine, proclamé par de nombreuses conventions internationales et reconnus par les constitutions de la plupart des pays. Il y aurait ainsi conflit entre le principe du respect dû à l'être humain et l'instrumentalisation de cet être humain aux stades embryonnaire ou fœtal. A moins que l'embryon ne soit tout simplement pas une personne humaine ?
- 26 L'embryon, en tant que corps biologique, se trouve en conséquent au cœur de la réflexion philosophique et des sciences sociales (A), et son statut métaphysique d'« entité flottante » est aujourd'hui, avec le développement des nouvelles techniques scientifiques, complètement à la dérive, et l'empêche dans l'état actuel du droit positif, de recevoir une consécration juridique véritablement satisfaisante (B).

A - Le statut de l'embryon humain à l'épreuve de la réflexion philosophique et des sciences sociales

- 27 L'être prénatal fait l'objet en philosophie, en théologie et en droit d'une importante littérature, qui s'efforce notamment de définir son statut ontologique et juridique. Pendant longtemps, l'impossible faisait figure d'interdit, mais comme le souligne A. Cayol, « le champ des possibles s'étendant, il devient nécessaire de poser des limites et, pour cela, de définir précisément les notions³⁴ ». Dès lors, il est absolument nécessaire aujourd'hui de distinguer la personne humaine de la personne juridique, car il s'agit de deux approches complètement différentes.
- 28 La personnalité juridique relève en effet d'un concept et non d'une réalité. L'étymologie latine³⁵ du mot personne nous rappelle en effet que la personnalité juridique n'est pas réservée qu'aux seuls êtres humains. Elle peut également être attribuée à des groupements, auxquels le droit accorde la qualité de personne morale. Depuis quelques années se pose également la question des droits des personnes non-humaines³⁶.

- 29 En sciences sociales, beaucoup de travaux sont orientés à la fois par les controverses sur l'avortement qui, bien que légalisé, fait encore l'objet de vives contestations, et par la problématique croissante de la recherche sur l'embryon³⁷. Par ailleurs, d'autres travaux axés sur la réflexion socio-anthropologique, liés au développement des techniques médicales de procréation, posent le problème des rapports entre description empirique et enjeux normatifs, et tentent également de lever une partie du voile sur le mystère de l'embryon. Le débat juridique contemporain ne peut ignorer cet aspect transversal et pluridisciplinaire.
- 30 L'embryon a incontestablement une origine humaine puisqu'il est formé par la fusion de l'ovocyte et du spermatozoïde provenant eux-mêmes de l'humain. Mais est-il pour autant une personne humaine ? Cette question cruciale ne cesse de diviser la société et la diversité des opinions philosophiques sur le statut de l'embryon traduit bien l'incertitude de la réflexion sur le respect qu'il faut lui accorder.
- 31 Bien que de nombreux auteurs contestent la position de la CEDH soutenant que le commencement de la vie humaine est une notion susceptible d'une « pluralité de vue » parmi les différents Etats membres », et considèrent que le commencement de la vie humaine est évidemment un fait biologique connu et réalisé par la fusion de gamètes³⁸, il est possible de distinguer trois principaux courants de pensée pour tenter de répondre à cette question. Deux de ces positions sont antinomiques et permettent notamment de distinguer sur le plan juridique, les « pro-vie » et les « pro-choix ».
- 32 La première qui se rapproche des positions de l'Église catholique considère l'œuf fécondé comme un être humain dont la valeur est inviolable et qui a droit à la vie. Il en résulte que la sélection d'embryons, leur manipulation ou leur utilisation pour la recherche doit être purement et simplement prohibée. La position opposée n'accorde à l'embryon qu'une très faible valeur morale, celle d'un tissu d'origine humaine, d'un amas de cellule et il n'est donc pas nécessaire de le protéger ou de lui reconnaître un droit à la vie. Cette position rejoint celle de certains chercheurs travaillant sur des embryons pour lesquels tout projet parental est abandonné. La troisième position, quant à elle, est dite gradualiste et considère que l'œuf fécondé est digne de respect dès sa conception, mais que ce respect s'accroît à mesure du développement de l'embryon et de celui du fœtus. Il existe de nombreuses déclinaisons de cette approche qui accordent à l'embryon tantôt un droit à la vie, tantôt un droit à se développer dont l'importance se renforce au moment de la viabilité du fœtus où elle atteint un niveau le plus élevé³⁹. Ces conceptions gradualistes s'appuient sur divers arguments et reposent sur plusieurs raisonnements, notamment le recours à la biologie⁴⁰, à la notion de personne et au concept de potentialité.
- 33 Le concept philosophique de potentialité, notamment implique que l'embryon même s'il n'est pas une personne, possède en puissance la propriété de le devenir au terme de son développement. Dans ce cadre, deux opinions s'affrontent : la première précise qu'en dépit de sa potentialité, l'embryon est différent de l'être constitué et ne peut se voir assimilé à une personne. L'autre position affirme que l'embryon ayant de fortes chances d'aboutir à devenir un être humain, il convient de lui accorder le même respect et de le protéger. Mais, la biologie vient tempérer cette discussion, puisque deux tiers des embryons conçus naturellement ne parviennent pas à s'implanter, et que le taux de réussite du transfert embryonnaire au cours de la procréation médicalement assistée n'est que de 25 à 30 % à chaque tentative. L'idée de potentialité tempérée par la biologie, est donc fortement récupérée par les médecins spécialistes en reproduction humaine. Ils

sont à la fois artisans de la création de l'embryon, responsables de son devenir, et garants de sa normalité.

- 34 Néanmoins, malgré la multiplicité des travaux qui lui ont été consacrés, la réflexion philosophique ne parvient à définir un statut de l'embryon qui permette de construire un concept cohérent, et s'avère incapable de formuler une réponse probante à la question de savoir si l'embryon constitue ou non une personne humaine, car même si l'embryon peut se structurer lui-même et porter en lui une mystérieuse finalité, son sens n'en demeure pas moins caché, ce qui le rend pour l'essentiel réductible à sa matérialité biologique.

B - L'embryon humain : Une entité flottante à la dérive

- 35 Dans l'arrêt *Parrillo c. Italie*, la requérante estimait que les embryons ne sauraient être considérés comme des individus et que du point de vue juridique, ils sont des « biens ». Que faut-il en penser ?
- 36 Selon l'expression de S. Bateman, l'embryon est une sorte « d'entité flottante⁴¹ », un être hybride face à la traditionnelle distinction entre les choses et les personnes au regard du droit, qui ne connaît pas dans ce domaine de catégorie intermédiaire. Peut-on parler d'objet humain prénatal ? Et que penser du devenir de l'embryon perdu dans les limbes du projet parental, un simple objet⁴² ? Comme le souligne R. Fredman « *On ne peut respecter l'embryon que dans la mesure où celui-ci est porteur du désir de naissance de ses géniteurs. Car déshabité du désir de naissance de ses parents biologiques et en dernier ressort de sa mère biologique, de sujet potentiel, il devient objet⁴³* ».
- 37 Sur le plan juridique, certains auteurs considèrent que refuser de qualifier l'embryon de personne humaine lui ôte une partie de sa protection et qu'il est choquant de classer dans la catégorie des choses, un être humain. Cette argumentation est recevable mais inappropriée car s'il peut effectivement paraître choquant de qualifier l'embryon de chose sur le plan philosophique, moral ou religieux, cette notion est avant tout essentiellement juridique. En fait, les concepts d'être et de chose ne sont pas incompatibles car la notion de chose ne vise pas seulement des éléments inertes ou inanimés. Ainsi, l'animal est un être vivant doué de sensibilité depuis la loi du 16 février 2016, introduisant un nouvel article 515-14 dans le Code civil, ce qui ne l'empêche pas de toujours figurer figure dans le livre 2 de ce même code consacré aux biens.
- 38 Il ne faut donc pas confondre la catégorie juridique avec le régime applicable. Ainsi, une chose, au sens juridique peut bénéficier d'un régime protecteur.
- 39 Il y a toujours cette confusion entre les notions de personne juridique et de personne humaine. En droit positif, la personnalité juridique ne commence qu'avec la naissance, en conséquence de quoi, l'embryon ne peut être considéré que comme une chose, en l'absence de catégorie intermédiaire et l'adage *infans conceptus* pour rattacher la personnalité juridique à la conception nous paraît particulièrement artificiel.
- 40 En fait, la principale question à laquelle il convient de répondre pour statuer juridiquement sur l'embryon consiste à savoir si celui-ci doit se réduire à sa matérialité organique ou pas.
- 41 Dans un second temps, il convient de définir la catégorie dans laquelle le situer et le régime applicable.
- 42 Face aux avancées de la science, et pour une humanité transformée, l'embryon, n'étant ni une personne ni une chose comme les autres, doit pouvoir bénéficier d'un statut

véritable, même si l'on pourrait simplement se contenter de le considérer, par sa nature humaine, comme une *chose digne de respect*, avec un régime juridique protecteur.

- 43 Malheureusement, proposer la création d'une troisième catégorie intermédiaire entre les personnes et les choses, revient pour certains, à repenser le droit avec de dangereuses perspectives.
- 44 N'est-ce pas pourtant ce qu'il convient de faire aujourd'hui dans une approche transhumaniste du droit et de la société, afin d'améliorer les conditions de la vie humaine en dépassant les limitations biologiques ?
- 45 L'embryon n'est ni « une personne potentielle », ni une « personne en devenir », ni « une personne par destination », ni un « être humain sans personnalité juridique », car juridiquement l'embryon n'est pas une personne.
- 46 En revanche, l'embryon est certainement comme le définit M. A. Hermitte un « être à statut intermédiaire⁴⁴ », ou selon la conception de S. Bateman un « être hybride » que l'on pourrait qualifier d'*être-chose* mais qui ne rentre absolument pas dans les critères de ce que la raison de l'humanisme des lumières définit comme une personne digne de droits, c'est à dire libre, consciente, autonome, capable de relation.
- 47 Cette nouvelle catégorie d'*être-chose* doit bien sûr être précisée davantage au niveau de ses critères constitutifs mais pourrait certainement par la suite trouver une application en matière d'intelligence artificielle. On pense notamment aux personnes non-humaines, tout particulièrement aux robots humanoïdes.

Conclusion

- 48 La présente étude révèle l'incapacité du droit positif à trouver un consensus sur les pratiques liées à la procréation médicalement assistée, notamment celles en rapport avec l'embryon humain, en particulier *in vitro*, dont les représentations oscillent du statut de « cellules » à celui de « personne »⁴⁵.
- 49 Désarroi des idéologues, embarras des politiques, hésitations des juristes, la recherche d'un statut pour l'embryon se heurte à la pluralité des croyances⁴⁶, à la pluralité des situations (couples demandeurs d'enfant, chercheurs désireux de progresser dans leur connaissance de l'embryon, médecins), et à la nécessité de légiférer pour éviter les dérives scientifiques et médicales, car quelles que soient les convictions des uns et des autres quant au statut ontologique de l'embryon humain, la seule certitude semble précisément être son caractère humain.
- 50 L'embryon reste un problème éthique, juridique et politique, même s'il est évident que la vision de l'embryon par la société a évolué et que l'évolution de la science et de la médecine, ainsi que le droit à l'enfant, que l'on retrouve désormais dans de nombreux textes législatifs, laissent à penser que l'évolution juridique en la matière, ne fait que commencer. Par ailleurs, certaines techniques de reprogrammation cellulaires et la mise au point de l'utérus artificiel pourraient remettre définitivement en question tous les fondements de l'éthique de la procréation.
- 51 C'est pourquoi plutôt que de céder à une éthique de la peur selon la perception de Hans Jonas⁴⁷, il est préférable d'évaluer à chaque avancée technique dans ce domaine, les implications que ces procédés peuvent avoir sur le devenir de l'humain.

- 52 Mais tant que les juristes n'auront pas clairement répondu à la question de savoir si l'on doit trouver une discontinuité dans le processus de fécondation, entre le moment où de simples cellules, potentiel d'humanité, deviennent un humain potentiel, l'ambiguïté de l'embryon constituera un obstacle à toutes les avancées médicales, notamment, en matière de maladies génétiques.
- 53 Ainsi, les interrogations demeurent et rien n'attestent que l'embryon disposera prochainement d'un statut juridique précis et consensuel, car le droit est toujours incapable de répondre à la question fondamentale : à quel moment commence la vie et à quelle moment une cellule devient-elle un être humain ?

*

- 54 **Cour EDH, G.C. 27 août 2015, Parrillo c. Italie, Req. n° 46470/11**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. D. Thouvenin : « L'accès au corps humain et à l'embryon humain : une tentative d'arbitrage des intérêts contradictoires par les lois bioéthiques », *Champ Psy*, 3/2009 (N° 55), p. 39-62.
2. De très nombreux mythes à l'origine de la réflexion religieuse et philosophique sont attachés à l'embryon dans toutes les cultures à travers le monde.
3. M. Adjiman : « L'impossible statut de l'embryon », *Champ psy*, *op. cit.* p. 124.
4. M. Adjiman, *ibidem*, p. 134-135, « L'incertitude qui caractérise le statut de l'embryon est en grande partie liée à la production en laboratoire qui a pour effet d'en banaliser l'obtention et par voie de conséquence de leur faire perdre une partie du respect qu'on leur témoignait. Alors que dans la conception naturelle, le lien avec la sexualité et la grossesse assure à l'embryon une place qu'il n'est pas prêt de perdre »
5. France : avis n° 1 du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) du 22 mai 1984. Cette position est aujourd'hui dépassée en raison de l'apparition des nouvelles techniques de procréation.
6. Affaire Evans c. Royaume-Uni, n° 6339/05, CEDH, 2007-I.
7. Les embryons ont été placés en cryoconservation dans le centre AMP italien.
8. Aux termes de l'article 13 § 5 de cette loi, toute violation de cette interdiction est passible de sanctions sévères, y compris de peines d'emprisonnement pouvant aller de deux à six ans.
9. Selon la conception de Hans Jonas, Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique (1979).

10. C. Labrusse-Riou et F. Bellivier, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », RIDC, 2-2002, p. 586.
11. Voir en ce sens l'opinion dissidente du juge de la CEDH Andras Sajo en annexe de l'arrêt.
12. Il ne s'agit pas ici de l'aspect « vie familiale » car Mme Parrillo a renoncé à son projet parental d'avoir un enfant avec les embryons congelés.
13. Depuis quelques années, les propriétés des cellules souches totipotentes et les manipulations biologiques destinées à reprogrammer les cellules, capables de les faire revenir à l'état de cellules souches, rendent de plus en plus incertain le statut ontologique de l'embryon.
14. De nombreuses critiques s'élèvent contre cette conclusion estimant que l'embryon ne saurait être considéré comme une simple partie constitutive de l'identité de telle ou telle personne, que cette identité soit biologique ou d'une autre nature. Voir en ce sens les opinions séparés des juges Casadevall, Ziemele, Power-Forde, de Gaetano et Yudkivska considérant que si l'embryon « hérite du patrimoine génétique de ses « parents » biologiques, l'embryon humain n'en est pas moins une entité séparée et distincte dès les tout premiers stades de son développement ».
15. La loi italienne du 2 avril 2004 interdit toute expérimentation sur des embryons humains et donc tout don embryon à des fins de recherche. Elle interdit de créer plus de trois embryons par couple et tous sont destinés à une réimplantation. Autrement dit ceux qui ne sont pas réimplantés doivent rester congelés indéfiniment.
16. Les organes, par exemple, ne sont pas traités comme des biens, mais cela ne leur confère pas pour autant la qualité « d'êtres humains ».
17. Voir en ce sens l'opinion dissidente du juge Sajo en annexe de l'arrêt, et la référence citée, Cass., 24 juillet 1989, n° 3498, dans Foro it., 1990, I, c. 1617.
18. A. Popescu : « L'arrêt Parrillo c. Italie : un considérable pas en arrière, malgré la protection de l'embryon humain in vitro italien », www.village-justice.com, 2015.
19. Evans c. Royaume-Uni ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I), Dickson c. Royaume-Uni ([GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V), Brüggemann et Scheuten c. Allemagne (n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977, Décisions et rapports (DR) 10, p. 100), et H. c. Norvège (n° 17004/90, décision de la Commission du 19 mai 1992, DR 73, p. 155).
20. De nombreuses critiques conservatrices considèrent idéologiquement que le droit à l'autodétermination de l'individu, par exemple de devenir parent ou non, ne peut avoir comme objet d'autres êtres humains, y compris leurs propres enfants, justifiant ainsi que l'abandon d'un projet parental ne permet pas de changer la destination et la finalité de l'embryon conçu. Cette conception est complètement antinomique de la solution selon laquelle « le destin de l'embryon » relève de la sphère de la vie privée en vertu du « lien existant entre la personne qui a eu recours à une fécondation *in vitro* et les embryons ainsi conçus ».
21. Il convient toutefois de noter que la marge des Etats n'est pas illimitée puisqu'il revient à la CEDH d'examiner les arguments dont le législateur a tenu compte pour parvenir aux solutions retenues, afin de déterminer le juste équilibre entre les intérêts de l'Etat et ceux des individus touchés par ces solutions.
22. La Cour relève que rien n'atteste que le compagnon de la requérante aurait fait le même choix, sachant que le projet parental est synallagmatique et ne peut être révoqué par une seule des parties.
23. Comme le souligne le juge Sajo dans son avis, l'absence de consensus européen sur l'existence d'un droit ne devrait pas être interprétée contre l'existence de ce droit, « alors même que l'existence d'un tel droit peut être déduite de la notion autonome d'un droit

fondé sur la Convention, aussi, par exemple, à la lumière des évolutions du droit international et des réalités sociales. Si l'exercice d'une liberté a été autorisé au moins dans certains pays, cela devrait alors créer une présomption en faveur de ce droit fondé sur la Convention dès lors que celui-ci est par ailleurs compatible avec une interprétation raisonnable de la signification et de la portée du droit en question. Cela n'exclut pas la possibilité qu'il peut y avoir de bonnes raisons dans un autre pays pour restreindre ce droit ».

24. Au niveau européen, les limites imposées par les textes ont comme objectif principal d'éviter les dérives en matière biomédicale. C'est le cas notamment de l'interdiction de créer des embryons humains à des fins de recherche scientifique (article 18 de la Convention d'Oviedo), ou de breveter des inventions scientifiques dont le processus nécessite la destruction d'embryon.

25. La solution de l'affaire *Parrillo c. Italie* pourrait relancer en Europe la question de l'avortement.

26. Voir en ce sens les observations en tierces oppositions soumises à la CEDH dans l'affaire *Parrillo c. Italie*, notamment celles particulièrement conservatrice de l'*European Center for Law and Justice* (ECLJ)

27. La question du statut de l'embryon humain a été débattue dans les années 1970 à propos de la libéralisation de l'avortement en termes de liberté individuelle (droit des femmes à disposer d'elles-mêmes face au « droit à la vie » du fœtus caché dans le corps de sa mère), puis dans les années 1980 en matière d'application des techniques de procréation médicalement assistée, en termes de responsabilité collective à l'égard de l'embryon séparé, conçu en éprouvette, et réimplanté.

28. C. Grewe, « La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Intervention à la 7ème conférence-débat du Centre de droit public comparé, Université Panthéon-Assas Paris II*, 30 octobre 2014, *Revue générale du droit, Etudes et réflexions* 2014, numéro 3, p. 2.

29. La dignité renvoie à ce qu'il y a d'humain dans l'homme.

30. Longtemps absent des textes de droit interne, le principe de dignité de la personne humaine a été consacré dans la loi française en 1994 numéro a été consacrée en France par la loi du 29 juillet 1994, insérant un article 16 dans le Code civil, aux termes duquel « la loi interdit toute atteinte à la dignité humaine ». Le Conseil constitutionnel a par ailleurs érigé la dignité humaine en principe à valeur constitutionnelle dans sa décision « Bioéthique » du 27 juillet 1994.

31. B. Mathieu, « les droits fondamentaux : les contraintes (?) du droit international et du droit constitutionnel », *Revue Général de droit médical*, n° spécial, *La recherche sur l'embryon : qualification et enjeux*, 2000, p. 217

32. J.C. Honlet, « Adaptation et résistance des catégorie de droit privé », in *Le droit saisi par la biologie, des juristes au laboratoire*, C Labrusse-Riou (dir), Paris, LGDJ (Bibliothèque de droit privé, t. 259), 1996, p. 254.

33. A. Cayol, « Avant la naissance et après la mort : l'être humain, une chose digne de respect », *CRDF*, n° 9, 2011, p. 117-126.

34. A. Cayol, op. cit. p. 119.

35. Le mot « personne », du latin *persona*, terme lui-même dérivé du verbe *personare*, qui veut dire « résonner », « retentir » désigne en définitive le masque du théâtre antique équipé d'un dispositif spécial pour servir de porte voix, montre l'ambiguïté du concept. C'est le droit romain qui a utilisé cet artifice pour attacher des droits à une entité que l'on juge digne d'être protégée, et nous l'a transmis en héritage.

36. On pense notamment aux animaux et aux robots. Le droit romain semble dès lors complètement anachronique.

37. A.S. Giraud « L'embryon humain en AMP, éléments pour une approche relationnelle », *Enfances, Familles, Générations*, n° 21, 2014, p. 48-69.

38. G. Puppincq, « CEDH : les embryons humains ne sont pas des choses et leur destruction peut être interdite », www.village-justice.com, 20317.

39. M. Adjiman, op. cit. Morale déontologique, morale conséquentialiste, morale de la vertu.

40. Parmi les arguments biologiques, le plus démonstratif est celui de l'unicité de l'être. A la suite de la fusion des chromosomes maternels et paternels, l'œuf fécondé se trouve pourvu d'un capital génétique unique en son genre. Seuls, les vrais jumeaux consécutifs d'une scission de l'œuf fécondé, représentent l'exception à cette règle.

41. Bateman-Novaes S. et T. Salem, « Embedding the Embryo », dans *The Future of Human Reproduction: Ethics, Choice and Regulation*, sous la dir. de J. Harris, et S. Holm, Oxford University Press, 1998, p. 101-126.

42. Les chercheurs anglo-saxons (Johnson M.H. 2006) ont tenté de présenter un statut de l'embryon qui détermine clairement la différence entre l'embryon dont la finalité est d'aboutir à un enfant et l'embryon assimilé à un tissu d'origine génétique humaine (Human Genetic Tissue).

43. R. Fredman, *L'irrésistible désir de naissance*, Paris, 1986, p. 34-35.

44. M. A. Hermitte, « La recherche sur l'embryon : qualification et enjeux », *Revue générale de droit médical*, n° spécial, p. 23

45. A. S. Giraud, « L'embryon humain en AMP, éléments pour une approche relationnelle », *Enfances, Familles, Générations*, n° 21, 2014, p. 48-69.

Il apparaît par ailleurs qu'il existe aujourd'hui des représentations bien plus complexes de l'embryon *in vitro* que ne laisse supposer le débat social binaire, centré sur deux visions opposées « chose » ou « personne ».

46. Il n'existe aucune description des premiers temps de la vie humaine neutres par rapport aux différentes visions du monde, suffisamment dépourvus de préjugés.

47. Hans Jonas, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, op.cit.

RÉSUMÉS

Si l'embryon est humain, est-il pour autant une personne humaine ? Peut-on en disposer librement ? Sa nature relève-t-elle de l'éthique, de la norme ou de la conscience ? Derrière son énigmatique existence, se pose en fait la délicate et controversée question du début de la vie humaine et sa prise en considération par le droit. L'arrêt de la Cour européenne de droits de l'homme, Parrillo c. Italie, du 27 août 2015 a relancé avec une grande violence le débat sur la question récurrente, délicate et controversée, du statut de l'embryon. En consacrant le droit de disposer et de décider du sort de ses embryons, découlant du droit à l'autodétermination, tout en interdisant à la requérante de donner ses embryons issus d'une fécondation in vitro (FIV) à la recherche scientifique, en considérant que « dans une société démocratique, l'Etat peut être amené à s'ingérer dans la vie privée de ses concitoyens pour des raisons d'intérêt général », les juges ne viennent-ils pas d'ouvrir une nouvelle boîte de Pandore ? Certes, pour certains, la solution est claire, voire simpliste : les embryons humains ne sont pas des choses et leur destruction peut être interdite. Mais, la portée de cette décision est bien plus complexe et lourde de conséquences qu'il n'y paraît. Car désormais il

ne fait plus aucun doute que le droit de choisir le sort réservé aux embryons surnuméraires touche avant tout au respect de la vie privée et relève du droit à l'autodétermination, même si, malheureusement, cette affirmation doit être tempérée par la légitimité des Etats à s'ingérer dans la vie privée des individus et prive ce droit de son caractère fondamental. Néanmoins, l'avancée est grande et c'est pourquoi, contrairement à la majorité des opinions conservatrices émises, il est certain que malgré ses faiblesses et ses incohérences, cet arrêt va marquer le point de départ d'une nouvelle réflexion sur le statut juridique de l'embryon, entité flottante et jusqu'ici inclassable. Alors que la science ne cesse de progresser, entre la chose et la personne, la remise en cause de la summa divisio fondamentale s'impose plus que jamais.

AUTEUR

PATRICE LE MAIGAT

Maître de conférences à l'Université de Rennes 1 (LexFEIM Université du Havre EA 1013 et CIRAM Université de Laval - Québec) et Avocat au Barreau de Nantes