



**HAL**  
open science

## Dignité humaine et droit de la génétique

Cynthia Ochin

► **To cite this version:**

Cynthia Ochin. Dignité humaine et droit de la génétique. Droit. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2018. Français. NNT: 2018AZUR0023 . tel-03008818

**HAL Id: tel-03008818**

**<https://theses.hal.science/tel-03008818v1>**

Submitted on 17 Nov 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



# THÈSE DE DOCTORAT

## Dignité humaine et droit de la génétique

**Cynthia OCHIN**

CERDACFF

**Présentée en vue de l'obtention  
du grade de docteur en droit  
d'Université Côte d'Azur**

**Dirigée par** : le Professeur Bernard ASSO

**Soutenue le** : 16 novembre 2018

**Devant le jury, composé de :**

Monsieur Xavier LATOUR, Professeur à  
l'Université Côte d'Azur

Monsieur Éric MAULIN, Professeur à  
l'Université de Strasbourg

Madame Guylène NICOLAS, Maître de  
conférences à l'Université d'Aix-Marseille



# **Dignité humaine et droit de la génétique**

## **Jury :**

### **Rapporteurs**

Monsieur Éric MAULIN, Professeur à l'Université de Strasbourg

Madame Guylène NICOLAS, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille

### **Examineur et président du jury**

Monsieur Xavier LATOUR, Professeur à l'Université Côte d'Azur



## Résumés et mots clés

**Titre :** *Dignité humaine et droit de la génétique*

**Résumé :** Les lois de bioéthique concernent la génétique et incluent l'encadrement des biotechnologies. Le droit devait impérativement intervenir en ce domaine. Cette étude propose de s'intéresser aux rapports qu'entretiennent la dignité et un droit de la génétique émergent. Chaque manipulation génétique est observée sous le prisme de la dignité humaine qui doit être préservée, en tant que principe fondamental. L'objet de l'étude est d'analyser la compatibilité de la science au droit et notamment à ce principe, socle du droit de la bioéthique. Ainsi, ce droit émergent n'autorise les manipulations du génome humain qu'en cas de compatibilité avec la dignité. Toutefois, cette étude tente de démontrer que la dignité est peut-être elle-même instrumentalisée par un droit qui se trouve, finalement, au service de la science. L'idée est d'empêcher un certain scientisme grandissant en dénonçant l'utilisation de la dignité et ce notamment dans la protection de l'humanité et dans le contrôle de la modification de l'espèce humaine. La dignité doit faire rempart à toute forme d'instrumentalisation du vivant humain. Or, un certain nombre de manipulations génétiques sont autorisées, la plupart du temps sous conditions strictes et cumulatives. Le droit français encadre un certain nombre de pratiques génétiques impliquant le génome humain, qu'il soit perçu dans sa dimension collective ou individuelle, dans la limite du respect d'un caractère thérapeutique prouvé ou qui ne risque pas d'entraver la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Enfin, cette étude tend à affirmer que la dignité fait office de curseur des manipulations génétiques. Outil de régulation et de réglementation, elle semble instrumentalisée par le droit de la génétique pour satisfaire les exigences scientifiques de la société, sous couvert d'un bénéfice pour l'humanité.

**Mots-clés :** dignité humaine, bioéthique, droit de la génétique, personne humaine, embryon, manipulations génétiques.

-----  
Title: *Human dignity and right genetics*

**Abstract :** Bioethical laws deal with genetics and biotechnology, fields where legal intervention and oversight is imperative. The current study examines the relationship between human dignity and these nascent laws. Each genetic manipulation is considered through the lens of human dignity, as a fundamental principle which must be conserved. The goal of this study is to analyse scientific accountability in regards to bioethical laws. These emergent laws authorize manipulations of the human genome only insofar as the procedures preserve human dignity. At the same time, this study attempts to demonstrate that dignity may be being used as a tool by legal concepts which find themselves subservient to science. It is thus arguably necessary to forestall a growing scientism by denouncing the appropriation of the concept, especially in regards to protecting humanity and controlling the modification of the human race. Human dignity must act as a safeguard against all forms of unethical utilisation of the human being. Nonetheless, a certain number of genetic manipulations are authorized, typically under strict and cumulative conditions. French laws provide the framework for some practices which implicate the human genome, considered both collectively and individually, for therapies which have already become routine, or which do not hinder the preservation of the patient's dignity. Ultimately, this study adopts the perspective that the concept of human dignity is a determinant factor in the authorisation or interdiction of genetic manipulation.

Implicated in both the organisation and the application of genetic laws, human dignity today appears subservient to these laws, satisfying the demands of a scientist society, under the guise of a benefit to humanity.

**Keywords :** human dignity, bioethics laws, right genetics, human person, embryo, genetic manipulation.

## Remerciements

*J'adresse mes remerciements à tous ceux qui m'ont aidée dans cette longue étude. Je remercie ma famille et mes proches pour leur accompagnement et leur soutien précieux.*

*Je remercie les doctorants et docteurs en droit avec lesquels j'ai partagé ces cinq années et particulièrement Emmanuelle et Yann, pour leur temps, leur écoute et leur aide. Merci à Nadette pour la relecture intégrale de ce travail. Je témoigne une reconnaissance spéciale à mes amis Paul, Aurélie et Marie qui n'ont jamais cessé de croire en moi et de m'encourager dans chacune des étapes de ce doctorat.*

*Enfin, j'exprime toute ma gratitude à mon directeur de thèse, le Professeur Bernard Asso, pour sa confiance et ses conseils.*





*À Fred,*



## Principales abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
ABM	Agence de biomédecine
ADN	Acide désoxyribonucléique
AFP	Agence française de presse
AFSSAPS	Agence française de sécurité sanitaire et des produits de santé
AJ	Actualité juridique
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
Al.	Alinéa
AMM	Association médicale mondiale
ANSM	Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé
ARH	Agence régionale de l'hospitalisation
Art.	Article
Bull. crim.	Bulletin criminel
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
CEE	Communauté économique européenne
Cf.	Confère
Chron.	Chronique
CIB	Comité international de bioéthique
Civ.	Civil
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
Commission EDH	Commission européenne des Droits de l'Homme
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des Droits de l'Homme
Cour EDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Dalloz
Dir.	Direction
DPNI	Diagnostic prénatal non invasif
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
éd.	Édition
FIV	Fécondation <i>in vitro</i>
FNAEG	Fichier national automatisé des empreintes génétiques
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	La gazette du Palais
GCEB	Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie
INSERM	Institut national de la santé et de la recherche médicale
iPS	Pluripotente induite
JCP	La semaine juridique
JCP G	La semaine juridique édition générale
JO	Journal officiel

JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
NBAC	National Bioethics Advisory Committee
NBIC	Nano et biotechnologies, informatique et sciences cognitives
Obs.	Observations
OEB	Office européen des brevets
OIT	Organisation Internationale du Travail
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux
ONU	Organisation des Nations Unies
OPECST	Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques
Ord.	Ordonnance
P.	Page
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RD public	Revue de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
Réf.	Référé
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDM	Revue générale de droit médical
RRJ	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de science criminelle
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Spéc.	Spécialement
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir

# Sommaire

## PREMIÈRE PARTIE

### DIGNITÉ HUMAINE ET PROTECTION GÉNÉTIQUE DE L'HUMANITÉ ..... 64

#### TITRE PREMIER – LA PROTECTION JURIDIQUE DE L'ETRE HUMAIN DEPOURVU DE PERSONNALITE JURIDIQUE..... 66

Chapitre 1. L'ambiguïté permanente du statut juridique de l'enfant conçu..... 68

Chapitre 2. La recherche sur l'embryon humain : du principe d'interdiction absolue au principe d'autorisation encadrée ..... 99

#### TITRE SECOND – LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA VIE DE LA PERSONNE HUMAINE ET BIOTECHNOLOGIES..... 136

Chapitre 1. La recherche scientifique sur la matière humaine et le respect de la dignité humaine ..... 138

Chapitre 2. L'exploitation scientifique de l'ADN : le traitement biotechnologique de la dignité humaine ..... 179

## SECONDE PARTIE

### DIGNITÉ HUMAINE ET MODIFICATION GÉNÉTIQUE DE L'ESPÈCE HUMAINE ..... 209

#### TITRE PREMIER – DIGNITÉ HUMAINE ET PRATIQUES EUGÉNIQUES ..... 211

Chapitre 1. L'appréhension juridique des pratiques eugéniques tendant à la sélection des individus ..... 215

Chapitre 2. L'amélioration de l'espèce humaine par l'« augmentation » de l'homme ..... 243

#### TITRE SECOND – DIGNITÉ HUMAINE ET CLONAGE HUMAIN ..... 289

Chapitre 1. La prohibition quasi universelle du clonage reproductif humain ..... 295

Chapitre 2. L'interdiction française du clonage thérapeutique humain ..... 333



# Introduction

1. Dans le *Pantagruel* et dans une société qui commençait à favoriser la science au détriment de la religion, François Rabelais constatait que « *science sans conscience n'est que ruine de l'âme* »<sup>1</sup>. Ainsi, l'esprit des sciences pourrait ruiner l'âme. Cela semble signifier qu'un scientisme déraisonnable voire irréfléchi risquerait de dénaturer l'homme. Autrement dit, abuser des progrès de la science porterait atteinte à la condition humaine<sup>2</sup>. C'est une formule qui recommande d'être prudent à l'égard des développements scientifiques et qui énonce donc parfaitement l'amorce d'un droit de la bioéthique. Si la dignité humaine est inhérente à la personne, la bioéthique a tout intérêt à la saisir afin de préserver la condition humaine et assurer ainsi une certaine sécurité juridique aux individus concernés par les manipulations génétiques.

Ceci n'a pas échappé aux religions et aux philosophies (chapitre premier) qui connaissent leurs propres conceptions de la dignité humaine et notamment au regard du développement des biotechnologies et désormais au droit (chapitre second) à qui il appartient de clarifier cette relation dignité-génétique existante.

## Chapitre premier. La dignité humaine, concept philosophique et religieux ?

2. Le sujet nécessite le traitement des notions de dignité et de personne humaine. Ces concepts connaissent des origines et évolutions dans des domaines extérieurs à la sphère juridique et difficiles à appréhender pour le juriste. Pourtant, ils sont essentiels à la compréhension des lois de bioéthique qui s'inspirent de ces conceptions pour déterminer un cadre juridique en droit positif. La dignité est un concept historique ancien (section 1) saisi par les religions mais également par les philosophes (section 2).

---

<sup>1</sup> Rabelais F., *Pantagruel*, Le Livre de Poche, éd. revue et corrigée, 1<sup>er</sup> juillet 1979, 320 p.

<sup>2</sup> Sartre J.-P., *L'existentialisme est un humanisme*, 1946, éd. Gallimard 1996, p. 59 : la philosophie existentialiste ne reconnaît pas de nature humaine mais plutôt une condition humaine qui serait universelle : « *s'il est impossible de trouver en chaque homme une essence universelle qui serait la nature humaine, il existe pourtant une universalité humaine de condition* ».



## **Section 1. Un concept ancien**

3. Il semble opportun de commencer par l'étude de la place de la dignité sous l'Antiquité et le Moyen-Âge (§1) et de poursuivre par une étude du concept de personne dans l'histoire des religions (§2).

### **§1. La place de la dignité humaine : l'Antiquité et le Moyen-Âge**

4. La dignité humaine est d'abord évoquée sous l'Antiquité gréco-romaine (A) mais son épopée se poursuit tout au long du Moyen-Âge (B) jusqu'à l'intervention des philosophes.

#### **A. L'Antiquité gréco-romaine**

5. L'Antiquité désigne les premiers bénéficiaires de la dignité (a), jusqu'à ce que la pensée chrétienne fasse émerger une autre conception de la dignité (b).

##### **a. Les bénéficiaires de la dignité avant l'influence de la pensée chrétienne**

6. **Aristote et la dignité des êtres vivants disposant d'une valeur intrinsèque.** L'Antiquité gréco-romaine est principalement marquée par l'aristotélisme qui propose de parler de la dignité des êtres vivants, voire des non vivants. Aristote conçoit que les animaux ont une nature qui doit être respectée, parce qu'ils sont des êtres vivants sensibles et qu'ils sont quelque chose par eux-mêmes : ils ont une valeur intrinsèque<sup>3</sup>. Il érige cette valeur intrinsèque en condition principale permettant l'attribution de la dignité, car tout ce qui possède une valeur intrinsèque est « digne »<sup>4</sup>.

7. **Cicéron et la dignité : entre grandeur et faiblesse de l'Homme.** Dans le langage de Cicéron, la « *dignitas* » correspond à « *toute forme de valeur particulière, qu'elles qu'en*

---

<sup>3</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 144.

<sup>4</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 172 : en effet, « *pour l'aristotélisme, les êtres inférieurs – insectes, unicellulaires et plantes – ont une dignité* » en vertu de leur valeur intrinsèque.

soient la nature ou l'origine»<sup>5</sup>. Elle sert d'abord à rendre compte de « toute forme » d'excellence et de grandeur. Dans cette mesure, elle peut correspondre à la désignation d'une qualité et d'une valeur particulière de l'être humain. Cependant, Cicéron accorde à la dignité une double dimension<sup>6</sup>.

La dignité de l'homme, pour Cicéron, correspond à une « capacité », une prédisposition voire une aptitude à pouvoir reconnaître et accepter à la fois sa grandeur et ses limites, et notamment celles propres à cette excellence<sup>7</sup>. Elle est perçue comme une compétence dont seul l'homme, qui en dispose, qui est en mesure de l'identifier et d'en user, est susceptible de bénéficier. Enfin, en se sachant perfectible, on parvient plus facilement à accepter et respecter autrui comme semblable à soi ; ceci visant à améliorer la vie sociale qui doit organiser la protection de tous au nom de l'humanité.

8. L'émergence de la pensée chrétienne laisse apparaître une autre conception de la dignité.

## **b. L'apparition de la dignité dans la pensée chrétienne**

9. **Saint Paul de Tarse, précurseur d'égalité entre les hommes.** Marqueur de la formation de la pensée chrétienne, Saint Paul est le premier à proclamer l'égalité entre les hommes au niveau de leur nature, du droit positif et des dispositions sociales<sup>8</sup>. La personne humaine disposerait d'un lien de filiation établi à l'égard de Dieu, étant entendu que la personne a été créée par lui et à son image. Ainsi, la dignité est perçue comme « commune » à

---

<sup>5</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 314.

<sup>6</sup> D'une part, il emploie la notion de dignité afin de distinguer « les façons de s'enrichir qui sont libérales et celles qui sont avilissantes » (Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 315). D'autre part, il perçoit la dignité comme un « caractère qui distingue proprement l'homme de l'animal » (Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 314) et c'est en ce sens qu'il reconnaît que « les bêtes ne connaissent par la conscience que le plaisir, et tous leurs instincts les y portent, tandis que l'étude et la méditation nourrissent l'âme humaine » (Cicéron, *Des Devoirs*, I, XXX, Garnier Flammarion, Paris, 1967, p. 150). À ce titre, s'il l'examine comme élément de distinction, c'est parce qu'il l'attribue à l'homme et pas à l'animal, contrairement à la philosophie aristotélicienne, qui envisage une dignité des êtres vivants dans leur ensemble.

<sup>7</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 315 : la dignité « se trouve dans une capacité à trouver dans ses actes une certaine mesure, à mi-chemin de l'excellence de la nature humaine et de la faiblesse de chaque personne. Chacun doit s'attacher à conserver cette mesure en prenant conscience de la valeur de sa propre nature tout en en reconnaissant les limites ».

<sup>8</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 316.

toute la famille de Dieu : « *commune est la dignité des membres du peuple de Dieu du fait de leur régénération dans le Christ (...)* »<sup>9</sup>, étant entendu qu' « *il n'y a que le Christ qui est tout et en tout* »<sup>10</sup>. Paul de Tarse est le premier à réclamer, pour tous les hommes, le respect en eux d'une valeur particulière<sup>11</sup>. Ceci constitue la première affirmation de la dignité en tant que caractère universel, partagé de façon commune et égale entre tous les hommes, légitimée par l'origine divine de l'homme.

**10. Saint Léon le Grand, l'acquisition de la dignité de l'Homme en tant que créature divine.** À son tour le Pape Léon le Grand, reconnaît la dignité de l'homme sous le prisme de la pensée chrétienne. Il la rattache à l'état de créature de l'homme, façonné par Dieu lui-même à son image : « *réveille-toi, homme, et reconnais la dignité de ta nature. Souviens-toi que tu es fait à l'image de Dieu* »<sup>12</sup>. Alors que Saint Paul n'envisage pas de graduation des hommes, la dignité selon Saint Léon en revanche peut être perçue en terme de hiérarchisation<sup>13</sup>. En effet, étant entendu qu'un des premiers sens de « *dignitas* » soit attaché à l'honneur, il est envisageable que les hommes puissent subir une hiérarchie selon leurs positions, talents et choix<sup>14</sup>.

**11.** Enfin et toujours au Moyen-Âge, Saint Thomas d'Aquin propose sa propre conception de la dignité.

## **B. La conception moyenâgeuse de Saint Thomas d'Aquin au XIII<sup>e</sup> siècle**

**12.** Le dominicain Saint Thomas reprend le flambeau de la réflexion sur la dignité. Dans un premier temps, il lui reconnaît un caractère analogue, ayant la capacité de correspondre à des êtres de natures différentes, tout en désignant une même réalité et un

---

<sup>9</sup> Constitution dogmatique *Lumen Gentium*, 32 – Actes du concile Vatican II, éditions du Centurion, Paris, 1967, p. 67.

<sup>10</sup> Saint Paul, *Epître aux Colossiens*, 3, 9-11.

<sup>11</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 316.

<sup>12</sup> Saint Léon le Grand, *Sermo in Nativitate Domini*, VII, 6, 22 bis in *Sermons*, Sources chrétiennes, pp. 160-161. Et de poursuivre, s'adressant tout particulièrement aux chrétiens : « *reconnais, ô chrétien, ta dignité ; et parce que tu es fait semblable à la nature divine, ne retourne pas à ta vilénie ancienne* » (Saint Léon le Grand, *Sermo in Nativitate Domini*, VII, 6, 22 bis in *Sermons*, Sources chrétiennes, pp. 186-187). C'est symboliquement au moment du baptême, que la personne est créée à l'image de Dieu.

<sup>13</sup> Saint Léon le Grand, *De jejungio decimi mensis*, IX, 2, p. 220 : « *L'homme, créé à l'image et à la ressemblance de Dieu, n'a pas dans sa nature d'autre dignité <honor> que celle d'imiter la bonté de son Créateur* ».

<sup>14</sup> Saint Léon le Grand, *Sermon sur la solennité de l'Epiphanie*, VII, 4, pp. 280-283.

même ensemble de caractères ou de qualités. De plus, la dignité trouve son fondement en Dieu créateur : « *tout ce qui relève de la dignité doit être attribué à Dieu* »<sup>15</sup>. Ainsi, ce caractère analogue répond à deux caractéristiques puisque d'une part, la dignité se rattache à Dieu comme son unique fondement et d'autre part, elle détermine une hiérarchie entre les êtres en demeurant présente en eux à différents degrés<sup>16</sup>. Dans un second temps, la définition de la dignité est difficile à formuler car elle « *est un absolu, qui se rapporte à l'essence* »<sup>17</sup>. Elle ne correspond pas à une « *qualité déterminante en elle-même, mais elle se rapporte à l'essence même de la chose qu'elle désigne* »<sup>18</sup>, à son excellence. La pensée chrétienne est influencée par le sens originel de la « *dignitas* » qui renvoie à des valeurs particulières telles que l'honneur, l'excellence et la grandeur. De plus, Saint Thomas pense que l'homme est « *la plus digne de toutes les créatures* »<sup>19</sup>, puisque d'origine divine. Cependant, il ajoute un parallèle entre la dignité naturelle de l'homme et sa nature rationnelle<sup>20</sup>, sa rationalité lui permettant de disposer d'un libre arbitre<sup>21</sup>, lié à l'idée de personnalité.

13. La dignité étant inhérente à la personne, il semble pertinent d'appréhender le concept de personne humaine sous le prisme de l'histoire et des religions.

## §2. Le concept de personne humaine à travers l'Histoire des religions

14. Dans la philosophie des religions, « *le mot personne signifie ce qu'il y a de plus parfait dans toute la nature, c'est-à-dire un être qui subsiste dans une nature rationnelle* »<sup>22</sup>. En effet, la personne est perçue par les théologiens comme le pendant de la créature créée par Dieu à son image : elle prend une connotation divine lorsqu'elle est abordée sous l'angle

<sup>15</sup> Thomas d'Aquin, *Sum. Theo.*, Ia, q. 22, a.3, (à propos du gouvernement divin).

<sup>16</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 318.

<sup>17</sup> Thomas d'Aquin, *Sum. Theo.*, Ia, q. 42, a.4.

<sup>18</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 318.

<sup>19</sup> Thomas d'Aquin, *Sum. Theo.*, Ia, q. 43, a.7.

<sup>20</sup> « *Le mot personne signifie ce qu'il y a de plus parfait dans la nature, c'est-à-dire un être qui subsiste dans une nature rationnelle* », in Thomas d'Aquin, *Sum Theo.*, Ia, q.29, a.3.

<sup>21</sup> Constitution pastorale *Gaudium et Spes*, 17 – in *Actes du Concile Vatican II*, éditions du Centurion, Paris, 1967, p. 228 : le rapport entre l'existence d'un libre arbitre et la capacité qu'a l'homme à se positionner et à faire des choix qui lui sont propres se retrouve dans les actes du II<sup>e</sup> Concile œcuménique du Vatican qui a eu lieu au cours du XX<sup>e</sup> siècle, entre 1962 et 1965 : « *la dignité de l'homme exige de lui qu'il agisse selon un choix conscient et libre, mû et déterminé par une conviction personnelle et non sous le seul effet de poussées instinctives ou d'une contrainte extérieure. L'homme parvient à cette dignité lorsque, se délivrant de toute servitude des passions, par le choix libre du bien, il marche vers sa destinée et prend soin de s'en procurer réellement les moyens par son ingéniosité* »

<sup>22</sup> Thomas d'Aquin, *Sum. Theo.*, Ia, q. 22, a. 3.

judéo-chrétien<sup>23</sup>. Thomas d'Aquin s'inspire de la réflexion du philosophe Boèce qui tenta de définir la personne divine<sup>24</sup>.

15. Cette influence chrétienne sur le concept de personne rend la notion complexe et alimente les controverses dont elle fait l'objet à travers le temps et les époques. Ainsi confrontée à l'individualisme de la religion chrétienne, la personne humaine constitue le cœur des préoccupations philosophiques et de l'anthropologie chrétienne. Cet individualisme apparaît déjà chez le Père Grégoire de Nysse<sup>25</sup> qui envisageait la personne comme une créature infinie et « insaisissable »<sup>26</sup>. C'est de surcroît ce qu'a observé Monsieur Emmanuel Mounier, philosophe et fondateur du courant personnaliste quand il affirme que « le christianisme marque la valeur reconnue à l'autonomie des personnes »<sup>27</sup>. De plus, le Pape Jean-Paul II fait illustration de cette autonomie laissée à la personne humaine par le

---

<sup>23</sup> Vatican II, *Constitution pastorale Gaudium et Spes*, n° 24, §3 : « L'homme, seule créature que Dieu a voulue pour elle-même, ne se trouve pleinement que dans le don désintéressé de lui-même ». L'homme a été créé par Dieu, à son image, en tant que valeur particulière pour Dieu mais aussi pour lui-même. Ainsi, recevant sa vie comme un don, l'homme ne se réalise et ne se trouve lui-même que par un don de sa personne.

<sup>24</sup> Il s'agit, pour faire un pas supplémentaire vers la notion de « personne en Dieu », de clarifier le vocabulaire et d'articuler les notions de « *persona* », « *hypostasis* », « *subsistentia* » et « *essentia* » (Boèce, *De Potentiae*, 9.1). Thomas d'Aquin souligne le double sens du terme « substance » qui correspond d'abord à la définition de la chose, qui peut être envisagée comme étant sa nature, dite substance « seconde » ; ensuite à la substance qui renvoie au sujet même. Il parle alors de substance « première » (Thomas d'Aquin, *Sum. Theo.*, Ia, q.29, a.1), plus profonde et plus particulière (Boèce, *De Potentiae*, q. 9.2, ad. 6 : « la substance seconde signifie la nature absolue du genre en soi ; mais la substance première signifie celle en tant qu'elle subsiste individuellement »). Celle-ci peut prendre plusieurs sens selon différentes interprétations. Tout d'abord, elle est appelée *subsistentia* et s'emploie à propos de ce qui existe en soi-même, et non en autre chose. Ensuite, elle est appelée *res naturae* : ainsi, « cet homme » est une réalisation concrète de la nature humaine. Enfin, cette substance première sera appelée *persona* si elle est dotée de raison (Thomas d'Aquin, *Sum Theo.*, Ia, q. 29, a.2). Ainsi, Boèce envisage la personne comme une substance « individuelle de nature raisonnable » (Thomas d'Aquin, *Sum Theo.*, Ia, q.29, a.3 : La personne signifie « ce qu'il y a de plus parfait dans toute la nature » à savoir ce qui subsiste dans une nature raisonnable et bénéficie de ce fait, d'une prérogative de liberté). Il ajoute à cette raison la faculté de disposer d'un libre arbitre et d'une certaine autonomie (Thomas d'Aquin, *Sum Theo.*, Ia, q.29, a.1 : « le particulier et l'individu se rencontrent sous un mode encore plus spécial et parfait dans les substances raisonnables, qui ont la maîtrise de leurs actes: elles ne sont pas simplement « agies », comme les autres, elles agissent par elles-mêmes »). Parmi les substances individuelles, l'individu de nature raisonnable, est désigné par un nom spécial, parce qu'il lui appartient réellement d'agir par soi. Plus généralement et pour conclure sur l'approche du concept de personne que Thomas d'Aquin emprunte à Boèce, le terme de *substantia* oblige les théologiens à des distinctions délicates. De façon simplifiée, celui-ci aurait pu être employé puisqu'il désigne l'existence du sujet par soi et en soi. En effet, la subsistance selon Thomas d'Aquin correspond à « l'être en tant qu'il subsiste, trouvant en soi et non dans un sujet d'adhésion l'appui de son existence ». Au sens latin et plus abstrait, la subsistance est la raison formelle qui fait de l'être un sujet existant en soi, donc une personne.

<sup>25</sup> Père de l'Eglise de nationalité romaine, né entre 331 et 341 et mort en 394.

<sup>26</sup> Nysse G. (de), *De la création de l'homme*, 11 : à l'image et ressemblance de Dieu. Ceci se manifeste également dans une épître de Saint Paul dans laquelle il affirme qu'« il n'y a plus ni Juif ni Grec ; il n'y a plus ni esclave ni homme libre ; il n'y a plus ni homme ni femme : car vous n'êtes tous qu'une personne dans le Christ Jésus » (Saint Paul, *Epître aux galates*, III, 28).

<sup>27</sup> Mounier E., *Le Personnalisme*, Paris, PUF, 1949, pp. 42-43 : et de poursuivre « il n'y a pour le chrétien ni citoyens ni barbares, ni maîtres ni esclaves, ni juifs ni gentils, ni blancs ni noirs, ni jaunes, mais des hommes tous créés à l'image de Dieu et tous appelés au salut par le Christ ».

Christianisme qui persiste : la personne serait le fruit de la création divine, conçue à cet effet pour en être l'éventuel représentant, ce qui justifierait sa qualité éminente et sa dignité<sup>28</sup>.

16. Or, le degré de sacralisation dont la personne avait fait l'objet entre la fin du XVIII<sup>e</sup> et le début du XIX<sup>e</sup> siècle dans les textes juridiques s'estompe avec le temps. Un changement de nature du concept de personne humaine a pu être observé. En effet, c'est au début des années 1930 que le Professeur Louis Josserand marque la métamorphose de la notion de personne et en dénote une forme d'américanisation<sup>29</sup>. L'auteur témoigne d'abord d'une sorte de sacralisation outrancière de la personne, située en dehors de tout commerce juridique et entendue comme un être sensible et vulnérable à protéger. Aujourd'hui, la personne trône au dessus des biens : sans pouvoir constituer une source patrimoniale et en demeurant hors commerce, notamment protégée par le principe de non marchandisation du corps humain. L'évolution a permis à la personne de disposer d'une dignité, d'une intégrité, d'une indépendance et d'une intangibilité. Néanmoins, l'auteur relève que la personne perd de son intégrité et de son intangibilité. Il remarque la dégradation de l'isolement dont elle bénéficiait grâce à l'influence du Christianisme sur les civilisations européennes. Le Professeur dénonce explicitement la commercialisation de la personne, traduisant la réification du corps humain, rétrogradé au rang de chose. Or, les principes d'indisponibilité et de non patrimonialité du corps humain<sup>30</sup> l'interdisent, dans la mesure où ce corps est un élément constitutif de la personne<sup>31</sup>. C'est ainsi que le Professeur dénonce la dégradation de l'intégrité de la personne physique<sup>32</sup>.

17. La dignité humaine est un concept ancien, saisi par les religions mais également par les philosophes. Elle hérite d'une origine philosophique non négligeable en raison de son impact en droit positif.

---

<sup>28</sup> Jean-Paul II, *Mulieris dignitatem*, n° 9 : Ainsi, « si l'homme est déjà, par sa nature de personne, l'image et la ressemblance de Dieu, sa grandeur et sa dignité s'épanouissent dans l'alliance avec Dieu, dans l'union avec lui ».

<sup>29</sup> Josserand L., « La personne humaine dans le commerce juridique », Dalloz, 1932, p. 1 : En effet, il estime que la personne humaine est « descendue du piédestal où l'avaient hissée la Déclaration des droits de l'Homme et le Code civil de 1804, elle devient volontiers matière à tractations, à abandons, à réparations, à combinaisons ; parfois, elle est traitée comme une valeur économique et juridique, voire comme un colis ; elle se hausse – ou elle s'abaisse, au niveau d'une chose ; elle se commercialise, elle se patrimonialise ; nous serions tenté d'écrire qu'elle s'américanise ».

<sup>30</sup> Prévus à l'article 16 du Code civil.

<sup>31</sup> Conseil d'Etat, *Science de la vie. De l'éthique au droit*, La Documentation française, 1988, p. 16 ; Bateur A., « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », LPA, 14 décembre 1994, n° 149, p. 29. En effet, il correspond à l'enveloppe de la personne et au bénéficiaire d'une protection identique, malgré le droit de disposer de son corps : « le corps c'est la personne ».

<sup>32</sup> Josserand L., « La personne humaine dans le commerce juridique », Dalloz, 1932, p. 4 : l'intégrité de la personne physique « devient, de plus en plus, matière à tractation, à abandon ».

## Section 2. Le concept de dignité humaine et les philosophes

18. Dignité humaine (§1) et personne humaine (§2) sont deux concepts saisis par les philosophes leur conférant ainsi une origine philosophique incontestable.

### §1. L'origine philosophique de la dignité humaine

19. En philosophie, une importante distinction est établie entre les dignités humaine et individuelle (A). De plus, la dignité connaît une définition différente selon le mouvement philosophique dans lequel elle trouve sa source (B).

#### A. La distinction des dignités humaine et individuelle

20. Tout d'abord, la dignité est tributaire de trois acceptions différentes : morale, sociale et honorifique. Son acception morale, lui donne deux sens principaux. En effet, le premier est *personnel* et lié au respect de soi ; tandis que le second reste *impersonnel*, c'est-à-dire que « la dignité d'un individu humain consiste en ce qu'il est une personne et non un animal ou une chose »<sup>33</sup>. En ce sens la première, essentiellement morale, peut se perdre ; contrairement à la seconde, plus ontologique, qui demeure attachée à la nature de l'homme et donc intrinsèquement liée à la personne elle-même<sup>34</sup>.

Ensuite, le terme de dignité a d'abord été utilisé par Cicéron<sup>35</sup> dans *De Officiis*<sup>36</sup> reprenant les deux sens issus de l'acception morale de la dignité. Le premier, anthropologique, désigne la dignité qui exprime la supériorité de l'Homme sur les animaux en vertu de sa rationalité. Le second, sociopolitique, renvoie au rang social, à la charge et à l'honneur, basés sur la fonction occupée dans la République, au sens de chose publique, la *res publica*. Ainsi, à ces deux sens correspondent deux facettes de la dignité. L'une trouve son origine dans la signification anthropologique : la dignité humaine qui est dite normative. L'autre trouve son origine dans le sens sociopolitique : la dignité individuelle, factuelle et

---

<sup>33</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 169.

<sup>34</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 170.

<sup>35</sup> 106-43 avant J.-C.

<sup>36</sup> Cicéron, *Des Devoirs*, I, XXX, Garnier Flammarion, Paris, 1967.

descriptive. La dignité, sous le prisme de l'humain, correspond à une valeur infinie de la personne humaine, sans équivalent et donc sans prix. *A contrario*, sous le prisme de l'individu, elle consiste en une succession de qualités et correspond à une pleine possession de ses moyens, à la réalisation de soi et à la bonne image sociale que l'individu renvoie<sup>37</sup>.

Enfin, ces deux sens de la dignité répondent à des origines, des caractéristiques, des valeurs et des enjeux différents, voire opposés. Ainsi, la première facette représente la base de tous les droits, alors que la seconde est protégée par le droit contre toute entrave. De plus, dans la logique d'une dignité humaine, l'enjeu est de fixer un statut juridique et ontologique à l'homme ; tandis que la dignité individuelle correspond au statut social de l'individu, à son identité et à son intégrité. Au niveau de leurs caractéristiques la dignité humaine est plus égalitaire car elle est la même pour tous. Elle n'est ni accordée ni enlevée par l'homme, qui ne peut la perdre. C'est celle qui est inhérente à l'homme parce qu'il est homme. Elle n'est ni graduelle, ni variable, elle ne peut se quantifier. Elle peut cependant être atteinte, blessée, sans pour autant être anéantie ni détruite. En d'autres termes, elle est absolue. Tandis que la dignité individuelle n'est pas la même pour tous et connaît une relativité qui s'oppose au caractère absolu de la première. Elle peut donc être altérée voire perdue, enlevée ou détruite dans la mesure où elle reste influençable et dépendante de l'environnement extérieur à la personne. Elle semble également graduelle et variable<sup>38</sup>, confirmant ainsi son caractère relatif et contingent. Ainsi, notre étude comprendra davantage la dignité humaine qu'individuelle, au sens où elles sont entendues selon cette distinction.

**21.** La dignité est un concept qui connaît une origine philosophique, saisie par différents mouvements philosophiques au cours de l'histoire, qui lui donnent diverses significations.

## **B. La dignité humaine : un concept philosophique**

**22.** Les philosophies classiques (a) et modernes (b) ont défini la dignité selon leur conception, sous des prismes différents, même si toutes semblent reconnaître un certain lien entre la dignité et la nature de l'homme.

### a. Les philosophies classiques

---

<sup>37</sup> Hausemer H., *La Vie Nouvelle, secteur philosophie de la personne*, 2007.

<sup>38</sup> Puisqu'au moins en partie quantifiable et mesurable – alors qu'on ne peut, sous l'angle humain, être à moitié digne indigne, comme on ne peut être à moitié personne.



23. Parmi les philosophies classiques, celles qui ont le plus impacté le concept philosophique de dignité humaine sont le mouvement humaniste (1) et la philosophie kantienne (2).

#### 1. La Renaissance – le mouvement humaniste

24. L’humanisme, courant culturel d’origine européenne, apparu aux alentours du XV<sup>e</sup> siècle, se caractérise par un vaste renouveau intellectuel qui marque une certaine rupture avec les conceptions précédentes. Il préconise notamment la banalisation du religieux – pour plus de compréhension du profane. À ce titre, Monsieur Poisson<sup>39</sup> en identifie trois périodes<sup>40</sup>.

La première correspond à une série de troubles politiques et religieux qui affecteraient l’Eglise et mettraient à mal les hommes, leurs fonctions et leurs responsabilités. Selon lui, au cours de la première moitié du XV<sup>e</sup> siècle, toutes les « dignités »<sup>41</sup> semblent troublées car l’ordre est remis en cause. Le changement brouille les esprits et perturbe les hommes.

Le deuxième mouvement identifié est lié à l’essor des sciences et des techniques. De plus, le trouble s’intensifie quand l’intervention de l’homme sur la nature, jusque là « médiatrice et garante de l’humanité »<sup>42</sup>, devient possible. La révolution copernicienne fait tomber l’homme du piédestal central sur lequel il était monté<sup>43</sup>. En effet, l’homme prend conscience de sa « petitesse »<sup>44</sup> et réalise qu’il est une créature comme une autre. L’Europe étant profondément marquée par la pensée judéo-chrétienne, les repères que l’Homme avait jadis connus semblent s’effacer pour laisser place à une toute nouvelle vision de la personne humaine, et donc de sa dignité : l’homme est une créature dotées de forces et de faiblesses.

---

<sup>39</sup> Poisson J.-F., docteur en philosophie, homme politique français, président du Parti Chrétien Démocrate.

<sup>40</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001.

<sup>41</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 320.

<sup>42</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 320.

<sup>43</sup> Hersch J., *L’étonnement philosophique – Une histoire de la philosophie*, Folio-Essais, Gallimard, Paris, 1993, p. 130 : « L’espace devint infini (...) ce fut là un déclic sans précédent, pour la philosophie, la métaphysique, la religion ; pour la manière dont on percevait le monde et dont l’individu se percevait lui-même en lui ; pour tous les domaines de la vie ». L’expression de « déclic sans précédent », associée à « tous les domaines de la vie » paraît illustrer cette véritable révolution, ce bouleversement dans l’esprit des hommes.

<sup>44</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 321.

Par conséquent, l'homme dans cette conception détachée de l'ordre naturel défini, se découvre un autre attribut : la liberté. Il est, dès ce moment, livré à sa propre volonté, « capable de se faire lui-même bête ou Dieu »<sup>45</sup> : il peut choisir l'excellence ou y renoncer<sup>46</sup>. L'homme de la Renaissance devient autonome au regard de sa construction personnelle et dans la définition de sa propre liberté. C'est ainsi qu'apparaît la première facette de la dignité humaine. Libre et responsable, l'homme doit se montrer digne de cette liberté et de ce « renouveau » qui s'offre à lui. La dignité humaine élève l'homme et son humanité<sup>47</sup>.

Enfin, le troisième mouvement de ce courant humaniste est celui de la période « *des découvertes de la diversité des civilisations et des mœurs* »<sup>48</sup>, qui se caractérise par l'observation de divers modes de vie. La nouveauté pousse l'homme de la Renaissance à chercher des points et caractères communs avec des civilisations différentes. C'est notamment la rencontre de l'occidental chrétien avec de nouveaux peuples, les « primitifs », l'Indien, cette part d'humanité inconnue avec ces nouvelles modalités, que l'homme doit dès lors prendre en considération.

**25.** La Renaissance, par ce mouvement humaniste, apparaît comme le marqueur moderne d'un tournant emprunté par la dignité dans le domaine de la pensée philosophique, lui donnant une dimension universelle. Toutefois, la philosophie kantienne est celle qui est retenue par la conception française actuelle de la dignité et de la morale.

---

<sup>45</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 321.

<sup>46</sup> Pic de la Mirandole G., *De la Dignité de l'Homme*, Editions de l'Eclat, Combas, 1993, p. 7. Pic de la Mirandole fait parler Dieu à Adam : « pour les autres, leur nature définie est tenue en bride par des lois que nous avons prescrites : toi, aucune restriction ne te bride, c'est ton propre jugement, auquel je t'ai confié, qui te permettra de définir ta nature. Si je t'ai mis dans le monde en position intermédiaire, c'est pour que de là tu examines plus à ton aise tout ce qui se trouve dans le monde alentour. Si nous ne t'avons fait ni céleste ni terrestre, ni mortel ni immortel, c'est afin que, doté pour ainsi dire du pouvoir arbitral et honorifique de te modeler et de te façonner toi-même, tu te donnes la forme qui aurait eu ta préférence. Tu pourras dégénérer en formes inférieures, qui sont bestiales ; tu pourrais, par décision de ton esprit, te régénérer en formes supérieures, qui sont divines ».

<sup>47</sup> Ranson P., « Humanisme ou théandrisme », in P. Magnard et al., *La Dignité de l'Homme*, p. 35 : « la dignité de l'homme authentique devient celle des lettres, du savoir. Elle doit lui conférer une glorification, une divinisation toute humaine. La dignité de l'homme est celle de son œuvre, de son travail, et de son génie créateur »

<sup>48</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 322.

## 2. La période moderne du kantisme

**26. La philosophie kantienne.** La période moderne est imprégnée de la notion de morale à laquelle le kantisme<sup>49</sup> s'intéresse principalement. Les pensées kantienne sur l'homme et son environnement ainsi que sa philosophie morale apportent à la réflexion sur la dignité une « *dimension formelle d'obligation, un devoir* »<sup>50</sup>. En effet, la particularité de cette philosophie morale est de reposer sur un impératif catégorique. Kant fonde sa théorie sur plusieurs impératifs : ils sont selon lui hypothétiques<sup>51</sup> ou catégoriques<sup>52</sup>. Un impératif est une « *proposition ayant la forme d'un commandement* » que l'esprit se donne à lui-même<sup>53</sup>. Il est catégorique quand il est inconditionnel, il est objectif. Cette distinction apparaît clairement établie quand Madame Félicité Mbala Mbala la décrit : « *l'impératif hypothétique pourrait donc se résumer de manière simpliste par l'adage « qui veut la fin veut les moyens », alors que l'impératif catégorique énonce un commandement sans qu'il soit soumis à aucune condition* »<sup>54</sup>.

Dans les célèbres *Fondements de la métaphysique des mœurs* publiés en 1785, Kant choisit d'imposer une rigueur à l'homme, une obligation morale qui doit être appliquée de façon inconditionnelle. De ce fait, la philosophie kantienne recommande à l'homme d'agir « *de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans celle de tout autre, toujours en même temps comme une fin et jamais comme un moyen* »<sup>55</sup>. Cette formule s'impose de façon absolue, comme un commandement ou un devoir moral. Monsieur Delbos<sup>56</sup>, explique cet impératif sous le seul prisme de la raison<sup>57</sup>. Il insiste sur le respect absolu de chaque individu qui ne doit jamais être une condition permettant à l'autre, ou à lui-

---

<sup>49</sup> Le philosophe Emmanuel Kant, précurseur de l'idéalisme allemand est à l'origine du criticisme et du kantisme.

<sup>50</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 323.

<sup>51</sup> Selon Kant, il est hypothétique quand il correspond à un but précis, un résultat connu, et est énoncé selon une succession de moyens pour y parvenir.

<sup>52</sup> En effet, il écrit que « *tous les impératifs commandent ou hypothétiquement ou catégoriquement* », E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduction et notes de V. Delbos, Delagrave, Paris, p. 124.

<sup>53</sup> Lalande A., *Vocabulaire technique critique de la philosophie*, voir « impératif ».

<sup>54</sup> Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007, p. 81 : elle parvient ensuite à simplifier davantage sa réflexion dans le premier cas, pour parvenir à telle fin, « *tu dois mettre en œuvre tels moyens* », alors que dans le second, « *tu dois* » tout court.

<sup>55</sup> Kant E., *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*, II, Delagrave, Paris, 1976, p. 150. Cette formule correspond à la troisième de l'impératif catégorique, la plus utilisée par la doctrine juridique pour témoigner de la conception kantienne de la dignité.

<sup>56</sup> Merleau-Ponty M., *Philosophes célèbres*, Pochothèque, 2006, p. 1350 : qualifié de « *philosophe historien* » par Merleau-Ponty.

<sup>57</sup> Delbos V., *La philosophie pratique de Kant*, Paris, PUF, 1969, pp. 302-303 : « *L'Homme a une valeur qui ne se mesure pas (...) qui n'est pas simplement relative et conditionnée comme celle qu'ont les êtres de la nature dépourvus de raison (...) il a une valeur absolue qu'il tient de sa raison et qui fait de lui une personne* ».

même, d'atteindre un but fixé. En outre, en abordant cette question de la raison, il rejoint manifestement le kantisme qui a pour seule vocation de s'adresser à l'homme *raisonnable*. En définitive, cet impératif s'apprécie comme fondement de la moralité d'une action, puisqu'étant condition de celle-ci, il est formulé comme un devoir et apparaît « *indispensable à la bonne volonté, elle-même synonyme de moralité* »<sup>58</sup>.

**27. Kantisme et dignité humaine.** Dans un premier temps, Kant s'oppose strictement à la thèse humaniste dans la mesure où il « *ne considère pas que la dignité soit un caractère définitif et inséparable de la personnalité* »<sup>59</sup> mais comme une « *conséquence de la morale* »<sup>60</sup> – et non pas comme la conséquence du fait d'exister en tant qu'homme. Le kantisme, qui lie dignité et morale, trouve sa source dans la définition de celle-ci : « *la morale n'est pas à vrai dire la doctrine qui enseigne comment nous devons nous rendre heureux, mais comment nous devons devenir dignes du bonheur* »<sup>61</sup>. Le kantisme encourage la combinaison désir de bonheur et moralité afin d'acquérir sa dignité<sup>62</sup>, résultat de la coexistence de ces deux notions. Par conséquent, la dignité doit être regardée chez Kant comme un « *caractère potentiel* »<sup>63</sup> qui se résume à une conséquence des actes de chacun pris dans son individualité, et non pas comme un caractère intrinsèque à l'humanité entière. En d'autres termes et dans ces conditions, certains hommes ne parviennent jamais à être dignes<sup>64</sup>.

Dans un second temps, si la dignité est une conséquence de la morale qui ne se rattache pas à l'homme de façon intrinsèque, c'est parce que, la dignité est une qualité relative à l'humanité et non un attribut de la personne humaine. Ainsi, cette valeur intrinsèque correspond pour lui à la dignité, elle-même dépendante de la moralité de l'humanité<sup>65</sup>. En

---

<sup>58</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 324.

<sup>59</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 324.

<sup>60</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 324.

<sup>61</sup> Kant E., *Critique de la Raison pratique*, œuvres philosophiques, tome II, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1985, p. 766.

<sup>62</sup> Kant E., *Critique de la Raison pratique*, œuvres philosophiques, tome II, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1985, p. 766 : Qu'il définit comme le fait de « *s'accorder au souverain bien* ».

<sup>63</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 324.

<sup>64</sup> Ne reviendrait-il pas vers une définition « classique » de la dignité perçue dans l'Antiquité comme un mérite, comme une vertu relative au sentiment d'honneur ?

<sup>65</sup> Kant E., *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*, 1785, Livre de Poche, 1993, p. 113 : « *ce qui se rapporte aux inclinations et aux besoins généraux de l'homme, cela a un prix marchand ; ce qui, même sans supposer de besoin, correspond à un certain goût... cela a un prix de sentiment ; mais ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais a une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité. Or, la moralité est la condition qui seule peut faire qu'un être raisonnable est une fin en soi ; car il n'est possible que par elle d'être un membre*

outre, la troisième formule de l'impératif catégorique de Kant complète cette affirmation : il s'agit de respecter « *la dignité de l'humanité en chaque personne* »<sup>66</sup> et non celle de chaque personne. En l'espèce, la dignité est rattachable au « *caractère sublime de la constitution morale* »<sup>67</sup> de chaque personne. Le kantisme envisage l'homme comme un être moral plutôt qu'un animal. Il faut alors entendre la dignité comme la « *qualité de celui qui poursuit sa fin comme un être moral* »<sup>68</sup>, celui qui cultive d'abord le respect de la loi morale pour ce qu'elle représente et qui s'y tient.

Toute la « nouveauté » de cette philosophie morale consiste en cette inconditionnalité, imposée par Kant quand il suggère le respect de l'humanité en autrui, incontestablement motivée par la dignité elle-même. C'est parce que la dignité est liée à l'humanité que ce respect doit être inconditionnel<sup>69</sup>. En définitive, c'est bien « *la présence en chacun de la capacité d'obéir à la loi morale* »<sup>70</sup> qui fonde la dignité humaine dans la philosophie kantienne. C'est à l'homme en tant qu'être moral, capable de s'imposer des lois et de s'y soumettre, que Kant reconnaît une dignité<sup>71</sup>.

**28.** La philosophie contemporaine propose à son tour de nouvelles analyses et ainsi émergent de nouvelles conceptions de la dignité, concept philosophique évolutif.

---

*législateur dans les règles des fins. La moralité, ainsi que l'humanité, en tant qu'elle est capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité* ».

<sup>66</sup> Kant E., *Métaphysique des Mœurs – II, Doctrine de la Vertu*, Vrin, Paris, 1980, p. 92.

<sup>67</sup> Kant E., *Métaphysique des Mœurs – II, Doctrine de la Vertu*, Vrin, Paris, 1980, p. 109.

<sup>68</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 324.

<sup>69</sup> Bourguet V., « Être humain avec l'embryon humain », revue *Liberté Politique* n° 10, éditions F.-X. de Guibert, 1999 : Le Professeur Vincent Bourguet résume avec justesse ce courant kantien en reprenant la logique suivante : « *dans mon système de fins, telle chose est pour moi un moyen, d'où sa valeur d'usage : elle vaut ce qu'elle vaut pour moi. Or, la personnalité dessine une toute autre logique : l'être qui est une personne, possède une valeur dont je ne suis pas l'origine ni l'empan, une valeur inconditionnée. Cela signifie que cet autre qui est une personne doit valoir pour moi même si, en fait, il ne vaut rien pour moi (...). Il possède une valeur intérieure opposable à mon système de fins, une valeur en soi : quelque chose qui me somme de le re-connaître, qui commande le respect, même si pour moi, il n'est sentimentalement ni économiquement rien* ».

<sup>70</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 325.

<sup>71</sup> Dans un contexte contemporain, cette philosophie est à la fois optimiste et exigeante. D'abord optimiste, quant à l'homme et aux efforts d'obéissance et de respect de la loi morale dont il est capable. Puis exigeante dans la mesure où beaucoup sont susceptibles de ne jamais parvenir à cette dignité avant d'avoir atteint une certaine forme de maturité ou de sagesse. Pour Kant, la dignité est associée à l'image d'un homme qu'aucun n'a encore rencontré, puisqu'il n'existe pas. Cet homme inventé et imaginé par Kant semble être le seul à être capable d'autant de moralité et de soumission à sa propre obligation, à ses propres lois.

## b. Les philosophies contemporaines

29. Les philosophes retenus pour la poursuite de cette étude abordent la dignité dans sa relation avec la nature humaine. Il s'agit de l'allemand Jünger Habermas, qui conceptualise cette nature et défend une éthique de la discussion (1) afin d'appréhender la dignité notamment sous l'angle bioéthique ; et Bernard Baertschi, qui a mené une enquête philosophique sur la dignité (2) dont le contenu apparaît utile à la réflexion en l'espèce.

1. Jünger Habermas, de la moralisation de la nature humaine à l'intersubjectivité de la communauté morale

30. Plus contemporain, paraît en 2001 un ouvrage complétant l'œuvre de Jünger Habermas, grand penseur du XX<sup>e</sup> siècle, théoricien allemand en philosophie et en sciences sociales<sup>72</sup>. Il considère que la dignité, dans un sens strictement moral et juridique, est liée à la symétrie qui détermine la relation liant les membres de la « *communauté morale* ». Elle n'est donc pas un fait naturel mais désigne pour lui cette « *inviolabilité* » qui ne peut avoir de sens que dans les relations interpersonnelles de reconnaissance mutuelle et dans le rapport égalitaire mutuel<sup>73</sup>. Selon sa théorie, la dignité présupposerait une présence publique dans une communauté humaine ; ce dont ni l'embryon, ni le fœtus ne sont capables<sup>74</sup>, se retrouvant ainsi privés du bénéfice de reconnaissance d'une dignité humaine. Monsieur Mbulu<sup>75</sup> relève une double conception de la dignité chez Habermas. En effet, il faut distinguer la dignité de la vie humaine de la dignité de la personne humaine<sup>76</sup>. Selon Habermas, c'est l'auto-compréhension, en tant que membre de la même espèce, que l'homme a de lui-même, qui servirait de fondation à une éthique au nom de laquelle l'homme se concevrait comme une

---

<sup>72</sup> Habermas J., *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, traduction de Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2002.

<sup>73</sup> Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine - quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétique », *Lex electronica*, volume 9, n° 3, été 2004, p. 8.

<sup>74</sup> Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine - quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétique », *Lex electronica*, volume 9, n° 3, été 2004, p.9.

<sup>75</sup> Chargé d'enseignement au sein du département philosophie de l'Université de Québec au Canada.

<sup>76</sup> Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine - quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétique », *Lex electronica*, volume 9, n° 3, été 2004, p. 2.

personne « morale »<sup>77</sup>, dans le sens où il se montre capable de sens moral et de moralité. Cette observation s'étend à ce qu'il appelle « *la vie pré personnelle* », celle de l'enfant conçu<sup>78</sup>.

**31. Le refus du parallèle avortement – diagnostics anténataux.** Dans l'interruption volontaire de grossesse il y a la notion de non désir, elle correspond à une auto-détermination de la femme qui dispose de la liberté d'interrompre un processus non voulu. *A contrario*, dans un diagnostic préimplantatoire, il y a le désir d'avoir un enfant, mais l'embryon, voulu, ne satisfait pas à certains critères de santé. Or, le résultat est le même et les deux procédures aboutissent à l'avortement de l'enfant. La différence tient dans le désir de grossesse. Dans le premier cas, la femme se sépare de l'embryon parce qu'elle n'en veut pas, alors que dans le second, la femme s'en sépare parce qu'il ne correspond pas à la « normalité » souhaitée par les parents. « *Désirer que le génome de l'enfant soit tel que l'enfant soit accepté* »<sup>79</sup>, semble être ce qui distingue les diagnostics anténataux de l'avortement.

**32. La position habermassienne sur le débat relatif au statut de l'embryon opposant les « pro-vie » et les « pro-choix ».** Si les uns considèrent que l'enfant conçu est une personne, les autres ne lui reconnaissent que la qualité d'amas de cellules et estiment que la femme a le droit de disposer librement de son corps<sup>80</sup>. Dans les deux cas, on se réfère à la sacralité ou à la dignité de la vie. Pour les « pro-vie », « *chaque exemplaire de l'espèce humaine biologiquement déterminable doit jouir des droits fondamentaux et doit être considéré comme une personne potentielle et être sujet de droits fondamentaux* »<sup>81</sup>. Du côté des « pro-choix », le droit doit laisser le choix à la femme quant aux décisions relatives à son propre corps. Ainsi, la redéfinition de la dignité humaine aiderait à départager les deux camps et selon Habermas : « *l'être génétiquement individué dans le ventre de sa mère, exemplaire de la communauté qui se reproduit n'est en aucun cas déjà une personne. C'est seulement dans*

---

<sup>77</sup> Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine - quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétique », Lex electronica, volume 9, n° 3, été 2004, p. 4.

<sup>78</sup> Habermas J., *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, traduction de Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2002, p. 115 : « *Nos conceptions pré personnelles de la vie humaine et la façon dont nous voulons nous comporter par rapport à la vie pré personnelle forment pour ainsi dire un environnement éthique stabilisant de l'espèce pour la morale rationnelle des sujets de droits moraux – un contexte qui sert d'ancrage et qui ne doit pas céder si la morale elle-même ne doit pas déraiser* ».

<sup>79</sup> Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine - quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétique », Lex electronica, volume 9, n° 3, été 2004, p. 7.

<sup>80</sup> Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine - quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétique », Lex electronica, volume 9, n° 3, été 2004, p. 2.

<sup>81</sup> Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine - quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétique », Lex electronica, volume 9, n° 3, été 2004, p. 7.

*l'espace public d'une communauté de langue que l'être naturel se transforme en même temps en individu et en personne douée de raison »<sup>82</sup>.*

**33. Ethique de l'espèce et conceptualisation de la nature humaine.** La thèse principale d'Habermas repose sur la moralisation de la nature humaine<sup>83</sup>. En ce sens, il témoigne d'une éthique de l'espèce et impose sa conceptualisation de la nature humaine. Pour ce faire, l'auteur s'appuie d'abord sur une sérieuse condamnation de l'eugénisme positif. Pour des raisons notamment morales, il refuse que le génome humain soit l'objet de manipulations génétiques. Ainsi, il impose et reconnaît à tout homme, le droit à un patrimoine génétique non modifié, qu'il justifie de deux manières. D'une part, il affirme le caractère générique de l'homme en admettant que c'est au moment du transfert naturel du patrimoine, au moment de la procréation, que doit être assurée la transmission non altérée de ses caractéristiques de représentant de l'espèce humaine. D'autre part, il reconnaît qu'une liberté éthique permet à l'homme de se construire en tant qu'être autonome et moral, au sein d'une société de cohésion sociale. Ainsi, Habermas condamne fermement l'eugénisme dans la mesure où il relie l'enjeu du génome à la définition d'une nature humaine ancrée dans une éthique de l'espèce.

Puis il appréhende la nature humaine dans les enjeux génétiques et fait le parallèle entre la défense du patrimoine génétique de l'individu et l'ancrage de la nature humaine dans l'universel de l'espèce<sup>84</sup>.

En conséquence, moraliser la nature humaine consiste à accomplir sa révélation du point de vue de l'éthique de l'espèce humaine afin d'obtenir une meilleure compréhension de l'homme par lui-même, et ainsi, dans l'idéal, conférer à cette nature humaine un statut juridique qui soit en mesure de la protéger.

**34. Ethique de la discussion et nécessité du débat éthique.** À côté d'une éthique de l'espèce, le théoricien préconise une éthique de la discussion qui consiste à considérer la parole d'autrui comme *a priori* valable<sup>85</sup>. Tout d'abord, il est acceptable que « *la validité*

---

<sup>82</sup> Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine - quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétique », *Lex electronica*, volume 9, n° 3, été 2004, p. 8.

<sup>83</sup> Habermas J., *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, traduction de Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2002, p. 41.

<sup>84</sup> Habermas J., *L'avenir de la nature humaine, Vers un eugénisme libéral ?*, traduction C. Bouchindhomme, Gallimard, 2002, p. 40 : « Dire que l'homme est « un être générique » ou qu'il a « une essence générique », signifie donc que tout individu excède son individualité propre pour atteindre à l'universalité de l'espèce (et du genre), que tout individu est donc porteur de tous les caractères de l'espèce (et du genre), et qu'il les réfléchit en lui et en autrui ».

<sup>85</sup> Habermas J., *Morale et communication*, Paris, Flammarion, coll. Champs, 1986 : « chacun doit pouvoir exprimer ses points de vue, ses désirs et des besoins ».



d'une norme [dans un système habermassien] repose sur son acceptabilité par la communauté »<sup>86</sup>. De ce fait, cette communauté aura recours à l'intersubjectivité, avant de valider une norme qui doit être « celle à laquelle tous les participants à la discussion rationnelle pourraient donner leur accord »<sup>87</sup>. Ensuite, dans cette logique de la discussion, il semble impossible d'affirmer que tel principe puisse s'imposer à tous, dans la mesure où est recherché l'« agir juste »<sup>88</sup>. Il résume cette éthique : « au lieu d'imposer aux autres une maxime dont je veux qu'elle soit une loi universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité »<sup>89</sup>. Enfin, la matière bioéthique devient l'affaire de tous puisque dans cette logique l'universalisme est construit par tous<sup>90</sup>. Ainsi, si « tous » renvoie au fondement de la norme, alors cette logique ne permet pas la prise en compte catégorique de principes préexistants ou de règles préconçues. La discussion semble nécessaire.

**35.** Le philosophe Bernard Baertschi évoque la dignité à son tour sous l'angle de la nature humaine pour affirmer son caractère intrinsèque à l'homme.

## 2. L'« enquête philosophique sur la dignité » de Bernard Baertschi

**36.** Dans l'*Enquête philosophique sur la dignité* en 2005<sup>91</sup>, Monsieur Baertschi pose une problématique relative à la nature humaine. L'auteur constate, à juste titre, que la survie sert de moteur à la médecine, ce qui explique la croissance du progrès scientifique et notamment des pratiques génétiques. La science est en perpétuelle quête d'immortalité. Il ne s'agit pas de s'y opposer mais de rendre compte de cette réalité, tout en conservant « notre » dignité<sup>92</sup>. Son étude est principalement basée en parallèle de l'anthropologie philosophique,

---

<sup>86</sup> Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007, p. 331.

<sup>87</sup> Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007, p. 331.

<sup>88</sup> Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007, p. 332 : c'est-à-dire sur les fondements de ce qu'Habermas appelle l'éthique moderne, être en accord avec les maximes morales, sans nécessairement l'imposer de façon catégorique à l'autre.

<sup>89</sup> Habermas J., *Morale et communication*, Ed. du Cerf, 1986, p. 88.

<sup>90</sup> Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007, p. 332.

<sup>91</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, 311 p.

<sup>92</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, dans introduction pp. 13-21.

« *partie de la métaphysique* »<sup>93</sup>, car ces matières lui paraissent nécessaires pour comprendre la nature humaine. En effet, comme le préconise Hobbes à propos de la « *nature de l'homme composée des facultés du corps et de celles de l'esprit* », « *pour se faire une idée claire des éléments du droit naturel et de la politique, il est important de connaître la nature de l'homme* »<sup>94</sup>. L'auteur constate que « *les faits métaphysiques ont un impact profond sur la morale* »<sup>95</sup>. Cet impact débouche sur deux principes normatifs qu'il tente de valider dans cette enquête : « *respecte la valeur ontologique de chaque être (c'est-à-dire sa dignité), y compris la tienne !* » et « *respecte les finalités naturelles de chaque être, y compris les tiennes !* »<sup>96</sup>. En ces termes, Monsieur Baertschi assure que la valeur ontologique<sup>97</sup> de chaque être correspond à sa dignité<sup>98</sup>. Il conclut que cette valeur varie « *en fonction des propriétés intrinsèques spécifiques et cela a un impact moral* »<sup>99</sup>.

**37.** Ainsi, la dignité humaine est un concept philosophique qui évolue avec le temps. Néanmoins, chaque philosophie, quelle soit moderne ou classique, fait perdurer le lien qui réside entre la dignité et la nature de l'homme. La philosophie s'est également emparée du concept métaphysique de personne.

## **§2. Les acceptions philosophiques de la personne humaine**

**38.** La personne humaine est un concept métaphysique qui, à l'instar de la dignité, demeure particulièrement difficile à définir. En effet, diverses conceptions de la personne humaine existent. Il convient de la distinguer de la personne juridique (A), afin de tenter de déterminer l'individu pouvant hériter de la qualité de personne humaine (B).

---

<sup>93</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 15.

<sup>94</sup> Hobbes, *De la nature humaine*, 1640, p. 12.

<sup>95</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 20.

<sup>96</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 20.

<sup>97</sup> La valeur ontologique s'oppose à la valeur morale. Elle correspond donc à une valeur non morale qui se fonde sur les propriétés intrinsèques des êtres, sur ce qu'ils sont, elle dépend de ce que l'être est. A l'inverse, une valeur morale traduit ce que l'homme est devenu en conséquence et ce qu'il fait de ses capacités naturelles (Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 127 et s.).

<sup>98</sup> Feinberg J. et Baum Levenbook B., *Abortion*, pp. 204-205 : Afin de ne pas heurter la morale, il paraît essentiel de préciser qu'il faut partir du postulat selon lequel « *ont la même valeur ontologique tous les individus qui appartiennent à la même espèce* ».

<sup>99</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, p. 141.

## A. Être individuel et être social : de la personne à la personnalité juridique

39. L'homme se divise par essence en deux catégories : il est à la fois, être individuel et être social. À ce titre, il dispose de la personnalité juridique pour être pris en compte par le droit et en devenir un sujet. Ainsi, la première définition juridique de la personne renvoie à la notion de sujet de droit<sup>100</sup>. De plus, « *la personne humaine se présente comme un sujet "complexe", mixte de socialité et d'individualité* »<sup>101</sup>. En effet, en se plaçant dans une société séculière, qui se doit d'envisager une certaine pluralité des visions du monde, et viser à l'universalité dans l'échange éthique, la personne correspond au deuxième temps de l'être vivant : l'être social<sup>102</sup>.

40. Selon le Doyen Carbonnier, « *la personne physique, c'est l'individu, c'est l'être humain, tel que le droit le prend en considération* »<sup>103</sup>. Ainsi, avant d'être un individu né, vivant et viable, la personne n'existe juridiquement pas. De ce fait, l'individu est dépourvu de personnalité juridique, n'est donc pas un sujet de droit et ne peut pas bénéficier de la protection qui découle du statut de personne humaine. La personnalité juridique naît en même temps que l'individu né, vivant et viable puisqu'elle s'acquiert dès la naissance. Cependant, l'être humain n'est pas une fiction, même s'il n'est pas « *né, vivant et viable* », il existe dès le stade de la conception.

41. Ainsi, de ces personnalités humaines et juridiques découlent un statut juridique. Les êtres humains deviennent des personnes, disposent de droits et d'obligations et leur conférant ainsi une protection juridique particulière.

---

<sup>100</sup> Le sujet de droit est la « personne » qui bénéficie de droits, obligations et prérogatives spécifiques liées à ce statut de sujet. Le droit objectif accorde aux personnes un ensemble de droits subjectifs, et ce dès l'acquisition de la personnalité juridique, c'est-à-dire à la naissance de la personne.

<sup>101</sup> Bioy X., *Le concept de la personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2003, p. 758.

<sup>102</sup> Pour Aristote, l'homme est par nature un être social. En effet, dans une conception catholique, la société trouve son origine et son principe dans la personne humaine, qui se doit d'être au service de celle-ci. Ainsi, l'homme participe au bien commun dont bénéficie chaque personne de la communauté. C'est le stade suprême, dans la hiérarchie des valeurs accordées à la vie humaine, qu'un être vivant puisse atteindre. L'être social, par opposition à l'être individuel, est celui qui est pris en considération par le groupe.

<sup>103</sup> Carbonnier J., *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 21<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 11.

## **B. La détermination des bénéficiaires de la qualité de personne**

42. Il semble opportun d'aborder la question de l'homme abstrait « opposé » à l'homme concret (a), devenu vulnérable et revendiquant sa dignité, se basant sur cette « nouvelle » vulnérabilité. Néanmoins, déterminer qui est une personne est une cause vaine (b) puisqu'aucun consensus n'a alors été arrêté. Ce sont seulement des critères et caractéristiques de la personne qui ont pu être dégagés par la philosophie.

### **a. De l'homme « abstrait » à l'homme « concret » : de la dignité de la personne à la vulnérabilité de la personne**

43. L'homme « concret », à l'origine de l'homme, qui est fait de « *raison* » et de « *pathos* » à la fois<sup>104</sup>, s'oppose à l'homme « abstrait », réduit au seul caractère raisonnable, à une simple faculté morale. L'homme concret devient une personne vulnérable à la suite de l'humiliation subie au cours de la seconde Guerre Mondiale. Il a besoin de revendiquer quelque chose et devient ainsi le sujet privilégié de la dignité. Le caractère abstrait ne s'appliquait qu'à l'homme auquel tout réussissait. Il y a alors eu une volonté d'ancrer la dignité dans le concret de l'existence. C'est alors que « *la dignité de l'homme concret n'est plus universalisable* » dans la mesure où elle encourage l'apparition de catégories d'hommes aspirant à des « *droits catégoriels* »<sup>105</sup>. Le droit humanitaire moderne, se focalisant sur l'homme blessé, oublie alors la personne qui ne se trouve pas en situation de vulnérabilité, l'équilibre est rompu et le concret prend le dessus. Cette logique de « concrétude » fait émerger un nouvel homme abstrait, non vulnérable, qui n'existe pas en tant que titulaire de la dignité. Pourtant, la dignité originelle a été pensée pour un homme abstrait, raisonnable et raisonné, sans que celui-ci ne représente l'ennemi de l'homme concret. Il n'y a pas d'hommes concrets ou abstraits : ces caractères sont relatifs au même Homme, l'abstrait servant de modèle au concret. En l'absence d'une coopération entre eux, apparaissent deux risques : faire l'erreur de la spécificité ou entretenir une confusion entre dignité et vulnérabilité<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007, p. 75.

<sup>105</sup> Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007, p. 75.

<sup>106</sup> A propos de la vulnérabilité en droit v. notamment Burgorgue-Larsen L., *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2014 ; Mattei J.-F. (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006, pp. 462-463 : v. vulnérabilité.

44. Il est intéressant d'appréhender le concept de vulnérabilité aux cotés du concept de dignité humaine car les deux confèrent à la personne une certaine protection en droit positif. Or, au vu des différentes opinions et conceptions philosophiques, il semble délicat de trouver un consensus entre disciplines afin de tomber d'accord sur une définition unique de la personne.

#### **b. Des divergences d'opinions : la reconnaissance de la difficulté de statuer sur la qualité de personne humaine**

45. Étant entendu que tout individu devient, au moment donné de la naissance, une personne juridique, à quel moment précis l'être humain, devient il une personne humaine ? Il y aurait trois périodes éventuelles. Première hypothèse, ce moment correspondrait simultanément à l'acquisition de la personnalité juridique, c'est-à-dire à sa naissance. Deuxième hypothèse, ce passage se provoquerait antérieurement à la naissance, c'est-à-dire entre la conception et la naissance, correspondant au temps de gestation. Pour être précis, il faut distinguer des périodes à l'intérieur de ce temps de gestation ; et observer notamment le franchissement de la phase embryonnaire vers le stade de fœtus. Enfin et dans une troisième hypothèse, la personnalité humaine se manifesterait au moment de la conception, c'est-à-dire au moment où les gamètes se rencontrent et que biologiquement la vie prend forme à l'intérieur d'un nouvel être humain. Alors, à quelle période de la vie correspondrait le début du statut de personne humaine ? Monsieur Mattei<sup>107</sup> semble affirmer qu'« *il n'est évidemment pas possible de vouloir trancher le débat philosophique sur la personne humaine. La loi ne peut répondre à la question de savoir quand s'impose la réalité de la « personne humaine » au cours de la vie (...) La notion de « personne humaine » relève de convictions philosophiques et métaphysiques et ne s'avère d'ailleurs pas indispensable à la poursuite du raisonnement. (...) La mission recommande de s'en tenir à la réaffirmation du respect de la vie dès le commencement et de ne pas aborder l'impossible statut de l'embryon* »<sup>108</sup>. Ainsi, le législateur n'est pas en mesure de prendre position sur la question du statut de l'embryon. Toutefois, il ne lui appartient pas de trancher seul ce débat. Ces questions pluridisciplinaires

---

<sup>107</sup> Ancien ministre de la Santé, de la Famille et des personnes handicapées dans le premier gouvernement Raffarin sous le second mandat du Président Chirac, il succède à Bernard Kouchner en mai 2002 pour rester en fonction jusqu'au 31 mars 2004. Il a par ailleurs siégé au Conseil de l'Europe entre 1997 et 2002 où il a participé au débat bioéthique européen et a été membre du Comité Consultatif National d'Éthique jusqu'en 1997. Professeur de pédiatrie et spécialiste de la génétique médicale, il a dirigé un département de génétique au CHU de Marseille et a également été président de la Croix-Rouge française jusqu'en 2013.

<sup>108</sup> Mattei J.-F., *La vie en questions : pour une éthique biomédicale. Rapport au premier ministre*, La Documentation française, 1993, p. 96.

nécessitent la réunion de professionnels issus des domaines juridique, médical, social, religieux et de la philosophie. Une telle réunion devrait aboutir à un consensus, qui permettrait de se positionner sur la question de savoir si l'embryon revêt le statut de personne et donc plus généralement à la question de savoir quand l'être humain le devient-il.

46. Il convient d'exposer rapidement les contradictions qui animent les différentes thèses soutenues à ce propos. D'un côté, le Père jésuite Patrick Verspieren prêche en faveur de la troisième hypothèse évoquée précédemment et met en évidence l'idée d'une personnalité humaine acquise au moment de la conception de l'être humain<sup>109</sup>. Il affirme explicitement que l'être humain n'est pas la même entité que la personne humaine, et reconnaît de surcroît la supériorité de la seconde sur la première<sup>110</sup>. Dans ce contexte, il y a qualité de personne, et de façon conséquente il y a bénéfice du principe de dignité, dès qu'il y a vie biologique. D'un autre côté, le philosophe américain auteur des *Fondations de la bioéthique* estime que « la dignité n'est pas inhérente à l'être humain, ce dernier acquiert la qualité de personne dotée de dignité lorsque sa volonté est autonome »<sup>111</sup>. En ce sens, Engelhardt fait la différence entre être humain et personne et se demande pourquoi la vie humaine aurait une valeur particulière. Cependant, les crises du monde médical et les décisions nécessaires à leur résolution sont peut-être plus importantes et complexes aujourd'hui qu'aux débuts du progrès médical et scientifique pour pouvoir répondre concrètement à une question si abstraite. Mais alors, à quand correspond l'autonomie de la volonté en l'espèce ? Cette théorie, étroitement liée aux droits naturels de l'Homme, envisage ce dernier comme un être libre mais raisonnable, capable de droits et obligations. Dans ces conditions, Engelhardt fait référence à l'individu ayant déjà acquis sa personnalité juridique, donc un individu né, vivant et viable, pour pouvoir être sujet de droit. Il semble lier les deux personnalités en mentionnant la volonté autonome de la « personne dotée de dignité »<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Verspieren P., *Les fécondations artificielles. A propos de l'instruction romaine sur le don de la vie*, Etudes, mai 1987, p. 611 : « Les conclusions scientifiques sur l'embryon humain fournissent une indication précieuse pour discerner rationnellement une présence personnelle dès cette première apparition d'une vie humaine : comment un individu humain ne serait-il pas une personne humaine ? ».

<sup>110</sup> Verspieren P., *Les fécondations artificielles. A propos de l'instruction romaine sur le don de la vie*, Etudes, mai 1987, p. 611 : « l'être humain doit donc être traité avec grand respect, dès le commencement de son existence ; c'est-à-dire avec autant de respect qu'une personne humaine ». Il exige que l'être humain soit traité avec autant de respect qu'une personne : ceci suppose que la personne est davantage protégée que l'être humain, puisqu'elle bénéficie par sa nature du respect auquel a droit l'être, parce qu'il est être humain.

<sup>111</sup> Lamau M.-L., *Le concept de personne chez T. Engelhardt*, Laenec, Médecine santé éthique, Paris, mars 1993, pp. 16-19.

<sup>112</sup> Lamau M.-L., *Le concept de personne chez T. Engelhardt*, Laenec, Médecine santé éthique, Paris, mars 1993, pp. 16-19.

47. Le sujet méritait le traitement de ces contextes nécessaires à sa compréhension en droit. Ces éléments sont fondamentaux pour comprendre l'appréhension de la dignité par le droit et son intégration à la sphère juridique. De plus, certains d'entre eux sont encore d'actualité aujourd'hui, comme la conception judéo-chrétienne de la personne et l'individualité. Aujourd'hui, la bioéthique d'une manière générale est tirillée d'un point de vue moral entre les « pro vie » et les « pro choix », qui fondent leurs pensées dans la philosophie et les religions. Ainsi s'ouvre un débat juridique.

## Chapitre second. La dignité humaine entre science et droit

48. Les concepts philosophiques de dignité et de personne humaines ont finalement été saisis par le droit (section 2). Aussi, il semble incontournable d'envisager les termes du champ lexical de l'éthique biomédicale (section 1) afin de l'appréhender de manière adéquate.

### Section 1. Le champ lexical relatif à l'éthique biomédicale

49. Le champ lexical de l'éthique biomédicale comprend plusieurs axes. Il mérite d'abord d'être d'établi selon les définitions scientifiques et juridiques de certaines notions fondamentalement liées à la dignité humaine (§1). Il convient ensuite d'expliquer les contours du droit de la bioéthique qui laisse émerger un droit de la génétique (§2).

#### §1. La définition des notions d'être humain, d'espèce humaine et d'humanité

50. **L'être humain : l'individu appartenant à l'espèce humaine.** L'être humain appartient à l'espèce humaine qui forme un tout, appelé Humanité. Il est perçu par le droit comme « *tout individu, homme ou femme, appartenant au genre humain, reconnu comme tel dès son origine (sa conception) et dont la loi, dès ce moment, garantit en principe le respect* »<sup>113</sup>. Selon les auteurs, plusieurs critères ont été établis afin de cerner l'être humain. Le premier critère est le fait de posséder une âme. La philosophie antique d'Aristote conçoit l'être vivant comme un « corps animé », du grec *anima*, l'âme, donc comme un corps qui possède une âme et qui, sans elle, n'est plus<sup>114</sup>. Toutefois, le critère de l'âme sera plutôt retenu pour caractériser la personne humaine. De plus, le théologien Albert Schweitzer<sup>115</sup>, excluant le critère de l'âme, envisage l'être humain comme une « *vie qui veut vivre parmi la vie qui veut vivre* »<sup>116</sup>. Symboliquement, il faut l'envisager comme une conception individuelle incluse dans une conception collective qui serait l'espèce humaine, à laquelle

---

<sup>113</sup> Cornu G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011 : v. humain-e (être humain).

<sup>114</sup> Sa classification des êtres vivants est différente de celle que propose actuellement la science. En effet, pour Aristote, l'être « humain » appartient à la famille des vertébrés, animaux à sang, et plus précisément des animaux à sang chaud, en opposition aux animaux portant des œufs (comme les oiseaux ou les poissons). Le critère ici est donc celui de la possession d'une âme.

<sup>115</sup> Connue pour son éthique « respect de la vie », inspirée des religions de l'Inde, notamment du principe de non violence.

<sup>116</sup> Citation exacte « *je suis vie qui veut vivre, entourée de vie qui veut vivre. Chaque jour et à chaque heure cette conviction m'accompagne. Le bien, c'est de maintenir et de favoriser la vie ; le mal, c'est de détruire la vie et de l'entraver* », Schweitzer A., *La civilisation et l'éthique*, 1976.



l'être humain appartient individuellement. L'appartenance à l'espèce humaine est donc le critère fondamental de reconnaissance de l'être humain. Être humain est une qualité biologique. Les définitions qui apparaissent de l'être humain et de l'espèce humaine sont des définitions scientifiques, des postulats qui ne connaissent pas de dérogation. Comme le précise *Le grand Larousse*, l'être « humain », du latin *humanus*, est celui « *qui a les caractères, la nature de l'homme* ». L'espèce humaine quant à elle, « *se compose d'hommes* »<sup>117</sup>. Ainsi, l'homme dispose d'une nature – ou d'une condition spéciale –, il est la composante de l'espèce humaine et l'espèce correspond au regroupement de tous les hommes. Cependant, la définition de l'être humain n'est pas si évidente que cela. En effet, l'« être humain » et l'« homme » se confondent dans les dictionnaires de la langue française alors que les conceptions philosophiques auxquelles renvoient ces deux notions ne sont pas identiques. L'homme peut s'entendre comme un terme générique au même titre que l'espèce, alors que la notion d'humain s'associe à des caractéristiques et peut renvoyer aux forces et faiblesses relatives à la nature humaine<sup>118</sup>.

Une partie de la doctrine estime que « *l'espèce devient la version juridique, la biologie juridicisée, de l'humanité* »<sup>119</sup>.

**51. La notion d'humanité.** Du latin *humanitas*, l'humanité représente l'ensemble des hommes, le genre humain<sup>120</sup>. Elle participe à la dignité<sup>121</sup> puisque selon Kant, elle représente la condition *sine qua non* à l'attribution de cette dignité. En effet, l'homme est digne parce qu'il est homme et sa dignité est intrinsèquement liée à l'humanité<sup>122</sup>. Dans ce contexte, il faut alors parler de dignité humaine.

---

<sup>117</sup> Jeuge-Maynard I. (sous la direction de), *Le grand Larousse illustré*, édition 2015, p. 589.

<sup>118</sup> Par exemple : « c'est humain », disons nous souvent, comme pour justifier tel ou tel fait/comportement/parole/acte, traduisant l'idée d'une délégation de responsabilité, c'est la nature humaine qui a poussé à, etc..

<sup>119</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 336.

<sup>120</sup> Jeuge-Maynard I. (sous la direction de), *Le grand Larousse illustré*, édition 2015, p. 590.

<sup>121</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 338 : pour le Professeur Bioy, l'humanité fait plus que participer à la notion de dignité, elle l'« engendre ». « *L'humanité engendre la notion juridique de dignité* » ; Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 577 : « *la dignité exprime l'essence de l'humanité, la dignité de l'homme est donc la reconnaissance de l'appartenance à cette humanité* » ; Edelman B., *Le concept juridique d'Humanité*, in A. Seriaux, C. Neirinck, C. Labrusse-Riou (dir.), *Le Droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XX<sup>e</sup> siècle*, Aix en Provence, PUAM, 1996, p. 245 et s. : le concept d'humanité « *permet à la dignité de se réaliser* ».

<sup>122</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 332 : « *l'humanité qui se construit dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> se présente comme une dignité, une charge que chaque individu porte en raison d'une commune appartenance* ».

**52. L'humanité, une notion polysémique.** La notion d'humanité, à l'instar de la dignité, est polysémique. Ainsi, Monsieur Abikhzer recense au moins quatre sens pour la notion. Tout d'abord, le premier sens qu'il en donne, aujourd'hui tombé en désuétude, renvoie à l'humanisme en tant que mouvement culturel qui permet à l'homme d'acquérir une éducation favorisant la distinction avec l'animal. Ensuite, l'humanité fait référence à l'attitude bienveillante qu'une personne a envers autrui, il est couramment dit « *faire preuve d'humanité* »<sup>123</sup>. Puis, l'humanité renvoie encore à une qualité essentielle de l'homme, à « *la nature humaine en tant que qualité propre à l'être humain* »<sup>124</sup>. Enfin, l'humanité désigne le « *genre humain* », cette appartenance commune de tous les hommes à la même famille<sup>125</sup>. Ces deux derniers sens se retrouvent dans la double définition suivante : « *1. le genre humain [qui se rapporte aux] crimes contre l'espèce humaine [et] 2. Le sentiment d'humanité [envisagé comme] clémence, bienveillance, commisération devant la détresse humaine, élément de modération dans l'application de la loi* »<sup>126</sup>.

À son tour, le Professeur Bioy apporte quelques remarques nécessaires à l'établissement d'une distinction qui existe en anglais entre « *humanity et mankind* »<sup>127</sup> et demeure inconnue de la langue française. Il semble opportun de tenter de lever « *l'ambiguïté qui pèse sur l'idée d'humanité* »<sup>128</sup> car en effet elle désigne à la fois le collectif, la qualité de ses membres, l'espèce humaine ou encore le caractère moral de certains actes<sup>129</sup>. De plus, il existe une « conscience de l'humanité » évoquée par le Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme faisant référence « *à la fois au collectif formé par tous les*

<sup>123</sup> Abikhzer F., *La notion juridique d'humanité*, PUAM, 2005, pp. 19-20.

<sup>124</sup> Abikhzer F., *La notion juridique d'humanité*, PUAM, 2005, pp. 19-20.

<sup>125</sup> Abikhzer F., *La notion juridique d'humanité*, PUAM, 2005, pp. 19-20.

<sup>126</sup> Cornu G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011 : v. humanité ; v. également Salmon J., *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 551 : l'humanité étant définie selon deux axes : « *A. Employé dans son sens ordinaire, le terme n'a pas de signification rigoureusement juridique. Au sens étroit, il désigne l'ensemble des humains vivant sur la terre. Au sens large, on compte dans cet ensemble les générations futures. Le terme figure dans le préambule de plusieurs instruments conventionnels dont il indique la portée universelle. B. Ce n'est qu'en association avec d'autres mots que le terme "d'humanité" acquiert pleinement une portée juridique. Dès 1899, la Clause Martens introduira l'idée que certaines pratiques militaires peuvent être incompatibles avec les "lois de l'humanité". Une notion similaire sera comprise sous l'idée de "considérations élémentaires d'humanité" utilisée par la Cour dans l'affaire du Détroit de Corfou. Elle confère une dignité particulière aux droits soutenus sur ce fondement puisque la Cour les a élevés au rang de "principes intransgressibles du droit coutumier" dans l'affaire Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (CIJ avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec. 1996, § 80). Enfin, la notion prend un sens juridique encore plus précis dans le concept de "crime contre l'humanité" ou de "patrimoine commun de l'humanité" ».*

<sup>127</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 330.

<sup>128</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 330.

<sup>129</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 330.

*êtres humains et aux valeurs universelles portées par lui* »<sup>130</sup>. Enfin, le troisième sens qu'il donne à l'humanité, est la « *qualité d'humain* » qui renvoie à « *l'appartenance à l'espèce humaine* »<sup>131</sup>.

Ainsi, l'humanité doit être entendue dans le sens de la qualité humaine, inhérente à l'être humain et témoignant de son appartenance à l'espèce humaine, afin de justifier son lien intrinsèque à la dignité humaine. En effet, cette qualité humaine permet à l'enfant conçu d'hériter d'une protection en vertu de son humanité, en tant qu'être humain digne de protection juridique et non pas en tant que personne humaine.

**53. L'humanité, une notion à contenu variable.** À l'instar du concept de dignité, l'humanité est une notion à contenu variable. Elle est à la fois individuelle et collective<sup>132</sup>. La première est symbolisée par l'humanité que chaque individu a en soi<sup>133</sup>, du seul fait de son appartenance à l'espèce humaine. À cette humanité individuelle correspondrait une dignité individuelle<sup>134</sup> : la dignité de la personne humaine. La seconde est véhiculée par l'idée de communauté humaine, de participation commune à la société<sup>135</sup>, à laquelle correspondrait la dimension collective de la dignité humaine<sup>136</sup>. En effet, il existe différentes « *figures* »<sup>137</sup> de l'humanité, la personne humaine, qui en fait sa dimension individuelle et l'être humain en tant que membre de l'espèce humaine, qui constitue sa dimension collective.

---

<sup>130</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 330.

<sup>131</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 330.

<sup>132</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 329-346 : v. au titre de l'humanité, qui est à la fois notion polysémique, à contenu variable, rendant ainsi son usage particulier. L'humanité, disposant de plusieurs sens, n'ayant pas tous le même intérêt en droit, il est important de pouvoir observer les divers usages que le droit en fait selon l'acception, le sens retenu et de surcroît, selon le contexte dans lequel la notion d'humanité est sollicitée. V. spéc. p. 329 « *le droit français prétend protéger l'humanité en l'homme autant que l'humanité comme collectif* ».

<sup>133</sup> V. en ce sens Mathieu B., « La dignité, principe fondateur du droit », ESKA, *Journal international de bioéthique*, 2010 n° 3 volume 21, pp. 77-83.

<sup>134</sup> Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1145-1146.

<sup>135</sup> Neirinck C., *De la bioéthique au bio-droit*, conclusion p. 76 : « *Qu'il s'agisse d'homme ou d'être humain, la définition objective des frontières de l'humanité, et partant du droit au respect de la dignité, risque de restreindre le cercle des libertés permises. L'embryon humain, condamné in utero bien avant de l'être ex utero à devenir objet des désirs, des non désirs, des utilités. Mais c'est vrai aussi de tous les êtres biologiquement humains dont la « qualité de la vie », subjectivement appréciée, serait jugée insuffisante pour être qualifiée d'humaine et donc digne d'être vécue et respectée* ».

<sup>136</sup> Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1147-1149.

<sup>137</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 330.

54. Ces définitions semblent essentielles à la poursuite de la réflexion. Elles sont capitales dans l'établissement d'un droit de la bioéthique dont découle un droit de la génétique.

## §2. La détermination d'un droit de la génétique au sein de la bioéthique.

55. Afin de déterminer les termes d'un droit de la génétique émergent (B), la présentation de la bioéthique, discipline à laquelle il se rattache (A), apparaît opportune.

### A. Présentation du droit de la bioéthique

56. **Éléments de définition de la bioéthique.** Entendue comme la « *réflexion éthique suscitée par l'application à l'être humain des progrès scientifiques, en vue de discerner ce qui est bon pour l'homme, comme individu et comme espèce, et conforme à sa dignité* »<sup>138</sup>, la bioéthique conduit à s'interroger sur l'éthique de la vie humaine. En effet, elle<sup>139</sup> a également été définie comme « *une discipline nouvelle qui s'interroge, en termes éthiques, sur les progrès de la médecine et de la biologie ou, pour utiliser le terme approprié, la biomédecine* »<sup>140</sup>. Plus simplement, c'est « *l'éthique gouvernant les recherches médicales et leurs applications pratiques à l'être humain* »<sup>141</sup>.

Le Professeur Jean Bernard, considéré comme « *le père fondateur de la bioéthique* »<sup>142</sup>, reprenait l'expression de François Mitterrand « *la science va plus vite que l'Homme* »<sup>143</sup>, indiquant que le droit n'a d'autre choix que d'accepter le progrès scientifique.

---

<sup>138</sup> Mirkovic A., *L'essentiel de la bioéthique*, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2013, p. 17 ; Mattei J.-F. (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006, pp. 65-66 : v. bioéthique.

<sup>139</sup> Byk C., « Bioéthique », JCP G, n° 37, 11 septembre 2017, 945. V. notamment pour une définition de la bioéthique et spécialement pour un bon état des lieux et une visibilité récente de ce qu'est la bioéthique : les sources et institutions qui l'encadrent et les matières concernées ; v. également Réa V., *La liberté de recherche en matière de bioéthique*, Thèse de droit public, Lyon, 2009, spéc. pp. 20-26.

<sup>140</sup> Feldmann G., *La bioéthique*, Armand Colin, 2010, p. 12 ; v. également Hottois G., *Qu'est ce que la bioéthique ?*, Paris, Vrin, 2004, p. 22 : il définit la bioéthique comme « *un ensemble de recherches, de discours et de pratiques, généralement pluridisciplinaires et pluralistes, ayant pour objet de clarifier et, si possible, de résoudre des questions à portée éthique suscitées par la recherche et développement biomédical et biotechnologique au sein de sociétés caractérisées à des degrés divers comme étant individualistes, multiculturelles et évolutives* ».

<sup>141</sup> Guinchard S. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques* 2013, Dalloz, 20<sup>ème</sup> édition, 2012 : v. bioéthique. Etymologiquement, « bioéthique » vient du grec *bios*, qui signifie « la vie » et de *ethikos*, « la morale » et *ethos*, « les mœurs ».

<sup>142</sup> « Jean Bernard, père fondateur de la bioéthique », Discours de Jean-Pierre Changeux, Académie française et Académie des Sciences, Hommage à Jean Bernard, 17 octobre 2006, 8 p.

<sup>143</sup> « Jean Bernard, père fondateur de la bioéthique », Discours de Jean-Pierre Changeux, Académie française et Académie des Sciences, Hommage à Jean Bernard, 17 octobre 2006, p. 6.

Ainsi, sans pour autant neutraliser la science, celui-ci estime qu'il faut faire en sorte qu'elle se conforme aux principes moraux fondamentaux, dont le respect de la dignité humaine. C'est là l'essence même de la bioéthique.

**57. L'objectif du droit de la bioéthique.** La bioéthique connaît une reconnaissance récente par la sphère juridique qui lui confère un intérêt certain et empêche au droit de l'ignorer. Le droit de la bioéthique est celui qui vient établir un cadre et un régime juridiques propres aux pratiques biomédicales<sup>144</sup>. Le but est de les encadrer dans les limites du respect de la dignité. Ainsi, s'est posée la question de savoir si le droit devait être à l'écoute de la bioéthique et inversement. La réponse est évidemment les deux : « *bioéthique et droit entretiennent un rapport de connexité* »<sup>145</sup>. En effet, le droit doit être à l'écoute de la bioéthique pour l'appréhender et en fixer un cadre juridique adéquat et, à l'inverse, la bioéthique doit être à l'écoute du droit c'est-à-dire veiller à ce qu'il prenne en considération ses évolutions. Ainsi, la bioéthique « *ne peut ignorer les instruments qui existent déjà pour protéger les individus face aux agressions extérieures, peu importe que ces dernières viennent ou non des progrès scientifiques* »<sup>146</sup>. Néanmoins, la bioéthique doit contraindre le droit à l'adaptation des outils juridiques qui la précèdent afin d'assurer au mieux la protection de l'humanité et de l'espèce humaine, tout en tenant compte des progrès scientifiques et des biotechnologies. Ainsi, le droit ne doit pas se limiter à une retranscription des avancées scientifiques : il doit sélectionner celles qui sont compatibles avec l'ensemble des outils juridiques préexistants et déterminer les pratiques qui ne présentent pas de contradictions avec la dignité humaine.

Toutefois, il convient de souligner que la dignité humaine est absente de la liste des principes de la bioéthique parmi lesquels on compte la primauté de la personne, le respect du corps humain, l'intégrité de l'espèce humaine, l'indisponibilité du corps humain, l'interdiction de la gestation pour autrui et l'anonymat. En définitive, ces principes clairement listés à l'article 16 du Code civil par les premières lois *Bioéthique* de 1994, forment ensemble

---

<sup>144</sup> Feuillet-Liger B., « Un droit à l'écoute de la bioéthique ou une bioéthique à l'écoute du droit ? », RGDM n° 29, 2008, p. 63 : l'objet de la chronique est de s'interroger sur les relations entre la science et le droit, « *sur la question de savoir si le droit doit intervenir face aux avancées de la science* ». L'article précise que « *la réflexion éthique est indispensable en amont de l'élaboration de la règle juridique* » (v. notamment « Sciences de la vie et légitimité », C. Labrusse-Riou, in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 283).

<sup>145</sup> Feuillet-Liger B., « Un droit à l'écoute de la bioéthique ou une bioéthique à l'écoute du droit ? », RGDM n° 29, 2008, p. 65.

<sup>146</sup> Feuillet-Liger B., « Un droit à l'écoute de la bioéthique ou une bioéthique à l'écoute du droit ? », RGDM n° 29, 2008, p. 65.

la dignité humaine en droit de la santé et ces entités en sont les composantes. En conséquence, la dignité aurait dû être expressément mentionnée.

**58. La genèse<sup>147</sup> du droit de la bioéthique en France.** Les origines de la bioéthique font notamment référence aux événements qui se sont produits pendant la seconde Guerre Mondiale, qui constituent une sorte de rupture dans le traitement des êtres humains. La peur s'installe dans les esprits à la suite des expérimentations menées sur les hommes dans les camps de concentration à cette période. Dans ce contexte, le droit de la bioéthique est issu du procès de Nuremberg qui a eu lieu entre 1946 et 1947 condamnant les médecins nazis pour crimes de guerre médicaux. Ce procès a eu pour conséquence la codification des principes de l'expérimentation sur l'homme. En effet, le Code de Nuremberg de 1947 rassemble dix règles relatives à cette expérimentation qui ne doit être pratiquée qu'à but scientifique. Aussi, la bioéthique est-elle devenue un « *défi* »<sup>148</sup>, devant intervenir afin que l'être humain ne connaisse jamais plus un tel traitement.

En France, le mouvement bioéthique connaît un véritable essor autour des années 1990 avec l'intervention de comités d'éthiques<sup>149</sup> mis en place au début des années 1980<sup>150</sup>, l'existence d'un office parlementaire relatif aux choix scientifiques et technologiques sollicité dès 1992 en ce domaine, les rapports du Conseil d'Etat, de la Mission d'information de l'Assemblée nationale sur les problèmes de bioéthique<sup>151</sup> jusqu'à l'approbation parlementaire des premières lois de bioéthique le 29 juillet 1994<sup>152</sup>.

Rapidement, un engouement s'est produit pour ce domaine *a priori* universel et on réclamait la reconnaissance de cette universalité<sup>153</sup>. Aujourd'hui, cet essor continue et la

---

<sup>147</sup> À propos de la genèse du biodroit en France v. notamment Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, pp. 53-56.

<sup>148</sup> Quéré F., « Frères humains », *Le défi bioéthique*, Autrement, mars 1991, p. 178 : « Avant Auschwitz, l'homme se présentait dans la beauté sculpturale de son corps, dans sa force de travail, dans ses conflits d'honneur et d'intérêts, dans ses limites naturelles mais conscientes, dans la noblesse de son « je pense », dans l'écart de son âme déchirée entre la misère et la grandeur... Toujours quelque dignité le faisait paraître au-dessus de la nature et consacrait sa souveraineté de droit. Depuis Auschwitz, nous savons que l'homme, c'est aussi celui qu'on peut piétiner jusqu'à l'effacement, que l'on peut réduire à un matériau, une denrée, une fumée et même rien ; que l'on peut nier jusqu'à lui refuser l'honneur d'une mort individuelle, et le détruire industriellement, le trainant comme un magma, en tas, beaucoup d'un coup, ainsi que l'on brûle des stères de bois ».

<sup>149</sup> Ferry L., « Tradition ou argumentation ? Des comités de "sages" aux comités de délibération », in *Bioéthique*, revue Pouvoirs, n° 56, 1991, pp. 5-21.

<sup>150</sup> Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et la santé a été créé par décret du Président François Mitterrand le 23 février 1983.

<sup>151</sup> Claeys A., « Le rôle du parlement dans l'élaboration des lois de bioéthique », RGDM, n° 29, 2008, p. 52.

<sup>152</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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>153</sup> Auffray C., *Le génome humain*, Flammarion, 1996, pp. 110-111 : « ainsi, prévoit-on, à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme (...) de fixer un cadre universel

bioéthique est au cœur de l'actualité française et internationale. En France, c'est une loi du 20 décembre 1988 qui encadre pour la première fois ce type d'expérimentation<sup>154</sup>. Par la suite, les premières lois de bioéthique en date du 29 juillet 1994 relatives au corps humain, 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>155</sup>, ont posé les bases du droit positif en matière de bioéthique. Ces lois se soumettent elles-mêmes à une évolution régulière dans la mesure où elles prévoient leur propre révision. La loi bioéthique du 6 août 2004<sup>156</sup> modifie celles de 1994 introduisant notamment le terme de « bioéthique » en droit français. Ensuite, la loi du 7 juillet 2011<sup>157</sup> intervient en révision de la précédente. Enfin, la loi du 6 août 2013<sup>158</sup> à l'article unique vient régler la question de la recherche sur l'embryon en inversant la tendance jusqu'alors en vigueur : l'autorisation devient la règle et l'interdiction l'exception. La dernière grande loi de bioéthique votée le 7 juillet 2011 appelait sa révision dans les sept ans, contre un ancien délai quinquennal jamais respecté par les parlementaires, au vu notamment de la complexité du domaine et de sa pluridisciplinarité<sup>159</sup>. En 2018 est attendue la nouvelle loi de bioéthique destinée à réviser la précédente de 2011 qui imposait sa propre révision dans les sept ans.

**59.** La bioéthique vise à l'encadrement des progrès médicaux et scientifiques touchant l'homme et susceptibles de porter atteinte à la dignité humaine. Il convient alors de déterminer les contours de la génétique, qui se révèle être plus précise que la matière bioéthique.

---

*pour le développement des thérapeutiques et des diagnostics génétiques dans le respect de la dignité des individus et des générations futures* ». L'auteur se situe dans le courant du développement du mouvement bioéthique. Ainsi, il précise la « *dignité des individus* » et non de la personne, associant la dignité à l'ensemble des êtres humains, à l'humanité. Ceci soutient la thèse selon laquelle la dignité, appliquée à la bioéthique et spécialement à la génétique, ne se réduit pas à la dignité de la seule personne humaine, mais comprend cette inhérente humanité. C'est d'ailleurs ce qui doit être entendu des articles 16 et suivants du Code civil, qui entendent protéger la personne et son corps, et englobe l'ensemble des protections prévues dans le principe de dignité de la personne, elle-même intégrée à l'humanité.

<sup>154</sup> Loi dite Huriot-Sérusclat n° 88-1138 du 20 novembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale.

<sup>155</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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>156</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

<sup>157</sup> Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

<sup>158</sup> Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 sur la recherche modifiant la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

<sup>159</sup> V. notamment Truchet D., « La bioéthique, une notion sans limite », in *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 51.

## B. Le droit de la génétique : l'émergence indispensable d'un nouveau droit

60. Les prémices du droit de la génétique (a) établissent la légitimité d'un droit de la génétique émergent (b).

### a. Les prémices d'un droit de la génétique

61. Il existe un avant législation bioéthique correspondant à des enjeux relatifs aux essais et expérimentations. Ces enjeux trouveront une réponse avec un encadrement législatif qui donnera un statut juridique à la recherche biomédicale en 1988. Avant cela se succède une série de textes constituant la genèse de la bioéthique et d'un droit de la génétique français.

D'abord, la loi du 14 juin 1934<sup>160</sup> sur l'utilisation des sérums thérapeutiques s'accompagne d'un décret d'application du 26 août 1936<sup>161</sup> relatif à leur autorisation qui se contente de mentionner les « essais thérapeutiques »<sup>162</sup>. Ensuite, la loi du 11 septembre 1941<sup>163</sup> subordonne la commercialisation d'un nouveau médicament à la délivrance d'un visa. Elle recommande vivement au Secrétaire d'Etat à la santé de réglementer les expérimentations. Le décret du 24 juin 1942 précise que le visa en question doit comporter une « *notice relative aux essais thérapeutiques du produit mentionnant l'indication thérapeutique et contenant les documents justifiant la valeur thérapeutique de la spécialité* »<sup>164</sup>.

Ainsi, avant 1988, la France abordait rapidement les essais dans divers textes mais n'envisageait que les essais sur l'homme malade. La recherche sur le patient était « *à finalité thérapeutique directe* »<sup>165</sup>, obligatoirement menée sur la personne malade, excluant *de facto* la recherche sur l'homme sain et la rendant illicite. La jurisprudence s'attachait au consentement de la personne se prêtant à une recherche biomédicale et plus particulièrement au consentement requis quand une intervention médicale peu banale ou un traitement purement scientifique pouvait engager la responsabilité d'un praticien<sup>166</sup>. De son côté, le Conseil d'Etat

---

<sup>160</sup> JO du 22 juin 1934, p. 6178.

<sup>161</sup> JO du 2 septembre 1936, p. 9366.

<sup>162</sup> Enfin, un arrêté pris le 19 juin 1937 donne application dudit décret relatif au régime de ces essais.

<sup>163</sup> JO du 20 septembre 1941, p. 4018.

<sup>164</sup> JO du 27 juin 1942, p. 2244.

<sup>165</sup> Le décret du 28 juin 1979, en ses articles 18, 19, 30 et 31, prévoit exceptionnellement la recherche sur le patient comme une « *recherche à finalité thérapeutique directe* ».

<sup>166</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2014, pp. 789-790.



recherche, dès 1962, l'équilibre « *rique-avantage* » avant la mise en œuvre de toute recherche faisant intervenir l'homme<sup>167</sup>.

62. En conséquence, plusieurs textes visent à la construction d'une législation en ce domaine mais se révèlent insuffisants pour établir un cadre juridique solide. À l'instar de la loi de 1941, le Comité Consultatif National d'Ethique, dans un avis du 9 octobre 1984, soulève la nécessité de donner un statut à l'expérimentation. C'est alors que la première loi relative à la recherche biomédicale est votée le 20 novembre 1988<sup>168</sup>, ouvrant la porte à un droit de la génétique prêt à émerger.

### **b. Les termes d'un droit de la génétique émergent**

63. À ce jour, la matière génétique appartenant à la discipline des sciences dures ne connaît pas de juridicisation, en ce sens qu'elle n'a pas encore hérité de la qualification de branche du droit<sup>169</sup>. Pourtant, le droit, régulièrement sollicité, multiplie ses interventions en ce domaine qui regorgent d'enjeux variés. À l'instar des « *principes émergents* »<sup>170</sup>, qualifiés ainsi par le Professeur Guinchard, on peut parler de droit émergent. La genèse du droit de la génétique, la multiplicité des intérêts et les enjeux liés aux contours de la matière doivent être observés comme des révélateurs de l'existence et de l'utilité du droit de la génétique.

64. La génétique correspond à une grande partie de la bioéthique. En sont exclus les thèmes qui ne demandent pas, dans leur processus, de manipulation génétique, qui n'impliquent pas le génome humain<sup>171</sup>. Les recherches s'articulent principalement autour des thématiques suivantes, qui font l'objet de la démonstration de la thèse, au regard de leur relation avec la dignité humaine : l'enjeu est de mettre en lumière leur compatibilité ou leur contradiction. Ainsi, le génome humain<sup>172</sup> et l'utilisation des cellules souches ; la personne au

---

<sup>167</sup> Conseil d'Etat, section sociale, 10 avril 1962.

<sup>168</sup> Loi dite Huriot-Sérusclat n° 88-1138 du 20 novembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale.

<sup>169</sup> V. Bricker G., *Le droit de la génétique, à la recherche d'une branche du droit*, Thèse de droit public, Paris Est, 2013, publiée chez l'Harmattan, 2015, 848 p.

<sup>170</sup> Guinchard S., « Belles pages 33 : les trois principes structurant les procès », Le blog de Serge Guinchard, 30 mai 2017 : « *ce qui signifie clairement qu'ils sont encore contestés par certains auteurs qui, au mieux n'en voient pas l'utilité et, au pire, n'en décèlent pas l'existence* ».

<sup>171</sup> La fin de vie, par exemple, fait partie de la bioéthique mais pas de la génétique.

<sup>172</sup> *Le Larousse médical*, 2012 : v. « génome humain ». « *Ensemble du matériel génétique, c'est-à-dire des molécules d'ADN, d'une cellule. Il est constitué de l'ensemble des gènes et des autres séquences, dites non codantes, qui constituent la plus grande partie de l'ADN chromosomique* ».

contact des biotechnologie durant sa vie, l'eugénisme<sup>173</sup> sous toutes ses formes avec notamment la thérapie génique<sup>174</sup> et le transhumanisme ; le clonage humain reproductif et thérapeutique ; enfin, tout ce qui se rapporte à l'utilisation de l'embryon humain par la science doit être observé et notamment son statut juridique et la recherche dont il fait l'objet<sup>175</sup>.

En définitive, la génétique, en tant que composante de la bioéthique, se doit d'encadrer strictement les progrès médicaux et scientifiques majeurs risquant de mettre en jeu la préservation de la dignité humaine. Le rôle du droit est alors d'intervenir afin de distinguer les pratiques acceptables et celles qui ne le sont pas puis d'en déterminer les critères d'acceptation et de rejet sous le prisme de la dignité.

**65. La nécessité d'une consécration du droit de la génétique.** Il est regrettable de constater qu'à ce jour aucune reconnaissance n'a été accordée à la génétique comme une branche du droit<sup>176</sup>. Pourtant, il apparaît aujourd'hui important de reconnaître l'existence d'un vrai droit de la génétique, au vu des différents enjeux présents et problématiques soulevées en ce domaine. De plus, l'actualité du sujet<sup>177</sup> réaffirme son utilité et son existence, confirmant l'émergence d'un droit nouveau.

**66.** Ce droit de la génétique serait intégré au droit de la bioéthique, récemment reconnu en tant que tel grâce à l'essor et l'impact des lois de bioéthique depuis 1994. La dignité de la personne humaine est le principe sous le nom duquel le concept de dignité humaine est intégré au droit.

---

<sup>173</sup> Guinchard S. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques 2013*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> édition, 2012, voir « eugénisme » ; Mattei J.-F. (sous dir. de), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006, pp. 206-209 : v. eugénisme : approche éthique. « *Pratique tendant à l'organisation de la sélection des personnes, constitutive d'un crime contre l'espèce humaine* ».

<sup>174</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, 13 décembre 1990, avis n° 22 : le Comité Consultatif National d'Ethique en a proposé une définition : « *une modification du capital génétique concernant seulement des cellules non reproductrices de l'organisme, qui n'atteindrait qu'un organe ou qu'un système cellulaire* » ; *Le Larousse médical*, 2012, voir « thérapie génique » : Cette méthode thérapeutique utilisant les gènes et l'information dont ils sont porteurs permet de traiter une maladie génétique afin de modifier le comportement cellulaire. En pratique, elle consiste notamment à faire entrer, dans des cellules malades, un gène capable de les tuer.

<sup>175</sup> Mattei J.-F. (sous dir. de), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006, pp. 187-192 : v. embryon puis différentes approches de l'embryon.

<sup>176</sup> Bricker G., *Le droit de la génétique, à la recherche d'une branche du droit*, Thèse de droit public, Paris Est, 2013, publiée chez l'Harmattan, 2015, 848 p.

<sup>177</sup> L'actualité du sujet renvoie à l'année 2018 qui connaît, au cours du premier semestre, les Etats généraux de la bioéthique organisés en vue d'une consultation citoyenne devant nourrir le débat aidant à la révision des lois de bioéthique prévue pour 2018. De plus, un avis du Comité Consultatif National d'Ethique est attendu pour septembre 2018, droit souple participant aux travaux parlementaires en vue de l'élaboration de la prochaine loi de bioéthique. Celle-ci devrait être votée au cours du premier semestre 2019, avec un retard de quelques mois seulement. Pour l'heure, le rapport du Conseil d'Etat sur la révision des lois de bioéthique a été remis au premier ministre, Monsieur Edouard Philippe, le vendredi 6 juillet 2018.

## Section 2. La dignité humaine appréhendée par le droit

67. Le concept de dignité humaine a finalement été saisi par le droit. Celui-ci procède à son intégration en l'érigeant en principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Il convient ainsi de proposer une définition juridique moderne de la dignité (§1), afin de la distinguer des conceptions philosophiques et religieuses. En effet, la dignité humaine en tant que principe juridique connaît différentes fonctions et typologies (§2). De plus, ce principe étant considéré comme inhérent à la personne humaine, la conception juridique de cette notion semble incontournable (§3).

### §1. La proposition d'une définition juridique moderne de la dignité

68. Dans la Grèce Antique, la dignité est perçue comme une vertu politique<sup>178</sup>. L'étymologie grecque donne deux racines à la dignité<sup>179</sup>. Du latin *dignitas*, la dignité renvoie à ce qui est « *digne de...* ». Il y a, derrière la notion de *dignitas* une connotation positive puisqu'elle est « *le qualificatif de ce qui est préférable* »<sup>180</sup>. De plus, la *dignitas* désigne toujours la qualité particulière d'un sujet, appelant le respect. Les étymologies grecque et latine mettent en lumière la qualité d'éminence de la dignité, la valeur particulière à laquelle est associé le sujet qui bénéficie de cette désignation : elle suscite le respect et le mérite. L'humanisme latin irrigue toute la pensée européenne, jusqu'à ce jour<sup>181</sup>.

69. Ce concept, d'origine philosophique, a connu une intégration dans l'ordre juridique sous la dénomination du « principe de dignité de la personne humaine » ou plus

---

<sup>178</sup> Mattei J.-F., *L'énigme de la dignité ou le principe d'Antigone*, in Mélanges C. Bolze, *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 4-11.

<sup>179</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001 : la première désigne ce qui vaut la peine de, qui est jugé bon, lié à une idée de valeur particulière, qui paraît juste et donc digne. La deuxième indique une forme de gravité et de majesté qui, en grec moderne, peut avoir le sens de vénérable, qui inspire un respect religieux mêlé de crainte.

<sup>180</sup> Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007, p. 41.

<sup>181</sup> Rédaction dirigée par Rey A. et Rey-Debove J., *Le Petit Robert*, 1984, p. 541 : Ainsi, le Petit Robert définit la dignité sous deux angles. Le premier correspond à la « *fonction, titre ou charge qui donne à quelqu'un un rang éminent* ». Le second est davantage lié au développement qui va suivre, puisqu'il fait référence au respect. Dans un premier temps, la dignité est le « *respect que mérite quelqu'un* », c'est ce qui permet d'abord de distinguer l'homme des autres êtres. Les rédacteurs du Petit Robert envisageaient la dignité comme fonctionnant selon deux sens : l'Homme doit être respecté mais il doit également se respecter lui-même. Ainsi, cette idée de respect, associée au sens anthropologique, renvoie à une fonction éminente et donne une image noble à la dignité. Toute la noblesse de la dignité tient en sa source philosophique originelle, qui rend difficile l'établissement d'une réelle définition juridique, en plus d'avoir un contenu indéfini du à une valeur infinie, faisant l'objet d'un consensus dont l'existence paraît compromise.

généralement de la dignité humaine<sup>182</sup> (A). De ce fait, aujourd'hui il existe un « droit de la dignité », qui correspondrait à un ensemble de principes, de règles, qui ne présentent pas nécessairement d'homogénéité, qui s'appuient sur la dignité, la prennent en compte et y font référence<sup>183</sup> et dont découlerait un « droit à la dignité », inscrit dans les textes faisant office de véritables sources du droit positif. Il s'intègre et se développe à l'intérieur de toutes les branches du droit français, en ses qualités de principe supérieur et de droit subjectif<sup>184</sup>. Ainsi, le principe de dignité fait l'objet d'une importante juridicité<sup>185</sup> sans connaître de définition claire et précise. Il possède toutefois une valeur juridique remarquable (B).

### A. L'intégration *in concreto* de la dignité humaine dans l'ordre juridique

**70. La consécration matérielle de la dignité.** Le principe de dignité de la personne humaine s'est d'abord matérialisé dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789<sup>186</sup>. Le recours à la notion de dignité humaine commence à naître à l'occasion de la reconstruction des Etats après la seconde Guerre Mondiale, suite aux expérimentations médicales, influencées par le régime nazi.

---

<sup>182</sup> A propos de la dignité v. notamment Mathieu B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », D. 1996, I, 282 ; Edelman B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997, p. 185 ; Evain S., *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*, Thèse dactylographiée, Cergy Pontoise, 1999, 430 p. ; Borella F., « Le concept de dignité de la personne humaine », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 29-38 ; Neirinck C., « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 39-50 ; Pavia M.-L., Revet T. (sous la direction de), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999 ; Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1133-1151 ; Marret N., *La dignité humaine en droit*, Thèse dactylographiée, Poitiers, 2000 ; Perrouin L., *La dignité humaine et le droit*. Thèse dactylographiée. Toulouse I, 2000, 589 p. ; Hennette-Vauchez S. et a., *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, 318 p. ; Poisson J.-F., *La dignité humaine*, Les Etudes Hospitalières, 2004, 124 p. ; Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007 ; Mathieu B., « La dignité, principe fondateur du droit », ESKA, Journal international de bioéthique, 2010 n° 3 volume 21, pp. 77-83 ; Colloque international France-Chine, « La dignité humaine en droit de la santé », 26 juin 2015 ; Binet J.-R., « Dignité et Comité Consultatif National d'Ethique », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 129-141 ; Marguénaud J.-P., « Principe de dignité et Cour Européenne des Droits de l'Homme », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 235-246.

<sup>183</sup> Pontier J.-M., *La dignité*, PUAM, 2003 : v. avant-propos.

<sup>184</sup> Bioy X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, édition 2014, p. 317.

<sup>185</sup> Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1133-1151.

<sup>186</sup> A ce titre, la Déclaration est entendue comme étant la source matérielle du principe, non sa source formelle. Celle-ci viendra plus tard, à l'apparition concrète de la dignité dans les textes.

## 71. La consécration formelle du principe dans l'ordre juridique international.

Tout d'abord et ce dès 1944, la Déclaration de Philadelphie relative aux buts de l'OIT affirme que « *tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité* »<sup>187</sup>. Peu après, le Préambule de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, proclame la foi des peuples « *dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine* »<sup>188</sup>. Egalement dans le Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 se retrouve le terme de dignité : « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »<sup>189</sup>. Puis, les deux pactes des Nations Unies du 16 décembre 1966 reconnaissent au deuxième alinéa de leurs préambules que « *ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine* »<sup>190</sup>. Enfin, la Déclaration Universelle sur le Génome Humain et les Droits de l'Homme de l'Unesco, du 11 novembre 1997<sup>191</sup> mentionne la dignité dans plusieurs de ses articles<sup>192</sup>.

**72. La consécration formelle du principe au niveau européen.** La Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales 1950<sup>193</sup> du Conseil de l'Europe ne mentionne pas expressément la dignité mais y fait référence. A contrario, la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997<sup>194</sup>, prévoit explicitement la protection des

---

<sup>187</sup> Déclaration de Philadelphie relative aux buts de l'OIT, 10 mai 1944.

<sup>188</sup> Charte des Nations unies, 26 juin 1945.

<sup>189</sup> Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948.

<sup>190</sup> Les pactes des Nations Unies, Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966.

<sup>191</sup> Déclaration Universelle sur le génome humain et les Droits de l'Homme, 11 novembre 1997. La déclaration mentionne la « dignité » dans ses articles 1, 2, 6, 10, 11, 12, 15, 21 et 24.

<sup>192</sup> Ainsi, le premier affirme que « *le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité* ». Quant au second, il souligne que « *chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques ; cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité* ». L'article 11 de la même déclaration poursuit et précise que « *des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains qui ne doivent pas être permises* ».

<sup>193</sup> Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950.

<sup>194</sup> La Convention sur la protection des droits de l'Homme et la dignité de la personne à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997.

individus dans leur dignité et face aux applications biogico-médicales<sup>195</sup>. La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne consacre un chapitre à la dignité humaine<sup>196</sup> et son premier article affirme que « *la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». Enfin, le juge communautaire entend prendre en considération ce principe de dignité humaine et l'érige en principe général du droit<sup>197</sup>.

**73. La consécration formelle du principe en droit français.** La consécration textuelle du principe de dignité humaine en droit interne reste floue. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 fait référence aux « *droits inaliénables et sacrés* »<sup>198</sup> et à la Déclaration de 1789 en tant que source matérielle du principe. Il en va de même pour la V<sup>e</sup> République, puisqu'aucun article de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>199</sup> ne cite la dignité humaine. Néanmoins, elle bénéficie d'une valeur constitutionnelle depuis une décision fondamentale et fondatrice du Conseil constitutionnel en 1994<sup>200</sup>. Le juge constitutionnel contourne la défaillance d'un constituant qui renonce à modifier le Préambule de la Constitution pour y inclure la dignité<sup>201</sup>. Considérant le domaine de la loi, le principe a été introduit par la loi du 29 juillet 1994<sup>202</sup> relative au corps humain et inséré dans le Code civil dont l'article 16 prévoit que « *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 la vie* ».

**74. La dignité humaine est un principe matriciel<sup>203</sup>** en ce qu'il engendre d'autres droits de portées et de valeurs différentes. Il correspond à un principe prééminent auquel on ne peut

---

<sup>195</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la Convention prévoit que « *Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* ».

<sup>196</sup> Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, 18 décembre 2000. Elle est composée de chapitres dont le premier est consacré à la dignité. Puis à la liberté, à l'égalité, à la solidarité, à la citoyenneté et à la justice.

<sup>197</sup> CJUE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02 : « *l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit* ».

<sup>198</sup> Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 1<sup>er</sup> : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ».

<sup>199</sup> Constitution de la V<sup>e</sup> République, 4 octobre 1958.

<sup>200</sup> Conseil Constitutionnel, DC 27 juillet 1994, n° 94-343-344, JO 29 juillet 1994 p. 11024.

<sup>201</sup> *Rapport du Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution*, dit « Comité Veil », du 17 décembre 2008, doc. fr., 2009 : en effet, le constituant a considéré que « la consécration prétorienne était suffisante ».

<sup>202</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

<sup>203</sup> En ce sens v. notamment Mathieu B., « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », D. 1995, I, 211 ; Neirinck C., « La dignité humaine ou le

déroger et c'est en ce sens que le Professeur Renucci l'identifie comme le « *socle des droits fondamentaux* »<sup>204</sup>. La dignité de la personne humaine est donc considérée comme le droit fondamental, fondateur et à l'origine des autres droits fondamentaux<sup>205</sup>.

## B. La valeur juridique de la dignité humaine en droit interne

75. Le principe de dignité de la personne humaine n'est pas mentionné dans la Constitution du 4 octobre 1958<sup>206</sup>. Constatant cette lacune, le juge constitutionnel a donc procédé à la première consécration constitutionnelle du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine le 27 juillet 1994 à l'occasion de sa décision *Bioéthique*<sup>207</sup>. Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine est érigé en principe à valeur constitutionnelle et est intégré au bloc de constitutionnalité, venant interpréter la Constitution : ce principe est une relecture du Préambule de la Constitution de 1946<sup>208</sup>. Le Conseil constitutionnel opte pour une conciliation entre le Préambule de 1946 consacrant « *la sauvegarde du principe de dignité contre toute forme d'asservissement et de dégradation* »<sup>209</sup> et la liberté individuelle<sup>210</sup>.

---

mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 39-50, spéc. p. 44 ; Mathieu B., « La dignité, principe fondateur du droit », ESKA, Journal international de bioéthique, 2010 n° 3 volume 21, pp. 77-83 ; Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 576 ; Kernalegouen F., « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 93-108.

<sup>204</sup> Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2010, 4<sup>ème</sup> édition, p. 13.

<sup>205</sup> Hennette-Vaucher S., D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2013 : le Professeur Hennette-Vaucher considère qu'une liberté est fondamentale quand elle est le socle, la source voire le fondement d'autres droits. La dignité étant le socle des droits fondamentaux, on peut dire qu'elle est elle-même un droit fondamental.

<sup>206</sup> Constitution de la V<sup>e</sup> République, proclamée le 4 octobre 1958.

<sup>207</sup> Conseil Constitutionnel, DC 27 juillet 1994, n° 94-343-344, JO 29 juillet 1994 p. 11024 : « *La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ».

<sup>208</sup> Hennette-Vaucher S., D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2013.

<sup>209</sup> Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 1.

<sup>210</sup> Reconnue et proclamée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, article 1 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* » ; article 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* » ; article 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ». Puis par les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 reconnaissant à la mère et l'enfant le droit à la protection de la santé et à la famille le droit au développement et à l'épanouissement : « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » (alinéa 10) et « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique,*

## §2. Les différentes fonctions et typologies de la dignité

76. Concept initialement non juridique, la doctrine et la jurisprudence donnent de multiples fonctions au principe de dignité humaine<sup>211</sup>. L'absence de consensus quant à son contenu engendre l'inexistence de définition exacte du principe. Le système juridique français continue à le faire évoluer, à lui attribuer diverses fonctions (A) et à en dégager diverses typologies (B).

### A. Les fonctions de la dignité humaine

77. Deux fonctions de la dignité humaine en droit sont à observer : une fonction sociale de protection des individus et des personnes (a) ainsi qu'une fonction de restriction de certaines libertés (b).

#### a. La fonction sociale de protection

78. La dignité n'a pas seulement à être respectée par les autorités, elle doit l'être « *tout autant par les individus dans leurs rapports entre eux et par chacun pour soi-même* »<sup>212</sup>. La fonction protectrice du principe a pour objet la protection de l'individu contre lui-même et fonde l'obligation pour l'Etat de protéger l'individu contre autrui.

79. **La protection de l'individu contre lui-même.** La fonction sociale de protection de l'individu contre lui-même se retrouve dans la célèbre affaire dite du lancer de nains<sup>213</sup>. En effet, le juge procède ici à une personnalisation abusive du corps<sup>214</sup>. Le recours à la dignité servant de protection du corps de la personne alors que, traditionnellement, c'est d'abord la personne qui a vocation à être protégée. Pourtant, selon le Conseil d'Etat « *le corps c'est la personne* »<sup>215</sup>. L'héritage catholique<sup>216</sup> explique la protection du corps humain et les principes

---

*se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* » (alinéa 11).

<sup>211</sup> V. notamment Kernalegouen F., « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 93-108, spéc. p. 101 et s.

<sup>212</sup> Conseil d'Etat, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, GAJA, Dalloz, 17<sup>ème</sup> éd., 2009, n°11, p. 702.

<sup>213</sup> Gros M., RD public, 1996.536., p. 546.

<sup>214</sup> Froment J.-C., RD public, 1996.536., pp. 558-559.

<sup>215</sup> Conseil d'Etat, *Science de la vie. De l'éthique au droit*, La Documentation française, 1988, p. 16.



d'indisponibilité et de non marchandisation du corps humain prévues par le Code civil. C'est notamment sur ces principes que repose une partie de la protection de la dignité. À l'inverse, la dignité est utilisée afin de protéger l'individu dans son intégrité physique et morale<sup>217</sup>.

**80. La protection de l'individu contre autrui.** Les utilisations diverses et variées du principe par la jurisprudence, appliquées au droit au logement ou encore au contentieux des étrangers, montrent que le principe embrasse toutes les catégories du droit. En tant que principe matriciel, la dignité sert de fondement à tous les domaines. Il s'agit pour lui de connaître une large application permettant à tout justiciable victime d'une atteinte à sa liberté individuelle, son intégrité physique ou morale, de se prévaloir de la dignité humaine pour fonder sa requête. C'est la protection de la personne vulnérable qui est notamment recherchée. Mise en relation avec le droit de la génétique, la dignité est utilisée comme principe fondamental pour justifier l'interdiction des techniques de clonages, limiter les pratiques eugéniques et encadrer strictement la recherche et l'embryologie françaises. C'est en ce sens qu'il est possible d'envisager le principe de dignité comme une source de retardement du progrès médical et scientifique dans certains domaines, en raison de cette volonté de protéger l'individu contre autrui<sup>218</sup>.

**81.** La dignité occupe une fonction certaine de protection des personnes mais elle contribue également, dans certaines situations, à limiter leur liberté.

---

<sup>216</sup> Lebreton G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Colin, 1995 : « le droit français considère le corps humain comme le substrat de la personne, et non comme une « chose » qu'on pourrait louer ou vendre. Cette conception personnaliste, anti matérialiste du corps humain, est héritée de l'Eglise catholique, qui enseigne que « le corps est une partie constitutive de l'homme ; (...) il appartient à l'être de la personne et non pas à son avoir » (Jean-Paul II, *Discours de Rome*, 17 septembre 1983) ».

<sup>217</sup> Froment J.-C., RD public, 1996. 536, pp. 562-563 : Selon lui, respecter la dignité c'est aussi « considérer la personne indépendamment de son corps ». Pour aller plus loin dans la fonction protectrice de la dignité, une partie de la doctrine tend à souligner l'idée que le Conseil d'Etat, au cours de sa décision Morsang-sur-Orge, a procédé à une atteinte à la dignité de la personne humaine du nain au nom même de sa propre dignité. En effet, certains évoquent une réduction de la personne à la simple image du corps qui le représente et critiquent un certain manquement de réflexion portant sur ce qui est réellement constitutif de la dignité dans la société française. Selon cet auteur, la dignité devrait dépendre, en plus des considérations morales auxquelles elle ne peut être exclusivement réduite, à la fois de la condition économique et sociale et de la reconnaissance de l'autonomie de la personne dans les relations entretenues avec son corps. De plus, et pour revenir aux considérations relatives au corps et à la relation que la personne entretient avec lui, affirmer que le corps est la personne et que la personne est le corps revient à empêcher de voir le corps indépendamment de la personne et témoigne d'un refus de le protéger.

<sup>218</sup> Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, p. 115 v. humanité et vulnérabilité.

## **b. La fonction de restriction de certaines libertés**

**82.** La difficulté de l'encadrement du principe de dignité réside notamment dans son interaction avec les libertés individuelles. La dignité se trouve confrontée aux autres droits de la personne humaine<sup>219</sup> et il appartient au droit de gérer ces relations. L'articulation avec la liberté individuelle, clé de voute des sociétés démocratiques, n'est pas toujours évidente. Pourtant, dignité et liberté individuelle doivent s'accorder dans la mesure où l'une ne doit pas représenter un obstacle au développement de l'autre<sup>220</sup>.

Cette affirmation se confirme à l'occasion des atteintes provoquées par le principe de dignité à l'égard de certaines libertés individuelles et notamment la liberté scientifique, avec laquelle la dignité entre en concurrence et sur laquelle elle ne prime pas toujours.

**83.** La dignité humaine en droit connaît différentes fonctions mais également différentes typologies.

## **B. Les typologies de la dignité humaine**

**84.** Pour plus de compréhension, il semble nécessaire d'établir la distinction qui réside entre les dignités radicale et ontologique (a) avant de relever que la dignité connaît une redéfinition moderne avec l'évolution des mœurs suivie par le droit (b), faisant ainsi perdre de sa superbe au principe juridique suprême.

### **a. La distinction fondamentale des dignités radicale et ontologique**

**85.** La dignité « radicale »<sup>221</sup> est celle qui est à l'origine de toutes les autres. La dignité ontologique est envisagée comme une qualité, un caractère essentiellement lié à l'être même de l'homme, inséparable de l'humanité et donc de tous les êtres humains existants<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> Liberté individuelle, d'association, d'enseignement, de conscience et d'opinion, d'expression et de communication, le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le droit d'asile.

<sup>220</sup> Feldmann G., « Constitution, bioéthique et droits de l'Homme », in Byk C. (sous la direction de), *La constitution face au défi de la bioéthique, Colloque du Palais du Luxembourg du 3 avril 2008*, LEH, 2008.

<sup>221</sup> Encore appelée la « dignité de nature ».

<sup>222</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 358 et s.

86. Une seconde distinction doit être effectuée entre les dignités « radicale » et « opérative », dans la mesure où il ne peut y avoir de dignité opérative sans dignité ontologique et la dignité opérative dépend de la radicale. Cette dernière peut s'associer à une sorte de dignité généraliste, qui englobe les autres types de dignité dont elle est le précurseur<sup>223</sup>. Elle constitue une « *limite immédiate à la tentation du positivisme juridique* » qui veut décider de la valeur de l'humain en limitant la dignité aux dimensions et portées données par le droit<sup>224</sup>. Cette dignité radicale ne peut être le fait de l'homme car il ne la provoque pas. Néanmoins, la dignité opérative est changeante et peut être dite selon le plus et le moins, elle ne dépend que du fait de l'homme, qui l'oriente dans un sens ou dans un autre. Ainsi, l'étude traite principalement de la dignité opérative, orientée par l'homme dont elle dépend, spécialement en droit de la génétique.

87. Toutefois, l'évolution se faisant, la dignité connaît de nouvelles conceptions. Ainsi, son contenu devient progressivement variable rendant sa définition davantage difficile.

#### **b. Les redéfinitions contemporaines de la dignité : de la constitutionnalisation à l'utilisation abusive et détournée de la dignité, principe « fourre-tout » du droit positif français**

88. Depuis sa constitutionnalisation jusqu'à son utilisation jurisprudentielle (1), la dignité humaine est un concept philosophique devenu principe juridique manipulé par le droit français jusqu'à devenir un principe « fourre-tout ». Ainsi peut-on s'interroger sur son actuelle nature équivoque ou analogue (2).

##### **1. Les redéfinitions jurisprudentielles de la dignité**

89. Le principe de dignité de la personne humaine tend à être redéfini notamment par la jurisprudence. En effet, les juges administratifs et constitutionnels ont tendance à se saisir de la notion pour protéger certains droits et libertés. La dignité est perçue comme une véritable matrice, capable d'englober un maximum de concepts et de protéger l'individu dans des

---

<sup>223</sup> Au même titre que la dignité elle-même est la « matrice » des autres droits fondamentaux.

<sup>224</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 358 et s.

situations particulières<sup>225</sup>. Ainsi, le juge a procédé à plusieurs extensions étonnantes de la conception originelle de la dignité humaine.

**90. La dignité, une composante de l'ordre public ?** L'introduction de la dignité dans le rang des composantes de l'ordre public est réalisée à la suite de l'affaire dite du « *lancer de nains* »<sup>226</sup>. En l'espèce, le maire prend un arrêté municipal le 25 octobre 1991 interdisant la tenue d'un spectacle<sup>227</sup>. La représentation artistique appelée « *lancer de nains* », était prévue le soir même, au sein d'une discothèque de ladite commune<sup>228</sup>. La société et le nain en cause attaquent la décision municipale devant le tribunal administratif de Versailles<sup>229</sup> qui prononce l'annulation de l'arrêté en l'absence de circonstances locales particulières, conformément aux objectifs de police administrative. Le Conseil d'Etat est alors saisi par l'effet dévolutif de l'appel.

Concernant la place de la dignité humaine en droit français, le juge administratif en fait une composante de l'ordre public en la mettant en balance avec les libertés du travail et du commerce et de l'industrie<sup>230</sup>. Le Conseil d'Etat avait déjà souligné la nécessité de préserver la dignité de la personne, à l'occasion des contrôles exercés sur les salariés<sup>231</sup> et a rappelé les principes commandant la relation entre un médecin et son patient<sup>232</sup>. La nouveauté tient aux circonstances qui résultent d'un comportement de simples particuliers avec l'accord

---

<sup>225</sup> Neirinck C., « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 39-50 : toutefois, la dignité, qui a été érigée en principe juridique, initialement notion philosophique, ne serait pas toujours utilisée à bon escient. Ainsi, son utilisation juridique est contestable pour une partie de la doctrine qui évoque les dangers du principe et une protection finalement illusoire.

<sup>226</sup> Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon.

<sup>227</sup> Cet acte se fonde sur l'ancien article L. 131-2 du Code des communes qui énonçait que « *la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique* ».

<sup>228</sup> Conseil d'Etat, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, GAJA, Dalloz, 17<sup>ème</sup> éd., 2009, n°11, p. 700 : le lancer de nain est un « jeu » consistant à projeter le plus loin possible un nain revêtu d'un costume sur un tapis de réception. Cette pratique s'est développée en France jusqu'à donner lieu à une exploitation commerciale à laquelle se prête la personne même en faisant l'objet.

<sup>229</sup> Jugement du tribunal administratif de Versailles du 25 février 1992.

<sup>230</sup> Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon : « *Le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* » ; que « *par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine* » et que, « *le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public ; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause* ».

<sup>231</sup> Conseil d'Etat, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi contre Syndicat CGT de la Société Griffine-Maréchal*, 11 juillet 1990 : Dans la décision *Ministre des affaires sociales et de l'emploi contre Syndicat CGT de la Société Griffine-Maréchal* en date du 11 juillet 1990.

<sup>232</sup> Conseil d'Etat, *Milhaud*, 2 juillet 1993 : « *Les principes déontologiques fondamentaux relatifs aux respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent de s'appliquer avec la mort de celui-ci* ».

de l'intéressé<sup>233</sup>. Celui-ci s'indigne d'être privé de la rémunération que lui apporte le spectacle, alors que, par sa nature même, la dignité doit être placée hors commerce. Monsieur Frydman parle de « *circonstances aggravantes* »<sup>234</sup> constituées par le fait qu'une personne accepte sa propre dégradation contre rémunération dans le cadre d'une activité commerciale<sup>235</sup>. Il justifie l'atteinte à la dignité de la personne humaine par trois raisons<sup>236</sup> et le principe de dignité devient une composante de l'ordre public<sup>237</sup> car, en cas d'atteinte à la dignité, c'est l'ordre public qui est touché et, par conséquent, la société elle-même.

**91. L'étude de la jurisprudence Dieudonné.** À titre illustratif, il semble intéressant de présenter le cas de l'humoriste Dieudonné qui a fait l'objet de plusieurs interdictions municipales sur le fondement de la dignité. Le Préfet de la Loire-Atlantique a pris un arrêté d'interdiction du spectacle du requérant, le 7 janvier 2014. Dieudonné et sa société de production demandent la suspension de cet acte administratif par le mécanisme du référé liberté devant le tribunal administratif de Nantes le 9 janvier 2014. En l'espèce, la condition d'urgence est remplie et le requérant revendique une atteinte manifestement grave et illégale aux libertés d'expression et du travail alors que le ministre de l'intérieur pense que le spectacle est susceptible de porter atteinte au respect de la dignité humaine<sup>238</sup>. Or, « *elle ne peut juridiquement résulter que d'un acte ou d'un comportement, et en aucun cas de paroles sanctionnées par l'infraction d'injure ou de diffamation* » poursuivent les requérants<sup>239</sup>. Le

---

<sup>233</sup> En l'espèce, le nain fait connaître son consentement et perçoit une rémunération pour cette représentation. Or, de telles considérations sont insuffisantes pour considérer que cette pratique ne constitue pas une atteinte à la dignité de la personne humaine. Ainsi, l'argument du nain qui tend à affirmer que ses libertés de travail et de commerce sont remises en cause doit être écarté au moins pour une raison morale.

<sup>234</sup> Frydman P., « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale, à propos des « *lancers de nains* » », Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Commune d'Aix-en-Provence, RFDA, 1995, p. 1209.

<sup>235</sup> Frydman P., « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale, à propos des « *lancers de nains* » », Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Commune d'Aix-en-Provence, RFDA, 1995, p. 1209 : « *par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine* ».

<sup>236</sup> Frydman P., « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale, à propos des « *lancers de nains* » », Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Commune d'Aix-en-Provence, RFDA, 1995, p. 1208 : la première est cette réification de la personne « *rabaissée au rang d'objet* », la deuxième est la « *mise en évidence d'anomalies physiques* » c'est-à-dire des considérations liées au handicap de la personne atteinte de nanisme, et la troisième est liée au sentiment de hiérarchisation des êtres humains, dans la mesure où ces nains sont traités comme des êtres de « *second rang* ».

<sup>237</sup> L'ordre public qui correspond au « bon ordre », a pour habitude d'être constitué de « *la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* », selon les termes de l'article L. 2212-2 du CGCT. A ces trois composantes s'ajoute la tranquillité publique qui doit être maintenue par les autorités.

<sup>238</sup> Dans une circulaire du 6 janvier 2014.

<sup>239</sup> Tribunal administratif de Nantes, ord. réf., 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur contre Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 1400110 : Pour sa défense, le requérant continue d'affirmer que ses propos relèvent de l'humour, qu'ils ne correspondent en aucun cas à des insultes, soutient qu'ils ne sont ni blessants ni dégradants et qu'ils ne peuvent être à l'origine d'un trouble à l'ordre public.

spectacle est interdit car son contenu constitue un trouble à l'ordre public immatériel<sup>240</sup>. Le juge rappelle que le respect de la dignité de la personne humaine est une composante de l'ordre public<sup>241</sup> et relève que la dignité humaine ne peut fonder l'arrêté préfectoral litigieux. En effet, les propos reprochés excèdent les limites de la liberté d'expression et sont susceptibles d'incrimination pénale mais il n'est pas établi, d'après le juge des référés, que le spectacle soit construit autour de cette thématique<sup>242</sup>. De plus, il « *n'est pas justifié que le Préfet ne dispose pas des moyens nécessaires propres à assurer le maintien de l'ordre public* »<sup>243</sup>, la concrétisation d'un trouble impossible à maîtriser paraît invraisemblable. Par conséquent, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes prononce la suspension de l'acte litigieux qui porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'expression du requérant. Le ministre de l'intérieur interjette appel de cette ordonnance, l'après-midi même, devant le Conseil d'Etat qui rappelle que les atteintes portées à la liberté d'expression doivent poursuivre des exigences d'ordre public, être nécessaires, adaptées et proportionnées. Il juge que les promesses faites par Dieudonné de ne pas reprendre ses propos à l'occasion de la représentation à Nantes « *ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que soient encore portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité humaine* »<sup>244</sup>. L'ordonnance du tribunal administratif de Nantes et la requête sont rejetées. Si en l'espèce le principe de dignité est considéré comme ayant une valeur supérieure à la liberté d'expression, tout requérant risque de s'en prévaloir systématiquement pour justifier une atteinte à une liberté fondamentale<sup>245</sup>.

En conséquence, l'ordonnance du Conseil d'Etat laisse entrevoir une utilisation détournée du principe de dignité humaine, qui peut s'avérer juridiquement dangereuse<sup>246</sup> :

---

<sup>240</sup> Notamment des propos injurieux contre le peuple juif, incitation à la haine raciale et propos apologétiques de l'extermination des juifs durant la seconde guerre mondiale seraient constitutifs d'un trouble à l'ordre public car provoquent une atteinte à la dignité des personnes humaines concernées. Le mémoire en défense relève encore que les propos tenus ne sont pas ponctuels mais réitérés et délibérés.

<sup>241</sup> V. Conseil d'Etat Commune de Morsang-sur-Orge, 27 octobre 1995.

<sup>242</sup> Conseil d'Etat, *Benjamin*, 19 mai 1933, 17413 17520, publié au recueil Lebon p. 541 : De plus, il poursuit en rappelant que ces interdictions sont légales mais soumises à deux conditions déterminées par le juge administratif : elles doivent être justifiées par les troubles, risques ou menaces que la personne publique entend prévenir et surtout, doivent être strictement proportionnées à leur nécessité.

<sup>243</sup> Tribunal administratif de Nantes, ord. réf., 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur contre Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 1400110.

<sup>244</sup> Conseil d'Etat, ord. réf., 9 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508.

<sup>245</sup> Frydman P., *L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale, à propos des « lanciers de nains »*, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Commune d'Aix-en-Provence, RFDA, 1995, pp. 1204-1217 : Ce risque a largement été évoqué par Monsieur Frydman en 1995 à l'occasion de ses conclusions sous la décision du Conseil d'Etat *Commune de Morsang-sur-Orge* et c'est malheureusement ce que poursuivent les autorités en 2014.

<sup>246</sup> Mathieu B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », D. 1996, I, 282 : « *Si l'on considère que la protection de la personne est un impératif catégorique, il faut que la dignité de la personne*

désormais, tout est susceptible de représenter une atteinte à la dignité de la personne humaine, devenu un concept « fourre-tout »<sup>247</sup>, une catégorie *sui generis* dépourvue de contenu de qualité, au profit de la quantité. Le caractère restrictif du principe devrait être maintenu mais c'est une conception extensive de la dignité qui semble s'être dessinée.

92. Connaissant une manipulation jurisprudentielle abondante, lui ôtant finalement de sa valeur suprême, la dignité ne connaît pas de définition juridique unique. Pourtant notre étude tente d'en appréhender les contours dans le domaine spécial du droit de la génétique émergent.

## 2. Dignité et lois de bioéthique

93. L'irruption récente<sup>248</sup> de la dignité dans la sphère juridique ne fait pas obstacle à son succès : son « pouvoir d'expansion excède les simples phénomènes de mode »<sup>249</sup>.

Après observation des premières lois *Bioéthique*, la dignité est perçue comme une perfection de l'être humain, qui naît à la suite d'opérations et non pas comme un caractère que l'homme tiendrait de sa seule nature. Curieuse conception des lois de 1994 qui ne considèrent que l'homme n'est digne que s'il est en « bon état de marche », non pas parce qu'il est homme, mais parce qu'il a la capacité d'être un « homme achevé »<sup>250</sup>. L'humanité de l'adulte en parfaite santé est un modèle. Cette conception et celle qui affirme qu'il s'agit d'un concept inhérent à l'homme parce qu'il est homme entrent en contradiction. Ainsi une partie de la doctrine s'interroge même sur la dignité qui formerait « le statut juridique de l'homme biologique »<sup>251</sup>.

---

*humaine soit un principe rigoureux. Au contraire, si le principe de dignité s'épuise dans la liste des règles qui en dérivent, s'il s'enfle jusqu'à perdre toute spécificité, envahissant non seulement le champ de la bioéthique, mais aussi le domaine social ou politique, la reconnaissance de son caractère absolu est privé de sens ».*

<sup>247</sup> Pédrot P., « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 51-64 : le Professeur Pédrot parle de « principe à géométrie variable » à propos de la dignité de la personne et de principe « insaisissable », ce qui fait sa force mais pourrait affaiblir son effectivité et sa réalité.

<sup>248</sup> V. Edelman B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997, p. 185 ; Saint-James V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », D. 1997, p. 61.

<sup>249</sup> Paillet M., « L'enfant-préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, p. 261.

<sup>250</sup> Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001, p. 353 : « sa dignité dépend du fait qu'il effectue ou pas les actes d'un homme achevé, ou bien encore, s'il n'est pas achevé, du regard porté sur lui par un homme qui l'est ».

<sup>251</sup> Borella F., « Le concept de dignité de la personne humaine », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 29-38, spéc. pp. 37-38 : le législateur des premières lois de bioéthique utilise une régulation objective en réglementant de façon conditionnelle les actes pouvant être pratiqués sur le corps humain, sans se préoccuper de la volonté du sujet concerné ; et une régulation

De plus, la dignité est un attribut essentiellement lié à la nature humaine et toute l'espèce humaine semble concernée par cette dignité qui précède la personne<sup>252</sup>. Appliqué au droit de la santé, ce principe induit l'obligation d'assurer la primauté de la personne humaine et l'interdiction d'attenter à sa dignité. Dès lors, le respect de la personne humaine revêt deux sens : « *le respect des droits fondamentaux attachés à l'être humain d'une part, l'interdiction de tout comportement humiliant et dégradant pour la personne humaine, attachée à son essence d'autre part* »<sup>253</sup>. Ainsi, peut-on dégager deux conceptions de la dignité humaine en droit de la génétique : l'une, « *individualiste et libérale* »<sup>254</sup>, correspondant à la personne humaine et l'autre, « *collective et liberticide* »<sup>255</sup>, correspondant à la dignité humaine comprenant l'être humain et l'humanité.

Par ailleurs, si la liberté est une composante de la dignité, une sphère d'autonomie et d'autodétermination est laissée au patient afin de respecter le concept de « *dignité-liberté* »<sup>256</sup>.

**94.** Toutefois, des incertitudes persistent quant à la portée du principe de dignité. Son introduction en droit interne est principalement liée à l'éthique biomédicale et si son caractère absolu demeure<sup>257</sup>, la portée de ce caractère semble relative. En effet, son effectivité est conditionnée par le contenu qui lui est attribué<sup>258</sup> : ceci est dû au « *travail d'interprétation qui est exercé sur la norme* »<sup>259</sup>. Néanmoins, la dignité ne devrait jamais être mise en concurrence avec d'autres droits car c'est de l'intégrité de la personne humaine qu'il s'agit. Il est arrivé au Conseil constitutionnel de le mêler à d'autres principes et d'en faire un principe clé auquel

---

subjective qui consiste à déterminer la légalité d'un acte à la condition que la personne en fasse la demande et dans ce cas le consentement libre et éclairé est respectée.

<sup>252</sup> Schattner M., *Souffrance et dignité humaine*, éd. Universitaires Marne, 1993, p. 129 : « *La source de la dignité humaine est donc très radicale : c'est l'esprit, par quoi l'homme émerge du monde animal. Mais l'esprit seul n'en rend pas compte, car le corps et l'intériorité psychique qui lui est intrinsèquement liée sont l'enjeu même de cette dignité* ». Il poursuit et affirme que « *notre dignité est antérieure à notre conscience, à notre liberté, à toutes nos qualités* ».

<sup>253</sup> Moquet-Anger M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ, 2010.

<sup>254</sup> Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1145-1146.

<sup>255</sup> Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1147-1149.

<sup>256</sup> Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343-344, JO 29 juillet 1994 p. 11024, relative à la constitutionnalité des 2 lois de juillet 1994 : concept auquel le Conseil constitutionnel fait référence dans sa décision *Bioéthique* de 1994 donnant valeur constitutionnelle au principe de dignité.

<sup>257</sup> Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2010, 4<sup>ème</sup> édition, p. 13 : puisque le principe de dignité humaine a pour effet de transcender les autres droits et libertés dont elle constitue le « *socle* ».

<sup>258</sup> Mathieu B., « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en Droit positif français d'un principe universel », in Seriaux A., Neirinck C., Labrusse-Riou C. (dir.), *Le Droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXème siècle*, Aix en Provence, PUAM, 1996 : Ceci se justifie par le fait que la dignité ne soit « *pas une norme juridique de caractère prescriptif direct, parce que son respect ne serait en fait qu'un impératif moral de caractère absolu, rappelé par le droit positif* ».

<sup>259</sup> Mathieu B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », D. 1996, p. 282.



d'autres droits peuvent se rattacher<sup>260</sup>. De ce fait, son effectivité ressort affaiblie des comparaisons faites entre la dignité, principe matriciel et d'autres droits. Ainsi traité, le principe de dignité de la personne humaine est rendu plus fondateur et anodin que spécifique et fondamental. Cette mise en concurrence avec d'autres droits et principes juridiques favorise sa dénaturation et encourage la relativité de ce concept baptisé de « fourre-tout ».

**95.** Le bilan qui doit être fait sur la place qu'occupe la dignité en droit de la génétique confirme l'idée que le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, en ce domaine, doit être entendu comme la dignité humaine<sup>261</sup>, au sens large du terme. Ainsi, la dignité ne doit pas être réduite à la seule personne humaine car dans cette mesure l'enfant conçu serait privé de toute dignité, n'étant pas reconnu par le droit comme une personne. Or, les lois de bioéthique ont pour objectif de poursuivre la protection de l'être humain et de la personne. Elles se retrouvent en difficulté face à l'ambiguïté relative à ce statut, qui tend implicitement vers la réification de l'enfant conçu. Pourtant, la génétique est la science qui se rapporte au gène humain et elle concerne directement les débuts de la vie et la conception des êtres humains. Le droit de la génétique est donc le droit qui a pour objets de réflexion l'enfant à naître et la personne. Le problème réside alors dans la rencontre de la génétique, liée à l'humain et de la dignité *a priori* liée uniquement à la personne.

**96.** La dignité doit être entendue comme se référant à l'humanité<sup>262</sup> et doit faire respecter l'humanité individuelle qui se loge en chaque être humain mais également l'humanité collective au regard de l'intégrité de l'espèce humaine qui doit être conservée

---

<sup>260</sup> Conseil constitutionnel décision n° 94-359 DC, 19 janvier 1995 : En ce sens, décision du Conseil constitutionnel qui reconnaît le droit à un logement décent comme objectif à valeur constitutionnelle en se fondant, notamment, sur le principe de dignité.

<sup>261</sup> Nay O. (sous la dir. de), *Lexique de science politique. Vie et institutions politiques*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2011, p. 149 : v. dignité humaine « *notion éthique exprimant le respect que toute personne est en droit d'attendre du seul fait qu'elle est un être humain, quels que soient son âge, son sexe, son origine sociale, sa religion, ses particularités physiques, sa nationalité ou son appartenance ethnique. La dignité a été pour la première fois évoquée dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (Nations unies, 1948). Le droit au respect de la dignité humaine est aujourd'hui au cœur de tous les textes juridiques internationaux et européens visant la protection des droits de l'homme. Il fait référence à différents droits fondamentaux, tels que les droits à la vie et à l'intégrité de la personne, l'interdiction de la torture et des traitements dégradants ou inhumains, ou encore l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé. La notion est entrée récemment dans le droit français, par le biais du Conseil constitutionnel (1994) et du Conseil d'Etat (1995). Aujourd'hui, elle est fréquemment utilisée dans les débats sur la bioéthique. Un doute persiste toutefois sur la nature du principe. S'il semble essentiel de considérer la dignité humaine comme un principe de droit naturel, c'est-à-dire comme une valeur morale fondamentale irriguant l'ensemble du droit, il est plus difficile d'identifier l'usage précis que le législateur et le juge peuvent en faire en droit positif* ».

<sup>262</sup> Sur la notion d'humanité et son utilisation en droit v. Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 329-346.

parce qu'elle est la somme d'individus ayant une nature humaine commune. Le droit de la génétique entend la dignité selon deux conceptions : dans sa conception individuelle elle concerne l'individu et donc la personne humaine, alors que dans sa conception collective elle concerne l'espèce humaine et l'humanité.

À ce titre, la déclaration de l'UNESCO<sup>263</sup> ainsi que le préambule de la Convention d'Oviedo voient dans la dignité humaine celle de la personne et celle de l'humanité : la Convention mentionnant la dignité, l'être humain et l'humanité<sup>264</sup>. En conséquence, il n'existe pas de réponse exacte. Dans certaines conceptions la dignité est inhérente à la personne et à l'humanité ; alors que dans d'autres, on s'en tient à la dignité de la personne humaine comme il est énoncé dans le principe constitutionnel éponyme.

Toutefois, en 1996, la Professeure Delmas-Marty relevait déjà que « *au delà des "droits de l'Homme", se pose désormais la question de la construction juridique de l'idée d'humanité (...) la dignité humaine, longtemps circonscrite à la personne, alors que les biotechnologies concernent aujourd'hui l'humanité toute entière ; les manipulations génétiques par exemple peuvent mettre en cause l'intégrité de l'espèce humaine, d'un point de vue non seulement physique mais en quelque sorte métaphysique* »<sup>265</sup>, s'inquiétant de l'avenir juridique d'une humanité devenue scientifique. Ceci appuie la remarque selon laquelle la dignité en droit de la génétique correspond à la fois à la dignité humaine et à la dignité de la personne humaine : « *la première, objective, commune, indisponible, institue l'humanité comme un élément du sujet de droit et se combine avec la seconde, liée à la personnalité et qui garantit la protection de la dignité humaine en s'opposant à l'exclusion de l'individu par le groupe* »<sup>266</sup>.

**97.** En droit, si la dignité et l'humanité ont un lien indéniable, la dignité est inhérente à la personne. La conception juridique de cette notion d'origine métaphysique n'est pas évidente.

---

<sup>263</sup> Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme du 11 novembre 1997, article 1 : « *le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité* ».

<sup>264</sup> La Convention sur la protection des droits de l'Homme et la dignité de la personne à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, du 4 avril 1997 : v. préambule « *Convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité* » ; « *Soulignant la nécessité d'une coopération internationale pour que l'humanité tout entière bénéficie de l'apport de la biologie et de la médecine* » ; « *Résolus à prendre, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les mesures propres à garantir la dignité de l'être humain et les droits et libertés fondamentaux de la personne* ».

<sup>265</sup> Delmas-Marty M., *Vers un droit commun de l'humanité*, Ed. Textuel, 1996, p. 72.

<sup>266</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 332.

### §3. La conception juridique de la notion de personne humaine.

*« La personne humaine est une notion méta-juridique en ce sens qu'elle est le fondement essentiel de multiples règles de droit. Dans cette mesure, le droit ne peut la méconnaître sans se perdre ; mais il ne peut ni ne doit prétendre la définir. La personne humaine, réalité biologique, psychologique et sociale, échappe au droit et le dépasse »<sup>267</sup>*

98. Ces propos du Professeur Christian Atias donnent le ton : la personne humaine ne peut être définie par le droit. Pourtant, elle est inhérente au principe de dignité, elle fonde la *summa divisio* juridique dans laquelle elle s'oppose aux choses et elle hérite d'une primauté dans l'ordre juridique – conférée notamment par l'article 16 du Code civil. La personne nécessite, si ce n'est une définition, qu'on en dégage des critères spéciaux de reconnaissance (A) car du statut de personne humaine découlent certaines conséquences juridiques (B).

#### A. Les critères de reconnaissance de la personne humaine

99. Dans le domaine du biodroit, la personne correspond d'abord à un corps socialisé mêlé à un sujet de droits<sup>268</sup>. L'être humain devient une personne juridique et humaine au moment de sa naissance, à condition qu'il soit né, vivant et viable. La personnalité juridique rend l'être humain sujet de droits et d'obligations tandis que la personnalité humaine permet à l'être humain de bénéficier de la dignité de la personne humaine. Cependant, certains critères peuvent être dégagés car la personne humaine n'est pas la seule à bénéficier d'une protection juridique.

100. **La possession d'un patrimoine propre.** À partir de son analyse des droits exercés par l'individu sur son propre corps, Monsieur Labbé estime que la personne c'est « l'être à qui le droit objectif accorde des droits subjectifs réunis en un patrimoine »<sup>269</sup>. La personne peut correspondre à l'être qui dispose d'un patrimoine, sans pouvoir en constituer un lui-même. Ainsi, il est bien de reconnaître que dans un premier temps, la personne dispose de plusieurs patrimoines au cours de sa vie.

---

<sup>267</sup> Atias Ch., *Les personnes, les incapacités*, PUF, Paris, 1985, p. 14.

<sup>268</sup> Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, p. 100 : « c'est à cela que correspond juridiquement le concept de personne humaine qui se présente comme le mécanisme qui tend à juridiciser la corporéité et la socialité de l'individu pour les attribuer au sujet de droit, et ce, afin de doter la régulation juridique des éléments de concrétisation nécessaires au traitement de nombreuses questions de biodroit », et d'ajouter « les prédicats de cette personne "humaine" (...) sont désormais le corps et sa socialisation ».

<sup>269</sup> Labbé X., note sous TGI de Lille, 28 septembre 1995, Dalloz 1997, p. 29.

**101. Le fait de disposer de facultés morales incluant la dignité.** La personne humaine correspond à une qualité intrinsèque aux individus, non attribuée par le droit. Les facultés intellectuelles sont souvent envisagées pour définir la personne. Il en va de même concernant les facultés relationnelles de l'individu et de toute évidence, de la dignité qui définit la personne. La tradition judéo-chrétienne révèle l'importance de l'âme et le concept de personne entretient un lien avec la notion de conscience morale : « *la personne humaine a pris la place de l'homme masqué, la personnalité celle du personnage* »<sup>270</sup>, illustrant le passage de *persona* à personne, et de personnage à personnalité.

**102. Le fait de posséder une enveloppe corporelle incluant une âme.** En effet, « *la personne est formée par l'alliance d'un corps et d'une âme* »<sup>271</sup>. La personne humaine correspondrait ainsi à « *la personne physique considérée en sa totalité physique et psychique (corps et esprit), entité magnifiée en tant qu'elle est porteuse de toutes les valeurs prééminente inhérentes à l'espèce humaine* »<sup>272</sup>. Dans cette mesure, le corps correspondrait au « *temple de l'âme* »<sup>273</sup> et serait « *au service de la personne* »<sup>274</sup> comme un « *objet au service du sujet* »<sup>275</sup><sup>276</sup>. Monsieur Labbé assimile ainsi le corps à un accessoire de la personne. Il hérite en droit du qualificatif de « *chose sacrée* » lui conférant un régime juridique particulier. En effet, le respect du corps humain fait partie des principes fondateurs du droit de la bioéthique, la primauté de la personne et le respect du corps étant proclamés par l'article 16 du Code civil issu des premières lois de bioéthique. Puis, l'âme serait « *sa qualité immatérielle et désincarnée de "sujet de droits"* »<sup>277</sup>, inhérente à la personne et animant le corps, qualité matérielle de la personne. Ainsi, le cœur du concept de personne reste la nature rationnelle de l'âme<sup>278</sup>. Dans les philosophies aristotélicienne et kantienne, l'homme en tant

---

<sup>270</sup> Terré F. et Fenouillet D., *Les personnes*, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> édition, 2012, p. 10.

<sup>271</sup> Labbé X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>272</sup> Cornu G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011 : v. humain-e (personne).

<sup>273</sup> Labbé X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>274</sup> Labbé X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>275</sup> Labbé X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>276</sup> Labbé X., « La personne, l'âme et le corps », LPA, 5 décembre 2002, n° 243, p. 5 : le Professeur Labbé précisait sa définition du corps dans une chronique précédente. « *Le mot "corps" n'est pas synonyme d'être humain. Il n'est pas non plus synonyme de vie. Il ne désigne que l'ensemble des parties physiques, des organes qui constituent un être matériel doué de la vie animale ou humaine ou qui en a été doué* ».

<sup>277</sup> Labbé X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>278</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, 311 p. 148 : C'est également un concept d'origine aristotélicienne, philosophie selon laquelle une personne est un être doué de raison, possédant une âme rationnelle ; Koninck Th. (de), *De la dignité humaine*, PUF, 1995 : à propos de la dignité, « (...) *il s'agit de lier ensemble le corps et l'esprit* ». La dignité, inhérente à la personne, serait ainsi l'essence même de tout être humain, en vertu de son humanité, faisant office de lien permanent entre le corps, enveloppe physique et matérielle de l'esprit ou l'âme, qualité immatérielle de la personne animée par un corps.

que personne est au sommet de l'échelle car la personne regroupe les caractéristiques rationnelles de l'homme. Ainsi, le droit suit ce raisonnement philosophique quand il distingue l'homme, être humain qu'est l'enfant conçu de la personne qu'il devient quand il naît vivant et viable, permettant à ses capacités rationnelles de se manifester. Ceci entraîne certaines conséquences : devoir traiter l'être humain d'une manière qui reconnaît son statut de personne – c'est-à-dire reconnaître qu'il est bénéficiaire de la protection découlant de la dignité de la personne – et conserver puis développer sa capacité rationnelle comme la liberté et l'autonomie<sup>279</sup> – chose irréalisable pour un être humain dépourvu de personnalité en raison du lien de dépendance naturelle qui le soumet au corps de sa mère.

**103. La possession de droits et obligations : le sujet de droit.** L'individualisme des temps modernes, sous l'influence de ladite tradition religieuse, a intégré le concept d'individu, né des Déclarations des Droits autour du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ainsi, pour pouvoir organiser son introduction dans la société politique en tant que citoyen, l'Homme se place dans une logique d'universalité qui lui permet de se faire entendre en tant que citoyen particulier. C'est ainsi que l'individu intègre l'ordre juridique. En philosophie, à l'individu abstrait et être de raison, s'oppose précisément la notion de personne en ce qu'elle correspond à une « *réalité concrète, à la fois charnelle et spirituelle et naturellement membre de groupements organiques tels que la famille ou la profession* »<sup>280</sup>.

La personnalité juridique permet à l'individu sujet de droit, la personne, de bénéficier de droits et obligations ; droits subjectifs consentis par le droit objectif. Ainsi, les droits de la personnalité engendrent deux types d'intégrités, physique et morale, auxquelles correspondent une série de mesures, d'interdictions, d'alternatives et de droits dont dispose la personne sur elle-même, lui servant de protection particulière, étroitement liée à son statut. C'est cette intégrité physique qui, de façon générale, protège le corps humain et la vie humaine, et c'est au nom de l'intégrité morale qu'est protégée la personne par le biais du statut supérieur dont elle dispose. Ainsi, il apparaît fondamental de savoir à partir de quel moment l'être humain devient une personne humaine, afin de lever l'ambiguïté sur ce statut et de pouvoir faire l'inventaire des ses bénéficiaires, dans le but d'une attribution légitime de la dignité humaine. Or, tout porte à croire que le droit entretient volontairement la confusion entre personne humaine et personne juridique.

---

<sup>279</sup> Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fides, 2005, p. 152.

<sup>280</sup> Terré F. et Fenouillet D., *Les personnes*, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> édition, 2012, p. 11.

**104.** S'il est difficile d'établir une définition unique de la personne humaine, des critères juridique d'appartenance à la catégorie des personnes ont été énoncés. L'être humain qui acquiert la personnalité juridique est devenu, par la même occasion, une personne humaine. Aussi, le statut de personne engendre un certain nombre de conséquences.

## **B. Les conséquences juridiques découlant du statut de personne humaine**

**105.** Le premier effet engendré par la reconnaissance du statut de personne humaine est l'application de la dignité, qui se révèle être le meilleur outil juridique de protection de la personne (a). Le second effet notable est celui de l'autonomie (b) dont l'être humain hérite au moment où il devient une personne, autonomie faisant écho à une certaine liberté de la personne sur son corps, détaché de celui de sa mère.

### **a. L'application de la dignité humaine : outil idéal de protection de la personne**

**106. La protection juridique de la personne humaine en vertu de sa dignité.** Cette protection apparaît spéciale en ce qu'elle est complète et double, concernant à la fois le corps et l'esprit. D'une part, elle concerne la personne sous ses aspects physiques et corporels<sup>281</sup>, empêchant l'instrumentalisation du corps humain et la réification de la personne. De ce fait, une partie de la doctrine dénonce la survenue de ces phénomènes si la science n'est pas contenue dans les limites de la dignité et des scientifiques seraient prêts à limiter leur propre discipline<sup>282</sup>. Ainsi, l'utilitarisme entre en contradiction avec le concept de personne. D'autre part, elle peut correspondre à une protection de la personne dans sa moralité, dans son intégrité morale et psychique. D'une façon générale, l'avancée des connaissances scientifiques recèle plusieurs dangers, dont celui qui « *consiste à réduire la vision de l'être humain aux séquences de son génome. Biologistes et généticiens eux-mêmes dénoncent ce risque, rappelant que le fonctionnement et l'évolution de l'humanité ne peuvent être appréhendés exclusivement en termes d'organisme biologique, mais dans le contexte de la société dans laquelle les personnes évoluent* »<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> La référence ici est faite à la protection de l'intégrité physique dont dispose la personne humaine, du fait de sa dignité.

<sup>282</sup> Testart J., *Génétique : puissance et illusions, transversales science culture*, mars avril 1997, n° 44, p. 6 : « *l'humain ne saurait être défini d'un point de vue utilitaire sans remettre en cause le principe d'altérité et la notion même de personne humaine* ».

<sup>283</sup> Kahn A., *Et l'homme dans tout ça ?*, Paris, Pocket, coll. « Presses Pocket », 2004, p. 12.

**107. La protection de l'humanité à travers la personne humaine.** Cette protection est rappelée par l'Église qui insiste sur les effets encourus par l'humanité entière si l'homme se risque à ne pas appliquer la qualité de personne dès le commencement de la vie et autorise les manipulations génétiques sur l'embryon. Plusieurs exemples peuvent être mentionnés. Tout d'abord, déjà dans les années 1980 le Pape Jean-Paul II mettait en garde contre le progrès génétique<sup>284</sup>. Ensuite, à la lecture de l'Instruction *Donum Vitae* en 1987 sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation, à propos du respect des embryons humains, les mêmes exigences sont fixées<sup>285</sup>. Ainsi, l'Église ne déclare pas que l'embryon *est* une personne, mais qu'il doit être respecté *comme* une personne dès sa conception<sup>286</sup>. Les deux entités semblent ainsi élevées au même rang de considération. Enfin, le Pape François a récemment rappelé sa position sur la question de l'attribution de la qualité de personne et ses conséquences pour l'ensemble de l'Humanité, faisant référence aux droits humains<sup>287</sup>. Dans ces conditions, il semble indéniable pour le corps religieux que la personne existe dès le commencement de la vie et dispose ainsi de la qualité de personne, maillon de la chaîne humaine. Le religieux confond volontairement être humain et personne humaine dans la mesure ou pour lui, les deux ont concomitamment besoin de la même protection de l'Humanité, sous jacente à l'idée de personne humaine.

**108.** En devenant une personne, l'être humain dispose immédiatement de la dignité qui lui est inhérente. Mais qu'en est-il de son autonomie, qui semble matérialisée au même moment, celui de la naissance, par l'acte physique du détachement du corps de la mère.

---

<sup>284</sup> Pape Jean-Paul II, le 27 octobre 1980 in Verspieren P., *Biologie, médecine et éthique*, Centurion, 1987, p. 285 : « la vérité est que le développement technologique qui est caractéristique de notre temps souffre d'une ambivalence de fond : tandis qu'il permet, d'une part, à l'homme de prendre en main son propre destin, il l'expose, d'autre part, à la tentation d'aller au delà des limites de la domination raisonnable de la nature, en mettant en danger la survie et l'intégrité même de la personne humaine ».

<sup>285</sup> Instruction *Donum Vitae* sur le Respect de la vie humaine naissance et la dignité de la procréation, *Réponses à quelques questions d'actualité*, 22 février 1987, I, 1 : « l'être humain doit être respecté – comme une personne – dès le premier instant de son existence ».

<sup>286</sup> Verspieren P., *Biologie, médecine et éthique*, Centurion, 1987, p. 458.

<sup>287</sup> Pape François, *Exhortation apostolique sur la Joie de l'Évangile*, 2015, n° 213 : « les plus sans défense et innocents de tous, auxquels on veut aujourd'hui nier la dignité humaine afin de pouvoir en faire ce que l'on veut (...) cette défense de la vie à naître est intimement liée à la défense de tous les droits humains. Elle suppose la conviction qu'un être humain est toujours sacré et inviolable, dans n'importe quelle situation et en toute phase de son développement. (...) Si cette conviction disparaît, il ne reste plus de fondements solides et permanents pour la défense des droits humains ».

## b. Autonomie certaine ou certaine autonomie de la personne ?

109. La personne correspond à l'être humain né, vivant et viable, qui, par l'acte concret de la naissance réalise un détachement physique du corps de sa mère, dont il est dépendant depuis sa conception. Ainsi, d'un point de vue corporel, il acquiert une première autonomie certaine. En l'espèce, l'autonomie évoque l'idée d'une liberté de la personne sur son corps, dont l'enfant conçu ne peut disposer.

110. Quand Locke affirme que « *l'homme est maître de lui-même et propriétaire de sa propre personne, et des actions ou du travail de cette même personne* »<sup>288</sup>, il est possible de déduire que la qualité de personne a également pour effet la reconnaissance d'une autonomie certaine, quand la réglementation en vigueur ne laisse qu'une certaine liberté, à savoir le : « *je fais ce que je veux de ma personne, ma propriété* ». Alors, de cette prétendue liberté absolue découlent deux options. La première consiste simplement à refuser de se soumettre aux manipulations génétiques alors que la seconde encourage ces pratiques. En étant « propriétaire » de sa personne, la loi pourrait laisser le choix à l'individu sujet de droit d'accepter ou non la manipulation génétique. Un tel raisonnement n'est pas permis sans encadrement juridique et parce qu'il entre en contradiction avec l'affirmation suivante : « *en substance, un homme ne serait pas libre de renoncer à sa qualité d'homme* »<sup>289</sup>. En effet, l'Etat ne peut laisser un homme se détruire en raison de son obligation de protection de l'individu contre lui-même et au vu du risque de destruction de l'identité humaine. Cette idée est le contrepied de l'affirmation précédente ; une autonomie totale de la personne, comme conséquence de la propriété exercée sur son corps, ne serait possible que dans les limites du devoir de l'Etat de ne pas laisser l'individu se comporter de façon indigne avec lui-même. Ainsi, faudrait-il accepter la limite du libre exercice de ce « droit de propriété » que chacun pratique sur sa propre personne, mais le corps peut-il être considéré comme une « chose appropriable »<sup>290</sup> ? Enfin, *quid* de l'autonomie par définition inexistante de l'enfant à naître ? Ces interrogations font partie du champ du droit de la bioéthique qui doit permettre le respect

---

<sup>288</sup> Locke J., *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, J.-F. Spitz (éd.), PUF, 1994, chapitre 5, §44.

<sup>289</sup> Edelman B., *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D. 1997, p. 185.

<sup>290</sup> Revet T., « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », RTD civ., n° 3, juillet septembre 2017, pp. 587-93 : à la question de savoir si le corps est une chose appropriée, l'auteur conclut en affirmant que le corps est une chose appropriable et notamment avec l'essor des progrès scientifiques et médicaux ; Labbé X., « La personne, l'âme et le corps », LPA, 5 décembre 2002, n° 243, p. 5 : « si la vie est une chose que l'on peut séparer de la personne, on pourra se l'approprier et la faire tomber dans le commerce juridique... On la trouvera sur le marché puisqu'elle dépendra du droit des biens ».



du corps humain en tenant compte des progrès scientifiques et médicaux favorables à l'homme et à l'espèce humaine<sup>291</sup>.

**111.** Ces nombreuses contradictions et difficultés et la nature originelle du concept ontologique de dignité rendent difficile l'établissement d'une définition juridique unique de la dignité de la personne humaine. Elles permettent néanmoins de cerner certains contours du concept philosophique et principe intégré à l'ordre juridique et encouragent donc le refus de pratiquer la quasi-totalité des manipulations génétiques sur l'homme. Toutefois, la dignité humaine occupe une place singulière au sein d'un droit de la génétique émergent.

**112.** Ainsi, la dignité connaît une juridicisation<sup>292</sup> notoire entre les années 1994 et 1995. Aujourd'hui, elle représente le principe fondateur de la bioéthique. Le principe est lié à la personne humaine mais également à l'individu membre de l'espèce humaine ; il protège étroitement la personne vulnérable. La dignité humaine « encadre » et régit<sup>293</sup> le droit de la génétique, empêchant qu'une atteinte ne soit portée à la personne et donc à l'article 16 du Code civil. Ainsi, l'utilité de sa valeur constitutionnelle est légitimée. La dignité de la personne humaine, en droit de la génétique, doit être regardée comme correspondant à la dignité humaine, afin d'englober à la fois la personne et l'humanité qu'elle vise.

\* \*  
\*

---

<sup>291</sup> Kernalegou F., « Le principe de non-patrimonialité du corps humain à l'épreuve de la réalité. Le difficile maintien du corps humain hors du patrimoine », in Feuillet-Liger B. et Oktay-Özdemir S. (sous la dir. de), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité, Panorama international*, Bruylant, 2017, p. 86 : Une solution alternative relative à la marge de manœuvre laissée à la personne sur son corps pourrait être proposée. En effet, le corps étant incarné par son enveloppe mais également sacralisé en vertu de son statut ontologique, « une possibilité était de "sacraliser" le corps sans pour autant le "désincarner". Il se serait alors agi de consacrer la distinction du corps et de la personne, celle-ci disposant de la maîtrise de celui-là : la mise en avant de la matérialité du corps humain peut s'autoriser du statut du cadavre et aussi, d'une certaine façon, du pseudo-statut de l'embryon » ; p. 87 : ainsi, si le corps était détaché de la personne, il ne serait pas lié à la dignité et la personne pourrait disposer d'une autonomie certaine concernant son enveloppe corporelle. En effet « dès lors que le corps est intégré à la personne, il participe au principe de dignité humaine et se trouve placé hors du patrimoine ».

<sup>292</sup> Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1133-1151.

<sup>293</sup> Kernalegou F., « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ?, in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 93-108, spéc. pp. 103-104 : le principe de dignité occupe une fonction de régulateur des autres droits et libertés.

En droit de la génétique, le principal droit fondamental régulé par la dignité est le droit à la vie.

**113.** Considérant la bioéthique et plus précisément la génétique, le plus pertinent des intérêts concerne, à notre sens, l'actualité du sujet. En 2018, trois événements marquent l'actualité bioéthique. Tout d'abord, le premier semestre de l'année a été consacré à l'organisation des Etats généraux de la bioéthique accompagnés d'un Tour de France des consultations citoyennes démocratiques au niveau local. Ensuite, l'avis du Comité Consultatif National d'Ethique prévu pour septembre 2018 est vivement attendu par les institutions législatives notamment parce que ce droit souple et non contraignant regorge d'informations précieuses pour le législateur. Cet avis doit notamment se fonder sur les témoignages et requêtes résumées par les Etats généraux de la bioéthique du premier semestre puisqu'il va, pour partie, faire état du bilan tiré des ces consultations publiques. Enfin, un projet de loi doit être rédigé en vue d'un vote de l'ensemble des parlementaires. La dernière grande loi de bioéthique, en date du 7 juillet 2011, fixait sa propre révision à sept ans. Le texte devrait donc être voté à la fin de l'année 2018 mais rien n'exclut un vote au printemps 2019.

Aussi, l'intérêt du sujet est essentiellement lié à sa pertinence. En effet, il apparaît aujourd'hui nécessaire de dégrossir un tableau qui, au premier abord, semble assez flou. Il faut cependant énoncer que la dignité et la génétique ne sont pas totalement déliées et qu'elles entretiennent une relation spéciale. En effet, la dignité apparaît comme le fil rouge du droit de la bioéthique : ce principe est reconnu comme étant le socle des droits fondamentaux, formant ainsi la base du droit de la bioéthique. De ce fait, les nombreuses sources et textes fondateurs de ce droit font systématiquement référence à ce principe constitutionnel qu'est la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Elle doit être observée comme correspondant à la dignité humaine, sans se cantonner à la personne. En effet, les deux conceptions de la dignité dégagées par le droit doivent être prises en considération : d'une part, la dignité individuelle de la personne, que chaque personne porte en elle du fait de son appartenance à la famille humaine<sup>294</sup> et, d'autre part, la dignité collective de l'être humain et de l'humanité que chaque individu connaît en raison de son humanité et de son appartenance commune à l'espèce humaine<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1145-1146.

<sup>295</sup> Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1147-1149.

114. L'étude se délimite à la génétique qui appartient à la sphère de la bioéthique<sup>296</sup>. Une approche thématique semble autant idéale qu'utile, d'autant que le périmètre de la génétique s'articule autour des notions d'organisme vivant et d'être humain. En effet, le droit de la génétique, s'il constitue une branche du droit, peut s'envisager selon une construction en quatre axes principaux incluant les droits civil, pénal, de la santé et les brevets<sup>297</sup>. De plus, les droits du travail et des assurances font partie du champ d'application du droit de la génétique avec les questions relatives à la connaissance des caractéristiques génétiques et leur prise en compte dans les relations contractuelles. Ces matières sont alors concernées de façon plus ou moins directe par un droit de la génétique naissant et font des sujets de recherche intéressants pour nos développements. Ainsi, cette délimitation du droit de la génétique permet de faire apparaître les domaines éliminés du champ du sujet, à savoir la question de l'assistance médicale à la procréation pour toutes et celle de la gestation pour autrui, certains éléments et produits du corps humain comme le sang et le sang du cordon sont également exclus, les greffes et transplantations d'organes ainsi que le don de gamètes, la problématique de la fin de vie et enfin l'intelligence artificielle avec la robotique, évoquée à l'occasion du transhumanisme.

\* \*  
\*

---

<sup>296</sup> Bricker G., *Le droit de la génétique, à la recherche d'une branche du droit*, Thèse de droit public, Paris Est, 2013, publiée chez l'Harmattan, 2015, p. 96 : l'un est subordonné à l'autre, la génétique est subordonnée à la bioéthique.

<sup>297</sup> Bricker G., *Le droit de la génétique, à la recherche d'une branche du droit*, Thèse de droit public, Paris Est, 2013, publiée chez l'Harmattan, 2015, p. 106 : « le droit civil intègre les principes généraux en matière de bioéthique comme l'interdiction du clonage reproductif, avec la question de la procréation, y compris l'interdiction de l'eugénisme, de la thérapie génique germinale. Le droit pénal sanctionne l'ensemble de ces principes par des incriminations spécifiques, mais aussi des dispositions plus techniques sur les autres droits. Le droit de la santé est concerné avec la procréation artificielle, la sécurité alimentaire. Le statut de l'embryon et du fœtus nous paraît encore relever de notre champ d'investigation. Il est indirectement concerné puisque l'embryon comme le fœtus peuvent faire l'objet d'investigations (...) sinon de manipulations (...) en raison même de leurs caractéristiques génétiques, impliquant une mise en cause de leurs régimes juridiques. (...) Les brevets en matière de génétique s'inscrivent en partie dans le prolongement du droit de la propriété intellectuelle. (...) Le droit de la procédure pénale use d'une seule application du génie génétique : l'identification des individus par leurs empreintes génétiques ».

*« Si l'évolution des connaissances génétiques remet en cause le dogme de l'égalité des hommes, la réglementation des pratiques qui s'y rapportent traduit la difficile recherche d'un équilibre entre la protection des individus et la promotion d'intérêts collectifs »<sup>298</sup>*

**115.** Le droit ne peut ignorer l'existence et la rapidité de l'évolution des progrès médicaux et scientifiques dans le domaine de la biomédecine et dans l'usage des biotechnologies. À la recherche d'un équilibre, il lui appartient ainsi de fixer un cadre juridique et des limites permettant de distinguer, selon des critères, les pratiques qu'il estime acceptables et celles qui ne le sont pas, au regard du respect de la dignité humaine.

Le premier enjeu consiste à vérifier la compatibilité dignité-génétique. Étant le principe fondateur de la bioéthique, il semble impossible de trouver une incompatibilité entre les lois de bioéthique et la dignité. Le second enjeu consiste à assurer la meilleure conciliation possible entre le respect de la dignité humaine et la volonté de suivre l'évolution du progrès médical et scientifique. Les lois de bioéthique doivent disposer d'outils juridiques afin de procéder à leur régulation dans les limites de la dignité humaine. Aucune notion ne doit être absorbée par l'autre, afin de pouvoir garder le contrôle sur un certain scientisme grandissant. Certaines manipulations s'avèrent bénéfiques et avantageuses pour l'homme et son évolution naturelle. Pour ainsi dire, tout progrès scientifique et médical n'a pas systématiquement vocation à la dérive.

Le droit de la génétique propose une législation prudente. Ainsi, il se sert de la dignité comme rempart aux manipulations génétiques dans le but de limiter un scientisme trop affirmé. Souvent, ceci s'opère dans le but ultime de la préservation de l'humanité, dans la crainte d'une atteinte à la personne et même parfois à l'être humain dépourvu de personnalité. En effet, certaines manipulations, considérées comme abusives, peuvent avoir pour conséquences d'entraîner la modification de l'espèce humaine, ce qui serait regrettable pour l'intégrité de la nature humaine.

**116.** Dans ce contexte, l'objet de cette étude sera d'observer comment le droit de la génétique utilise la dignité pour assurer la régulation des pratiques biomédicales ? Pour ce faire, il paraît utile de vérifier que la loi s'efforce systématiquement de préserver la dignité, qu'elle doit respecter ne serait-ce qu'en vertu de la hiérarchie des normes. Il semble également opportun de relever que quand une technique ou une technologie présente le risque d'une quelconque atteinte à la dignité humaine, le législateur, soucieux du respect de ce principe constitutionnel, prohibe le recours à cette pratique. À l'inverse, quand une

---

<sup>298</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3.

manipulation génétique peut être réalisée de façon à ce que la dignité humaine ne soit pas atteinte, le législateur ouvre la possibilité de la réaliser et procède à sa conciliation avec le principe de dignité humaine. Néanmoins, certaines manipulations semblent risquées mais favorables au développement de l'espèce humaine, ainsi le législateur les entoure strictement de précautions juridiques pour les accepter dans le champ des autorisations des manipulations génétiques. Ainsi, le législateur des lois de bioéthique doit se comporter en régulateur de la relation dignité-génétique. Il semble pertinent de consacrer la problématique de cette étude à l'opportunité du droit de la génétique pour encadrer les pratiques biomédicales et contraindre les abus liés à tout usage du patrimoine et des données génétiques dans les limites de la dignité humaine.

**117.** La dignité en droit de la génétique est un curseur, une variable dans la régulation des pratiques biomédicales. Très souvent, ce curseur oriente l'ouverture à la science génétique, notamment grâce à sa compatibilité avec la dignité humaine et ses composantes et corollaires, comme le respect de l'intégrité de l'espèce humaine, favorable à la protection de l'humanité. De plus, en cas de poursuite d'un intérêt thérapeutique, de caractère expérimental, de présence de compassion ou encore lorsque l'autonomie de la personne est en jeu, le droit considère souvent que la dignité de la personne humaine est respectée. En définitive, la dignité n'est-elle pas elle-même objet d'instrumentalisation<sup>299</sup> du droit de la génétique ?

Alors, la dignité connaît deux héritages intellectuels : un premier héritage spirituel avec l'impact des religions et philosophies et un second héritage juridique encore balbutiant. Ces héritages sont percutés par la science et l'accélération des biotechnologies notamment dans deux domaines spécifiques : l'embryologie et le clonage d'une part et l'eugénisme et le

---

<sup>299</sup> Le Breton D., « De la dignité à la responsabilité », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, p. 428 et s. : l'auteur mentionne l'instrumentalisation de la notion de dignité. Le risque n'est donc pas exclu. P. 429 : « de manière contemporaine, la dignité est revendiquée comme principe venant s'opposer à l'autonomie, à la volonté toute puissante de l'individu ». Et de poursuivre « pour le transhumaniste (...) le concept de dignité doit désormais s'appliquer avec modération aux humains et intégrer les créations technologiques contemporaines » ; Ogien R., « Dignité humaine : une notion qui apporte plus de confusions que de clarté », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, p. 449 : « on peut utiliser la notion de dignité pour justifier tout et son contraire », implique bien une forme d'instrumentalisation de la dignité, « utilisée pour » ; Feuillet-Liger B., « Plaidoyer pour un usage parcimonieux de la dignité en droit », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, p. 465 : « utilisé comme outil », p. 467 : « outil d'efficacité des droits subjectifs », p. 474 « ces usages qui font de la dignité un instrument d'efficacité des droits de la personne », « la dignité, instrument d'évolution de la société », p. 475 « au Brésil, la dignité est utilisée pour faire progresser le droit de la famille ou de la biomédecine », p. 477 « la dignité, outil pour limiter les libertés », p. 488 l'auteur évoque les « dangers d'une instrumentalisation ».

transhumanisme d'autre part. Le concept de dignité suffit-il à protéger l'humanité et l'espèce humaine face à ces nouveaux phénomènes ?

**118. En droit de la génétique, la dignité humaine est double : elle participe à la protection génétique de l'humanité (première partie) et empêche la modification génétique de l'espèce humaine (seconde partie).**

## PREMIERE PARTIE

### **DIGNITE HUMAINE ET PROTECTION GENETIQUE DE L'HUMANITE**

**119.** Le développement du droit de la bioéthique fait émerger un droit de la génétique dans lequel la dignité participe à la protection de l'humanité. Cette protection commence dès le début de la vie humaine et se poursuit toute au long de la vie.

Or, si la vie juridique débute au moment de la naissance, ce n'est pas le cas de la vie de l'être humain, qui débute biologiquement dès la rencontre des gamètes. D'un point de vue strictement scientifique, le début de la vie correspond donc à la conception de l'embryon. Ainsi, cette distinction fonde la problématique de cette première partie : l'être humain et la personne humaine sont deux entités entretenant des rapports différents avec le droit. En effet, si l'être humain doit être « respecté », la personne humaine connaît une « primauté » inégalée dans l'ordre juridique. Par ailleurs, ce dernier ne reconnaît qu'une *summa divisio* opposant les personnes et les choses, sans y situer précisément l'être humain. Si celui-ci mérite le respect de tous et par tous, la personne bénéficie d'une dignité qui lui est inhérente. Aussi, puisqu'il impose son respect, l'enfant conçu n'est pas ignoré par le droit. Il bénéficie, lui aussi, d'une protection juridique mais, découle-t-elle de la dignité ? En l'espèce, l'humanité vise aussi bien l'enfant conçu que la personne humaine et juridique titulaire de droits et d'obligations. C'est une conception large de l'humanité et donc de la dignité qu'il faut observer afin de retenir une protection adéquate de l'embryon et de la personne en droit de la génétique.

**120.** Dans ce contexte, l'être humain dépourvu de la personnalité juridique dispose d'une protection juridique en vertu de son humanité (titre premier). De plus et dès la naissance, l'être humain devient personne juridique et personne humaine. Ainsi, la personne humaine vivante reçoit la protection de la dignité qui lui est inhérente (titre second).





## TITRE PREMIER – LA PROTECTION JURIDIQUE DE L'ETRE HUMAIN DEPOURVU DE PERSONNALITE JURIDIQUE

« *Homo est et qui est futurus* »<sup>300</sup>

**121.** La protection juridique de l'enfant conçu peut s'appréhender selon deux axes. Une distinction fondamentale doit être faite entre l'embryon *in vitro* et l'embryon *in utero*. Le premier est créé par la science, c'est-à-dire de façon non naturelle et son développement, quand il a lieu, peut se réaliser, au moins pour quelques jours, *in vitro* ou *ex vivo* c'est-à-dire à l'extérieur du corps de la femme. Il peut ensuite avoir vocation à être implanté dans un utérus ou encore à être congelé en vue d'une éventuelle implantation ultérieure. L'embryon *in utero* ou *in vivo* est, pour sa part, le fruit de la nature, dans la mesure où sa création et son développement se font dans l'utérus de la femme, de façon naturelle. D'un point de vue juridique, ce dernier pose moins de problème quant à son statut, assimilable à celui d'une personne digne de protection, tandis que l'embryon *in vitro* est davantage perçu comme un amas de cellules, digne ou non de protection selon les positions<sup>301</sup>.

La problématique qui s'impose est celle de la place de la dignité dans la protection de l'enfant conçu. Or, le principe ne s'applique, *a priori*, qu'aux personnes. Le statut de l'embryon est donc déterminant : si l'enfant conçu est une personne alors il bénéficiera de la dignité de la personne humaine ; à l'inverse, si l'enfant conçu n'est pas une personne humaine, la dignité, telle qu'elle est intégrée au droit, ne trouvera pas d'application. Or, la protection juridique de l'enfant conçu est une problématique capitale du droit de la génétique.

**122.** Ainsi, il s'agit de constater qu'une ambiguïté demeure autour du statut juridique de l'embryon (chapitre 1), pour ensuite aborder la position du droit sur l'évolution du régime de la recherche embryonnaire et les conditions d'utilisation de l'embryon et les pratiques génétiques qui peuvent en découler (chapitre 2).

---

<sup>300</sup> Tertullien, philosophe du II<sup>e</sup> siècle : « *il est déjà un homme celui qui le sera* ». Cette citation permet de confirmer la qualité d'être humain de l'enfant conçu. Même s'il n'est pas encore une personne, il est un homme, un membre de la famille humaine et ce, dès sa conception, c'est-à-dire dès la rencontre des gamètes, si et seulement si, il a réellement vocation à le devenir.

<sup>301</sup> À ce titre, Madame Neirinck soulève un paradoxe des lois de 1994 qui semblent, au premier abord, traiter de façon égale les embryons quel que soit leur mode de conception. Or, des différences de traitement apparaissent finalement entre l'embryon *in vivo* souvent qualifié d'« *enfant à naître* » et celui de l'embryon *in vitro*, réduit à un ensemble de cellules. Voir Neirinck C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », D. 2003. 841.



## Chapitre 1. L'ambiguïté permanente du statut juridique de l'enfant conçu

123. Le Doyen Carbonnier reconnaît qu' « *il n'est pas facile d'être législateur* »<sup>302</sup>, à propos du développement scientifique et de la procréation. En matière de bioéthique, la volonté de favoriser les biotechnologies devrait impliquer de livrer le corps humain aux scientifiques avec le moins de limites possibles. Ainsi, l'embryon apparaît peu dans les textes du législateur et sa nature juridique demeure encore inconnue. Les premières lois de bioéthique françaises abordent l'enfant conçu, le faisant appartenir, par leurs dispositions, tantôt à la catégorie des choses, tantôt à la catégorie des personnes<sup>303</sup>. Dans ce dernier cas, l'embryon, surtout *in utero*, mérite la dignité qui est due à une personne en vertu du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, alors que l'embryon *in vitro*, s'il est assimilable à une chose, ne dispose d'aucune légitimité pour bénéficier de la dignité de la personne. Pour autant, son caractère humain ne peut être contesté : qu'il soit une personne ou non, l'embryon, doit faire l'objet d'une protection juridique, en vertu de son humanité. C'est ainsi que le droit, prenant en compte cette humanité<sup>304</sup>, se permet de laisser son statut dans un doute juridique, estimant qu'il ne revient pas à lui seul de prendre position quant à la nature et au statut de ces êtres humains qui ne sont pas encore nés et sont ainsi dépourvus de toute personnalité. Pourtant, la Convention d'Oviedo, signée le 4 avril 1997<sup>305</sup>, ratifiée par la loi *Bioéthique* du 7 juillet 2011<sup>306</sup>, se fixe un objectif très clair dès son premier article : « *les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et*

---

<sup>302</sup> Carbonnier J., Rapport de synthèse, in *Génétique, procréation et droit*, Actes du Colloque, Actes Sud, 1985, p. 79.

<sup>303</sup> Gonçalves B., « Recherche sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », in *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 220-223 v. « *A. L'embryon, entre chose et personne, une catégorie juridique non identifiée* ».

<sup>304</sup> Les individus qui ne bénéficient pas de personnalité juridique, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas encore nés, ne sont pour autant pas abandonnés par le droit, qui n'a d'autre choix que de les prendre en compte. En effet, dans un premier temps c'est l'humanité qui anticipe la personnalité juridique dans la mesure où, si on n'est pas encore une personne, on est un être humain. Dans un second temps, cette humanité anticipatrice engendre des conséquences par elle-même. Ainsi, le fait d'être un être humain, d'appartenir à l'espèce humaine, empêche de nier l'humanité de l'enfant à naître et ainsi de lui refuser une protection. L'auteur insiste sur le fait que les individus dépourvus de personnalité juridique sont seulement privés de la jouissance de droits subjectifs. Ils sont donc protégés par d'autres normes protectrices différentes de celles attribuant des droits subjectifs aux sujets de droit. Voir Bertrand-Mirkovic A., *La notion de personne, Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM, 2003.

<sup>305</sup> Ce traité du Conseil de l'Europe porte le nom complet suivant : Convention sur la protection des droits de l'Homme et la dignité de la personne à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine.

<sup>306</sup> La loi du 7 juillet 2011 n° 2011-814, article 1 prévoit la ratification de la convention par la France : « est autorisée la ratification de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997 ». Cette ratification prend effet dans l'ordre interne français le 1<sup>er</sup> avril 2012.

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 »<sup>307</sup>. Par cette disposition générale, la Convention ne limite pas le champ d'application de la dignité à la personne mais l'étend à l'être humain. De plus, dans son article suivant, elle assure la primauté de l'être humain par rapport à la science puisque « l'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science »<sup>308</sup>. La notion d'être humain est donc prééminente et même si le Conseil de l'Europe ne résout pas la question de savoir si l'enfant à naître appartient à la catégorie des choses ou des personnes, il garantit *de facto* la protection de l'être humain, notion plus générale que la personne humaine, lui permettant de viser la personne dépourvue de personnalité juridique<sup>309</sup>.

**124.** Dans ces conditions, la France méconnaît la nature de l'embryon et ainsi ne dispose pas de véritable statut juridique de l'embryon (section 1). De ce fait et en vertu d'un statut légal inexistant, le juge, devant qui la question s'est posée à plusieurs reprises, éprouve quelques difficultés à établir la protection de l'enfant à naître (section 2).

## **Section 1. La confirmation de l'inexistence du statut juridique français de l'enfant conçu**

**125.** L'inexistence du statut juridique de l'enfant à naître se confirme d'abord par l'absence de précision juridique expresse quant au statut de l'embryon dans les textes, pourtant largement abordé, encadré, parfois protégé et parfois réifié par les lois *Bioéthique* (§1) et la discrétion du législateur français ouvre donc le champ à l'interprétation (§2), l'embryon devant répondre soit de la catégorie des personnes soit de celle des choses.

### **§1. L'absence de précision juridique expresse sur le statut juridique de l'embryon**

**126.** En l'espèce, il faut entendre par statut « l'ensemble des règles gouvernant la situation d'une catégorie de personnes ou de bien repérés, identifiés par le droit »<sup>310</sup>. La question ici est de savoir s'il en existe un propre à l'embryon voire à l'enfant à naître de façon

---

<sup>307</sup> Convention d'Oviedo, article 1, objectif et finalité.

<sup>308</sup> Convention d'Oviedo, article 2, primauté de l'être humain.

<sup>309</sup> De plus, on peut noter que dans son article 6, assurant la protection des personnes n'ayant pas la capacité de consentir, qui compte sans surprise les mineurs et majeurs incapables comme bénéficiaire de cette disposition, l'embryon n'apparaît pas – alors qu'il lui est impossible de donner un quelconque consentement –, laissant supposer que le Conseil de l'Europe ne le compte pas parmi la liste des *personnes*.

<sup>310</sup> Depadt-Sebag V, « L'embryon in utero », RGDM, n° 27, 2008, p. 14.

générale. Si le statut est « *composé de règles qui lui sont applicables* », la nature correspond au « *corps de règles cohérent découlant de ce qu'est l'intéressé* »<sup>311</sup>. Autrement dit, le statut répond à la nature de la chose ou de la personne concernée. Une fois la nature déterminée, le statut en découle. Aussi, si la question du statut n'est pas réglée, c'est parce que le législateur français n'a pas déterminé la nature de l'enfant à naître, refusant de se prononcer sur la question malgré les libéralités laissées par le droit communautaire (A). En réalité, ce mutisme de la part du législateur est une prise de position (B).

### **A. Le droit français refuse de se prononcer**

**127.** Le statut de l'enfant à naître reste une question délicate en droit français. Le législateur n'a jamais osé prendre position sur une interrogation qui, il faut le reconnaître, est susceptible d'effrayer tout un chacun et à juste titre. La problématique du statut de l'embryon renvoie principalement à des questions relatives à l'homme et relève de matières diverses telles que la sociologie, la religion, la philosophie ou encore les sciences sociales. Elle semble alors confrontée à au moins autant de conceptions que de matières servant à l'alimenter et se voit ainsi bloquée entre plusieurs positions complexes et contradictoires. En effet, si « *toute la difficulté de la question réside certainement dans l'impossibilité d'un consensus médical et juridique sur la notion de commencement de la vie, mais aussi dans la difficulté, plus concrète, de préserver la loi sur l'interruption volontaire de grossesse tout en accordant un statut particulier à l'embryon* »<sup>312</sup>, il semble évident que personne ne prend le risque de provoquer une confusion totale dans certains esprits. Le droit persiste dans la voie du vide juridique alors que cette question mériterait au moins quelques orientations dans la mesure où à l'heure actuelle, l'enfant à naître constitue *a fortiori* une catégorie, mais une catégorie dont la condition n'entre dans aucun domaine de protection juridique<sup>313</sup>.

**128.** Pourtant, le législateur européen se montre discret, dans la mesure où les textes restent silencieux quant au début du droit à la vie, droit fondamental et intangible prévu par l'article 2 de la Convention EDH<sup>314</sup>. En effet, la question de savoir quand commence la vie

---

<sup>311</sup> Mirkovic A, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », JCP G, n° 4, 25 janvier 2010, p. 177.

<sup>312</sup> Depadt-Sebag V, « L'embryon in utero », RGDM, n° 27, 2008, p. 14.

<sup>313</sup> Depadt-Sebag V, « L'embryon in utero », RGDM, n° 27, 2008, p. 14.

<sup>314</sup> L'article 2 de la Conv. EDH précise que « *le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a)*

s'est pourtant posée à plusieurs reprises, afin de connaître les contours de ce deuxième article. À ce titre, le juge européen fait preuve à son tour de prudence puisqu'il a décidé de laisser la marge d'appréciation aux Etats membres sur la question du commencement de la vie. En effet, dès 1992 à l'occasion de l'affaire *Open Door*, la Cour EDH refuse de se prononcer sur l'application du droit à la vie à l'enfant conçu<sup>315</sup>. Dans les années 2000, elle poursuit ce raisonnement en observant quelques contradictions. Tout d'abord, par une décision du 8 juillet 2004 la grande chambre de la Cour EDH estime qu' « *il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Conv. EDH* »<sup>316</sup>. Dans la lignée de sa jurisprudence de 1992 elle reste fidèle au refus de se prononcer sur la question. Ainsi, la Cour prenant acte de la diversité des approches nationales sur cette question et répugnant à imposer une approche européenne considère en l'espèce que le droit français accorde à la vie de l'enfant à naître une protection suffisante, même en l'absence d'une incrimination pénale spécifique. Néanmoins, la protection apparaît insuffisante dans la mesure où les juridictions françaises n'ont pas retenu l'homicide involontaire du fœtus de vingt semaines, directement causé par le médecin de la requérante, ce qui a engendré la saisine de la Cour par la requérante, insatisfaite des décisions de justice françaises<sup>317</sup>. De surcroît, l'affirmation de la Cour semble peu convaincante au regard de la prééminence du droit à la vie dans la Convention. Puis, vient l'affaire *Evans contre Royaume-Uni*, d'abord en 2006 à l'occasion de laquelle la Cour poursuit ses observations, estimant que la détermination du point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats<sup>318</sup>. C'est en effet en 2007, toujours à l'occasion de l'affaire *Evans*, que la Cour, cette fois réunie en grande chambre, affirme soudainement que l'article 2, qui protège le droit à la vie, ne protège pas l'embryon<sup>319</sup>, alors qu'elle se contentait de laisser cette interprétation aux Etats européens. Elle ne se prononce pas nécessairement sur le point de départ du droit à la vie mais précisément sur le bénéficiaire de ce droit. Ainsi, par cette décision, la Cour semble reconnaître que l'embryon n'entre pas dans la catégorie des personnes concernées par le droit à la vie, des personnes tout court. Ensuite et trois ans après, la Cour revient sur cette décision en estimant dans une

---

*pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. ».*

<sup>315</sup> Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman*.

<sup>316</sup> Cour EDH, gr. ch., 8 juillet 2004, *Vo c/ France*.

<sup>317</sup> Voir également à propos de la jurisprudence *Vo c/ France*, Pradel J., « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », D. 2004. 2456.

<sup>318</sup> Cour EDH, sect. IV, 7 mars 2006, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.

<sup>319</sup> Cour EDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.

nouvelle affaire que la définition de la personne et la question de savoir si l'embryon en est une relèvent de la marge d'appréciation des Etats. Et d'ajouter que la détermination du point de départ du droit à la vie relève également de la marge d'appréciation des Etats<sup>320</sup>. Ainsi, en 2010 la Cour ne se prononce pas sur le statut de l'embryon, alors qu'en 2007, elle l'excluait du champ d'application de l'article 2 de la Convention, à savoir du droit à la vie qui concerne « toute personne »<sup>321</sup>. Enfin, la même Cour précise en 2012, dans une affaire contre l'Etat italien, que « la notion d' "enfant" ne saurait être assimilée à celle d'embryon »<sup>322</sup>.

**129.** De leur côté, les juges de l'Union ont dégagé une définition autonome de l'embryon humain depuis 2011 qui se montre très large. Même si elle semble opportune, cette définition n'apporte pas d'élément relatif au statut de l'embryon qui doit découler de sa nature. Ainsi selon la Cour, « *constituent un embryon humain, tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer* »<sup>323</sup>. Elle poursuit, précisant qu'« *il appartient au juge national de déterminer, à la lumière des développements de la science, si une cellule souche obtenue à partir d'un embryon humain au stade de blastocyste constitue un "embryon humain" au sens de l'article 6 § 2, sous c, de la directive* »<sup>324</sup> relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques<sup>325</sup>. En effet, « *ces différents organismes, même non fécondés, sont de nature à permettre l'obtention de cellules totipotentes portant en elles la capacité d'évoluer en être humain complet, à l'instar de l'embryon créé par fécondation d'un ovule* »<sup>326</sup>.

**130.** Ces réponses laissent une liberté totale aux Etats concernés. Néanmoins, la France ne semble pas décidée à statuer sur cette question. Malgré la liberté laissée par les juges européens, le législateur français semble persister dans cette voie de non réponse. Or, cette dangereuse liberté présente deux aspects : d'une part, la France pourrait y voir une aubaine, en se considérant libre de statuer dans le sens où elle l'entend, sans contrainte

---

<sup>320</sup> Cour EDH, *ABC contre Irlande*, 16 décembre 2010.

<sup>321</sup> En effet, l'article 2 Conv. EDH précise que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi ».

<sup>322</sup> Cour EDH, sect. II, 28 août 2012, *C. et P. c/ Italie*, req. n° 54270/10.

<sup>323</sup> CJUE, *Brüstle* 18 octobre 2011, aff. C-34/10, AJF novembre 2011, p. 518, obs. A. Mirkovic.

<sup>324</sup> CJUE, *Brüstle* 18 octobre 2011, aff. C-34/10, AJF novembre 2011, p. 518, obs. A. Mirkovic.

<sup>325</sup> Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998, transposée en France par la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004 relative à la protection des inventions biotechnologiques.

<sup>326</sup> Boulet M., « L'embryon humain saisi par le droit de l'Union : quelle définition juridique pour quel statut ? A propos de l'arrêt de la CJUE du 18 octobre 2011, *Brüstle*, C-34/10 », RGDM, n° 42, mars 2012.

extérieure ni pression communautaire ; mais d'autre part, le droit français, qui réagit avec timidité sur cette question, en quête d'orientations, voire de directives, aurait peut-être pour une fois besoin d'une aide supranationale. Ceci aurait de plus le mérite d'harmoniser la législation européenne en ce domaine, de mener à un consensus européen et de simplifier le droit en la matière en imposant des directives claires et précises à ce propos.

**131.** Toutefois, cette non prise de position constitue, de la part du législateur français, un choix réfléchi. C'est le choix du silence qui est retenu par un législateur prudent.

### **B. Le silence délibérément choisi par un législateur prudent**

**132.** Le droit français semble refuser de se prononcer sur la question de l'enfant à naître. En effet, le législateur impose un silence choisi et délibéré, comme pour signaler une volonté de neutralité du droit face à ce questionnement sensible. La question est de savoir ce qu'est l'embryon, c'est-à-dire conformément à la *summa divisio* française, s'il appartient à la catégorie des choses ou des personnes. Il n'existe pas d'intermédiaire, pas de troisième catégorie, comme il n'existe pas de demi personne ou de moitié de chose. À ce titre, Madame Bertrand-Mirkovic explique que « 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 ». Et d'ajouter « un statut intermédiaire ne peut être qu'un artifice »<sup>327</sup>. Ainsi, l'hypothèse selon laquelle l'embryon pourrait appartenir à une catégorie propre à lui, *sui generis*, dans laquelle il serait seul, est à écarter.

Les textes de loi restent muets quant à la nature juridique de l'embryon. Néanmoins, la protection de celui-ci est quand même assurée dans la mesure où le défaut de personnalité juridique n'entraîne pas une ignorance totale de la part du droit. Ainsi, la protection de l'enfant conçu est organisée par le droit et l'enfant à naître connaît à la fois une protection civile et une protection pénale. Toutefois, ces protections se montrant non seulement insuffisantes mais également incomplètes, il faut constater que la question de la nature de l'embryon reste systématiquement écartée dans les textes.

---

<sup>327</sup> Mirkovic A, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », JCP G, n° 4, 25 janvier 2010, p. 178.



**133.** Tout d'abord, les législateurs des premières lois *Bioéthique*<sup>328</sup>, comme ceux de 2004<sup>329</sup> et de 2011<sup>330</sup>, ont tout simplement écarté la question de la nature de l'embryon sous les conseils avisés de plusieurs rapports législatifs qui laissaient entendre « *de ne pas aborder l'impossible statut de l'embryon* »<sup>331</sup>. Il faut reconnaître que celui de 2011 n'a pas été très encouragé par le Conseil d'Etat qui, dans son rapport sur la révision de la loi, reconnaît que « *dire qui est l'embryon ou ce qu'il est relève de l'impossibilité* »<sup>332</sup>.

**134.** Puis, au niveau des lois de bioéthique dans leur ensemble, les interdictions relatives aux manipulations génétiques ne visent jamais l'embryon en tant que personne ou chose mais plutôt l'importance des cellules souches humaines et des produits du corps humain<sup>333</sup>. Les grands défenseurs de la vie humaine soutiennent que manipuler le gène d'un être humain revient à toucher aux gènes de l'humanité entière ; car, il est vrai que l'espèce humaine se compose de l'ensemble êtres humains et que la modification de l'un d'entre eux engendre celle des générations futures. Pour autant, aucune des lois de bioéthique ne détermine un statut à l'embryon humain, alors qu'elles assurent largement la protection de la personne<sup>334</sup>. Même la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme<sup>335</sup> qui prévoit la protection de « *tout individu* », ne précise rien quant à l'enfant à naître. Est-il un individu, une personne ? Pour le moment, personne ne peut définitivement confirmer le champ d'application des textes relatifs aux *personnes* et autres *individus*. Cet important silence des textes quant à la nature de l'embryon implique *de facto* une incapacité à se prononcer sur son statut juridique. De plus, et pour accentuer davantage la confusion, le Conseil constitutionnel lui-même à l'occasion de sa décision de 1994 énonce, à propos du principe de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie que le « *législateur a estimé que ce principe*

---

<sup>328</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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>329</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004.

<sup>330</sup> Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

<sup>331</sup> Mattei J.-F., *La vie en question, pour une éthique biomédicale*, Rapport à M. le Premier ministre, 15 novembre 1993, La Documentation française, coll. Rapports officiels, 1994, p. 92.

<sup>332</sup> Rapport du Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, mai 2009, p. 12.

<sup>333</sup> A ce titre, « *l'élaboration d'un statut propre aux organes du corps, à ses éléments, à ses produits atteste bien sûr que parfois le corps a été traité comme une chose* » : Batteur A., « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », LPA, 14 décembre 1994, n° 149, p. 29.

<sup>334</sup> Voir notamment articles 16 à 16-9 du code civil issus de la loi du 29 juillet 1994 et portant sur le respect du corps humain. Ils prévoient notamment la primauté de la personne, garantissent sa dignité et assurent l'inviolabilité du corps humain, son indisponibilité, son intégrité, ainsi qu'ils prévoient la protection de l'intégrité de l'espèce humaine en prohibant les pratiques eugéniques.

<sup>335</sup> Article 3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme : « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* ».

*n'était pas applicable à l'embryon in vitro* »<sup>336</sup>. Cette indication porte à croire qu'il fait la distinction des embryons *in vitro* et *in utero*, et plus encore, que seule cette dernière catégorie (*in utero*) entrerait dans le champ de l'article 16 du Code civil relatif aux êtres humains. L'embryon *in utero* serait-il alors une personne, en entrant dans le champ d'application de l'article 16 ? *Quid* de l'embryon *in vitro* qui semble moins digne que le premier pour bénéficier de la protection de l'article 16. S'il ne dépend de cet article, quelle norme protège les embryons *in vitro* ? Leur utilisation n'est-elle encadrée qu'à travers le régime juridique de l'assistance médicale à la procréation<sup>337</sup> ? À propos des embryons *in vitro* encore, la loi du 6 août 2013 tend vers le même distinguo et entame la réification de l'embryon *in vitro*, assimilé à une sous catégorie d'embryon<sup>338</sup> ? Ainsi, on ne connaît pas la nature juridique d'un embryon, ni *a fortiori* son statut, en revanche on est capable de distinguer les embryons entre eux à tel point qu'ils ne bénéficient pas d'un régime commun mais visiblement d'un traitement différent. En conséquence, en plus de ne pas se prononcer sur la nature de l'enfant à naître et ainsi, incapable de donner un statut juridique à l'embryon et au fœtus, le droit ajoute un élément de confusion en ouvrant la brèche d'une distinction à faire entre les embryons eux-mêmes : *in vitro* et *in utero*. Ceci peut être considéré comme une information sur le dénouement de la situation : peut-être que la loi de 2013 ose une distinction qui permet d'exclure une quelconque personnalité à l'embryon conçu *in vitro*. L'embryon *in utero* semble faire l'objet de réflexions supplémentaires. Quoi qu'il en soit, le droit reconnaît l'existence de ces embryons et leur assure un encadrement, une protection, sans pour autant savoir fixer leur nature et donc leur statut. Cette absence de position risque d'avoir des conséquences terribles, qui évoluent au fil du temps avec le progrès scientifique et la multiplication des questions relatives aux manipulations génétiques et les contentieux qui peuvent en découler. Cependant, si la législation française semble rester discrète, c'est qu'en réalité ce silence est choisi. Le droit français paraît entretenir l'illusion d'un choix : celui de la neutralité face au statut de l'embryon.

**135.** Ce faisant, le législateur faussement neutre choisit encore de laisser une telle marge d'interprétation dans son approche textuelle de l'embryon, qu'on en vient à penser que

---

<sup>336</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343 DC, *JO*, 29 juillet 1994.

<sup>337</sup> La solution du Conseil constitutionnel de 1994 est largement contestable et contestée, v. notamment Mathieu B., *D.* 1994, p. 237.

<sup>338</sup> Cayol A., « La loi du 6 août 2013 : un pas de plus vers la réification des embryons *in vitro* », *LPA*, 23 octobre 2013, n° 212, p. 4.

ce statut, au premier abord absent, peut quand même commencer à être envisagé, se révélant implicitement au fil des dispositions législatives.

## §2. La discrétion du législateur laisse place à une interprétation large

136. Il existe en réalité au moins deux orientations possibles afin de déterminer la nature et de parvenir à un statut de l'embryon. Toutefois, les opinions divergeant autour des différentes possibilités, le droit français se résigne et décide de perpétuer le mouvement d'absence de statut de l'enfant à naître. En lui refusant une position définitive, le législateur refuse de lui attribuer une personnalité juridique : ainsi, s'il n'est pas une personne il est une chose, parce que la *summa divisio* oblige à raisonner en ce sens. Force est de constater qu'aussi bien du point de vue du droit civil que de celui du droit pénal et même dans le Code de la santé publique, l'embryon, s'il devait avoir un statut découlant de ce faux mutisme, serait une chose, par le simple fait qu'il n'est pas inclus dans la seule autre catégorie : celle des personnes. En effet, « *le législateur en est venu par son silence embarrassé à trancher malgré tout. En faveur de l'assimilation à une chose* »<sup>339</sup>. Cette inexistence est donc relative dans la mesure où, d'une part, en imposant un silence, le droit fait de l'embryon une chose (A), n'étant pas une personne. Cette solution n'étant pas acceptable pour une grande partie de la doctrine ainsi que pour le législateur, elle n'est pas clairement arrêtée par un texte de loi. En effet, il n'est pour l'instant pas possible d'entériner ce constat, trop difficile à accepter d'un point de vue moral et éthique. Les lois bioéthiques renferment quelques contradictions notables quant à la qualification de l'embryon : « *parfois envisagé comme une personne humaine, il est aussi relégué au titre des "choses" que l'homme peut détruire* »<sup>340</sup>. D'autre part, l'enfant conçu connaît depuis quelques années la qualification spéciale de « *personne humaine potentielle* » (B).

---

<sup>339</sup> Clerckx J., « L'embryon humain. Le législateur, le début de vie et la loi relative à la bioéthique », RDP, 1<sup>er</sup> mai 2006, n° 3, p. 737.

<sup>340</sup> Batteur A., « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », LPA, 14 décembre 1994, n° 149, p. 29 : le début de l'article rend compte de l'ambiguïté permanente relative au statut de l'embryon.

## A. L'embryon considéré comme une chose juridique

**137.** Parmi la doctrine, certains juristes, médecins et scientifiques soutiennent l'idée que l'embryon n'est pas une personne mais plutôt un œuf et ainsi, une chose<sup>341</sup>.

Le Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, particulièrement pluridisciplinaire<sup>342</sup>, désigne par embryon « *tous les stades de développement du zygote avant le stade fœtal qui est atteint à la huitième semaine de la grossesse* », fixant le stade fœtal à huit semaines<sup>343</sup>. Le terme de *zygote* est repris par le Parlement européen trois ans après à propos de l'embryon<sup>344</sup>. Il est également employé par Madame Arnoux, maître de conférences, qui définit l'embryon comme correspondant au stade du développement qui « *marque le passage d'une cellule unique, le zygote, à un ensemble complexe de cellules, le fœtus* »<sup>345</sup>. Le zygote est le terme scientifique utilisé pour désigner, dans la reproduction sexuée, une cellule œuf. Il correspond alors à la genèse du développement de l'être humain.

**138.** À leur tour, les premières lois de bioéthique de 1994<sup>346</sup>, fruits d'un consensus pluridisciplinaire, peuvent quelquefois être comprises en ce sens. En effet, certaines de leurs dispositions tendent vers une réification de l'enfant à naître. Parmi celles qui « *laissent entendre que l'embryon est une chose* »<sup>347</sup>, on retrouve notamment le don et la destruction d'embryons<sup>348</sup>. Or, dispositions largement contestables et témoignant de la réification des embryons car on ne dispose pas d'une personne. De plus, à l'occasion des travaux

---

<sup>341</sup> À ce propos, une partie de la doctrine propose de répondre à cette question sous l'angle de l'espèce humaine entière, supposant *de facto* que l'embryon, étant indiscutablement humain, fait donc partie de l'espèce humaine, v. Peis-Hitier M.-P., « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », D. 2005. 865. Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 341 : parle de « *chose humaine* ».

<sup>342</sup> La loi lui assure une pluridisciplinarité eu égard à la nature de ses compétences et missions. Il correspond à un groupe de personnes chargées de poser un regard éthique sur les évolutions de la science et de la recherche. Parmi eux, des chercheurs, des spécialistes de l'éthique et des philosophes.

<sup>343</sup> Rapport scientifique du Comité Consultatif National d'Ethique, Avis du 15 décembre 1986 sur les recherches sur les embryons humains *in vitro* et leur utilisation à des fins médicales et scientifiques, La documentation Française, p. 33.

<sup>344</sup> Résolution Parlement européen, 16 mars 1989 sur la manipulation génétique : « *le zygote a, lui aussi besoin de protection et que l'on ne peut, s'en servir à volonté pour des expérimentations* ».

<sup>345</sup> Arnoux I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Thèse Bordeaux, P.U. Bordeaux, 1994, p. 64.

<sup>346</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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>347</sup> Bertrand-Mirkovic A., *La notion de personne, Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM, 2003.

<sup>348</sup> Dans le cadre de la procédure d'assistance médicale à la procréation et à l'occasion du diagnostic préimplantatoire, en cas d'abandon d'un projet parental, le couple peut décider du sort des embryons conçus *in vitro* surnuméraires. Trois possibilités s'offrent à eux : ils peuvent laisser l'embryon à la science pour la recherche, ils peuvent le donner à un autre couple ou choisir d'arrêter leur conservation par congélation c'est-à-dire les détruire.

préparatoires, les points de vue s'affrontent déjà, quand Monsieur Mattéi proteste que « *potentielle ou non, il s'agit, de mon point de vue, d'une personne* », Madame Roudy de répondre « *l'embryon n'est pas une personne* » et d'ajouter, « *c'est un œuf* »<sup>349</sup>. Enfin et pour donner un dernier exemple relatifs aux lois de bioéthique, une disposition prévoit la destruction automatique des embryons surnuméraires à l'issue d'un délai de cinq ans. Le caractère automatique de la destruction prévue semble contrecarrer le principe du respect de la vie dès son commencement<sup>350</sup>. La destruction en elle-même, automatique ou pas, contrevient au principe du respect de la vie dès son commencement, la vie étant admise biologiquement dès la rencontre des gamètes. La question n'est pas la même que celle du statut de l'embryon, à savoir s'il est juridiquement une chose ou une personne. Il est incontestablement un être humain<sup>351</sup>, à l'instar de tout individu, il appartient à l'espèce humaine, même s'il n'est qu'une cellule œuf, un embryon puis un fœtus. En conséquence, être un œuf ou une cellule œuf, c'est être une chose juridique. Ceci rejoint l'idée que, dans le droit civil, en ne définissant pas l'embryon, le législateur refuse de lui attribuer une personnalité juridique. Ainsi, « *par le jeu des classifications, l'embryon relève en effet de la catégorie des choses* »<sup>352</sup>.

**139.** Toutefois, cette réification de l'embryon conduit à bien trop de dérives dangereuses, contraires à l'éthique et à certains droits fondamentaux. Aussi, sans expressément l'insérer dans la législation, l'embryon semble se trouver à mi-chemin entre la chose et la personne : il serait une « *personne humaine potentielle* ».

### **B. L'embryon imaginé comme une « *personne humaine potentielle* » : la résistance contre la réification de la vie humaine**

**140.** Il existe plusieurs hypothèses relatives à la nature puis au statut de l'embryon. Or, il est assez délicat de prendre position. En effet, malgré le constat réalisé précédemment quant

---

<sup>349</sup> Mattéi J.-F., 2<sup>ème</sup> séance du 20 novembre 1992, *J.O.A.N.*, 1992, C.R., p. 5784.

<sup>350</sup> Bertrand-Mirkovic A., *La notion de personne, Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM, 2003, p. ?

<sup>351</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 340 : « *toute personne est un être humain mais tout être humain n'est pas une personne, comme en atteste le statut de l'embryon, qualifié d'être humain par le Code civil mais qui ne devient une personne humaine qu'avec l'acquisition de la personnalité juridique (...) c'est donc en évoquant son statut que l'on comprend l'usage de la notion d'humanité* ».

<sup>352</sup> Neirinck C., « L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique », Petites affiches, 9 mars 1998, n° 29, p. 4.

à la classification de l'embryon, la France refuse de faire officiellement le choix de lui nier définitivement toute personnification et toute trace expresse de réification de l'embryon reste introuvable. En réalité, certaines institutions tendent vers la potentialité de personne, car elles sont obligées, en pratique, de rendre des solutions au cas par cas qui se trouvent contradictoires et incohérentes face au mutisme du législateur.

**141.** Ainsi, pour certains, l'embryon est une personne humaine potentielle, en devenir, future voire en puissance, selon l'autorité qui emploie l'expression, à la fois doctrinale et jurisprudentielle. Tout d'abord, la « *personne humaine potentielle* »<sup>353</sup> correspond à la définition de l'embryon donnée par le Comité Consultatif National d'Ethique dans son tout premier avis, le 22 mai 1984<sup>354</sup>. Ce parti pris est d'abord critiqué par le philosophe pour lequel la potentialité vise « *les manières d'être ou les dispositions d'un être* »<sup>355</sup> ; mais ensuite par le juriste qui a du mal à la prendre au sérieux. Et pour cause, l'être humain est une personne ou ne l'est pas, il n'existe pas de personne à 80% ni de moitié de personne. La définition doit être envisagée dans la constance, alors *quid* de cette potentialité ? Ensuite, à l'époque ministre de la Santé, c'est en 1992 que Monsieur Kouchner détermine en séance que « *nous n'aborderons pas ici le débat sur le statut de l'embryon humain, car, nous le savons, trop de divergences philosophiques (...) Nous en resterons à la définition de potentialité de personne* »<sup>356</sup>. Une partie du droit français repose sur cette prise de position antérieure aux lois *Bioéthiques*. Ces dernières ne faisant pas partie des textes les plus clairs et constants, oscillant entre qualification de personne et réification de l'enfant à naître, ce moment en 1992 peut paraître précurseur. Certains y verront une façon pour lui d'évincer le débat afin de trancher de façon discrétionnaire sur cet aspect fondamental. Il faut néanmoins reconnaître son honnêteté face à la difficulté de la tâche, sans être totalement silencieux et au demeurant prudent, courageux mais pas téméraire, il ne se risque pas à statuer définitivement sur la question, ce qui ne relève pas de ses compétences exécutives.

---

<sup>353</sup> Pédrot P., « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », JCP G, n° 3, 16 janvier 1991, I 3483 : v. notamment « *B. l'embryon, personne humaine potentielle* », « *conformément à la maxime "infans conceptus pro nato habetur", la personnalité humaine de l'embryon impose son respect. Le Conseil constitutionnel a de surcroît donné valeur constitutionnelle à cette maxime, tout en lui reconnaissant certaines limites. Il n'admet, en effet, qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie qu'en cas de nécessité* ».

<sup>354</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 1, *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, 22 mai 1984.

<sup>355</sup> Folscheid D., « L'embryon ou notre docte ignorance », in *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, sous la direction de Feuillet-Le Mintier B., Economica, 1996, p. 41.

<sup>356</sup> Kouchner B., 1<sup>e</sup> séance du 19 novembre 1992, J.O.A.N., C.R., 20 novembre 1992, p. 5731.

**142. La qualification de « personne potentielle » préférée à « virtuelle » voire « en projet ».** En parallèle, les appellations se multiplient : « *personne humaine potentielle* » pour le Comité Consultatif National d'Ethique, « *personne humaine en devenir* » ou encore « *personne future* ». Certains parlent de « *personne humaine en puissance* » notamment Messieurs Dinechin et Moretti qui reconnaissent dans un ouvrage commun, à propos de l'embryon, qu'« *il n'a évidemment pas encore toutes les qualités de la personne adulte, et en particulier la conscience, la conscience de soi, la capacité de réfléchir, etc. Mais s'il n'était pas l'être qu'il est déjà, il ne les aurait jamais. Ces capacités sont donc "en puissance" en lui. Il convient de citer le récent avis du Comité Consultatif National d'Ethique qui emploie l'expression de "personne humaine potentielle" »*<sup>357</sup>. Les différents auteurs et institutions ont choisi d'évoquer la caractéristique de la « *puissance* » qui renvoie à la potentialité plutôt qu'à la virtualité, et on comprend pourquoi : le caractère potentiel et futur de la personne la rend peut-être davantage concrète et certaine. Avec cette expression, l'embryon est une personne en formation, qui a des chances de le devenir pleinement dans un futur proche. La virtualité, *a contrario* semble tendre à réifier l'embryon plus qu'à le personnifier dans le sens où on ne sait pas si le virtuel deviendra réel. Les appellations se multiplient jusqu'à l'emploi du terme assez réducteur de « *projet de personne* » dans un rapport officiel de la fin des années 1990<sup>358</sup>, qui, au même titre que la virtualité, laisse entendre moins de certitude puisqu'un projet par définition peut aussi bien correspondre à quelque chose de finalisé comme à une réalisation sur un long terme qui peut être abandonnée en cours de route. Qu'il soit potentiel, éventuel, en puissance voire futur, l'enfant à naître, selon l'ensemble de ces expressions, est reconnu comme appartenant à la catégorie des personnes. Toutefois, en admettant que ces hypothèses soient valables, quel serait le régime applicable à ces intermédiaires ? Le rapport Sérusclat proposait un régime hybride<sup>359</sup> alors que la catégorie de « *personne potentielle* » apparaît plutôt comme une sous-catégorie de celles des personnes. On en revient à la *summa divisio* et à ce que soutient Madame Bertrand-Mirkovic c'est-à-dire qu'il ne peut exister d'intermédiaire. En l'espèce précisément, être une « *personne potentielle* », c'est être une

<sup>357</sup> Moretti J.-M., Dinechin O. (de), *Le défi génétique*, Le Centurion 4<sup>e</sup> édition, juillet 1987, p. 52.

<sup>358</sup> Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, n° 1404 Assemblée Nationale et n° 232 Sénat, 18 mars 1999.

<sup>359</sup> Sérusclat F., *Les sciences de la vie et les droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française ?*, Economica, 1992, p. 133 : « *un juste milieu entre dénier à l'embryon humain tout statut personnel et conférer à une cellule la même dignité morale qu'à un être conscient et raisonnable (ce qui) revient en pratique, pour les autorités, commissions et comités de sages institués ad hoc, à dire de façon pragmatique ce qui est interdit et ce qui est permis* ».

personne. Puisqu'on ne peut être une demi personne il faut bien reconnaître que dans *personne potentielle* il y a le vocable *personne*. Cette expression fait donc référence à la catégorie des personnes, strictement opposée à celle des choses.

**143. Explication du choix de la fausse neutralité et, en conséquence, de la potentialité.** Le Comité Consultatif National d'Ethique, malgré la qualification de personne humaine potentielle, « *dénonce le risque de dérives qu'entraînerait la réification de l'embryon humain* »<sup>360</sup>. En effet, une des principales raisons pour lesquelles on ne légifère pas à ce sujet est qu'on préfère entretenir l'hypocrisie d'une fausse neutralité plutôt que d'avoir à reconnaître toute réification de l'embryon ou *a contrario* toute personnification. Pourtant, certaines dispositions législatives tendent davantage à réifier l'enfant à naître, considéré comme un produit et assimilable à une chose. Certaines institutions ont de ce fait pris le parti de qualifier l'embryon humain de personne humaine potentielle, rappelant une certaine éventualité de l'existence future de celle-ci.

**144.** Dans ce contexte, la jurisprudence doit interpréter les textes flous, imprécis voire silencieux afin de rendre des décisions de justice sur des cas concrets. Ainsi, ils vont ériger des solutions contradictoires frôlant l'incohérence et devoir user de subterfuges juridiques pour parvenir à une jurisprudence ordonnée.

## **Section 2. Le défaut de statut légal de l'embryon : la difficulté d'organiser une protection jurisprudentielle de l'enfant conçu**

**145.** Devant la défaillance du législateur, c'est à l'autorité judiciaire de « prendre le relais » afin de résoudre les affaires qui s'offrent à elle, dans la mesure où il est difficile de savoir si les textes visant la personne et ceux visant l'être humain sont applicables à l'enfant conçu. Dans la plupart des cas, les juges doivent examiner si l'embryon est visé par l'article 2 de la Convention EDH<sup>361</sup>, demandant un effort d'interprétation considérable. Ou encore de se prononcer sur le Pacte de 1966 sur la protection de la vie humaine dès son commencement, servant principalement de fondement aux solutions rendues. Ainsi, pour savoir si l'embryon

---

<sup>360</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 67, *L'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, 18 janvier 2001.

<sup>361</sup> La Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, article 2 qui correspond au droit à la vie : « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi (...) ».



est visé par ces différents textes, le juge judiciaire a visiblement opté pour le critère déterminant de la viabilité (§1). Les juridictions de droit public se préoccupant principalement du sort de l'embryon *in vitro* (§2).

### **§1. Le critère déterminant du juge judiciaire : la condition de viabilité**

**146.** « Dans le sein de sa mère, l'enfant n'a point encore de personnalité juridique. Mais s'il naît vivant et viable, il sera rétrospectivement considéré comme étant déjà né, en tant au moins que son intérêt l'exige (...) en vertu de cette fiction, l'enfant simplement conçu jouit d'une capacité juridique provisoire, subordonnée quant à ses effets définitifs, à sa naissance en vie et avec viabilité »<sup>362</sup>. Le juge judiciaire cherche à appliquer une législation incohérente à des cas concrets. Pour savoir quel statut juridique correspond à l'enfant conçu, le juge civil dispose depuis 1994 de l'article 16 du Code civil comme fondement principal de ses décisions<sup>363</sup>. Ceci étant insuffisant, le juge civil a donc amorcé l'existence d'une condition de viabilité, sorte de seuil temporel entre la chose et la personne (A). Celle-ci est ensuite mise en œuvre par le juge pénal comme critère déterminant les frontières de la personnalité humaine (B).

#### **A. La position des juges civils sur la détermination du droit à la vie et le statut de l'enfant à naître : la formulation de la condition de viabilité<sup>364</sup>**

**147.** En droit civil des personnes il faut se référer aux articles 16 et suivants du Code civil issus des premières lois de Bioéthique du 29 juillet 1994<sup>365</sup>. En ne définissant pas l'embryon, le législateur refuse de lui accorder une personnalité juridique. Ainsi, « *par le jeu des classifications* »<sup>366</sup> l'embryon est une chose. La jurisprudence choisit majoritairement la condition de la viabilité, et tant que l'individu n'est pas né, vivant et viable, il ne sera pas considéré comme une personne. Néanmoins, il peut bénéficier de façon rétroactive de cette

---

<sup>362</sup> Aubry et Rau, *Droit civil français*, Tome 1, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 7<sup>e</sup> édition par André Ponsard, 1964, p. 362.

<sup>363</sup> En effet, ce sont les premières lois *Bioéthique* qui ont permis la consécration de la protection de la personne humaine et de son corps dans le droit français en instituant les articles 16 et suivants dans le Code civil.

<sup>364</sup> À propos de la viabilité, une partie de la doctrine est favorable à sa disparition, estimant que « la notion de viabilité ne devrait avoir aucun avenir en droit pénal, elle devrait disparaître du droit civil », Philippe C., « La viabilité... encore. À propos d'un projet de loi tendant à assurer la protection de l'enfant à naître », RDSS 2003, p. 316.

<sup>365</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

<sup>366</sup> Neirinck C., « L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique », Petites affiches, 9 mars 1998, n° 29, p. 4.

personnalité juridique depuis sa conception. C'est ce qu'on appelle le concept de *l'infans conceptus*, principe général du droit. Certains auteurs pensent donc qu'il perd cette qualité de personne s'il ne naît pas. La naissance constitue alors une condition suspensive à la nature de l'embryon. En effet, on ne peut envisager que l'enfant à naître ait des droits ; dans le cas de l'embryon congelé par exemple, qui les exercerait en son nom ? Attribuer une personnalité juridique à un sujet de droits qui ne disposerait d'aucun droit propre à lui pourrait risquer la création d'une sous catégorie de sujets de droits et de sous personnes<sup>367</sup>. Ainsi, cet adage permet d'anticiper sa personnalité si et seulement si l'enfant conçu naît viable.

**148.** Tout d'abord et concernant les décisions sur la détermination du point de départ du droit à la vie prévu par l'article 2 de la Convention EDH et de ses bénéficiaires, le tribunal de grande instance de Montpellier est amené à statuer sur la question le 15 décembre 1989. Le juge estime en l'espèce que « *la Convention ne donne pas une définition précise de la personne, ou de la vie, la seule certitude étant qu'elle n'implique pas un droit à la vie absolu pour le fœtus* »<sup>368</sup>. Le tribunal considère que le fœtus n'est pas un être visé par l'article 2 de la Convention EDH. Seulement voilà, qu'en est-il de l'embryon ?

De surcroît, à propos de cette négation d'un droit absolu à la vie, bénéficie-t-il alors d'un droit à la vie relatif ou ce droit lui est-il complètement inconnu voire inexistant pour cet être ?

Ensuite et concernant les solutions applicables à l'enfant à naître, le tribunal de grande instance de Rennes le 30 juin 1993 a énoncé que « *l'œuf fécondé congelé n'est pas sujet de droit par rapport à ses géniteurs* »<sup>369</sup> et déboute de sa demande la requérante qui voulait se prévaloir d'une autorité parentale sur un œuf fécondé par fécondation *in vitro* (FIV). Ainsi, « *de ce que l'embryon n'est pas sujet de droit, il résulte pour le tribunal que l'embryon n'est pas une personne mais seulement un être vivant* »<sup>370</sup>. De plus, « *la question posée au tribunal n'est pas de savoir si l'embryon, même congelé, est un être vivant, titulaire d'un droit à la vie et par suite déjà doté d'une personnalité. Cette question ne se poserait que si le CECOS envisageait de supprimer purement et simplement l'organisme conçu par les époux* ». Et de poursuivre, la convention portant sur la congélation de l'œuf fécondé « *n'est alors licite que*

---

<sup>367</sup> Neirinck C., « L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique », Petites affiches, 9 mars 1998, n° 29, p. 4.

<sup>368</sup> Tribunal de grande instance de Montpellier, 15 décembre 1989, J.C.P., 1990.II.21556, note J.-P. Gridel.

<sup>369</sup> Tribunal de grande instance de Rennes, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 30 juin 1993, Mme O. c/ CECOS de l'Ouest.

<sup>370</sup> Bertrand-Mirkovic A., *La notion de personne, Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM, 2003, 472 p.

*si cet œuf fécondé n'est pas une personne humaine* »<sup>371</sup>. Le juge en l'espèce finit par éviter la question en considérant que de toutes façons la convention ne prévoyait pas le transfert de l'œuf fécondé. Alors, la question de ces conventions apparaît incohérente : on laisse les gens signer de telles conventions, qui prévoient la congélation en vue de l'implantation ultérieure d'œufs fécondés par FIV. Cependant le tribunal estime que ces contrats ne sont licites que s'ils ne portent pas sur des œufs contenant des personnes humaines. Or, le résultat d'une FIV avec des ovocytes et spermatozoïdes humains ne peut être qu'un embryon. Ainsi, si la condition de licéité de ces contrats ne concerne que l'œuf fécondé qui ne serait pas une personne humaine, alors soit l'embryon ne sera jamais considéré comme une personne humaine car ces conventions existent en grand nombre et concernent des futurs embryons humains – puisqu'elles sont faites pour conserver des zygotes qui auront vocation à devenir des êtres humains et dès leur naissance des personnes juridiques. Soit, ces conventions sont toutes illicites si on reconnaît que l'œuf fécondé est déjà une personne humaine.

**149.** En conséquence, préciser que l'œuf fécondé ne doit pas être une personne humaine pour affirmer la licéité de la convention, revient à nier l'humanité même du zygote et peut être par extension la qualité de personne humaine de l'embryon. Quoi qu'il en soit, le tribunal en l'espèce semble affirmer que « *l'œuf humain fécondé n'est pas une personne* »<sup>372</sup>, empêchant ainsi le transfert d'embryon *post mortem* et l'exercice d'une autorité parentale par la mère sur un œuf fécondé dont le géniteur est décédé. Cette solution sera reprise par la Cour d'appel de Toulouse le 18 avril 1994 qui précise que « *aucun texte ni aucun principe de notre droit positif ne [rend] l'embryon congelé titulaire de droits* »<sup>373</sup>. Ainsi, le transfert d'embryons *post mortem* avant les lois de bioéthique était prohibé du simple fait que le « produit » concerné n'était pas sujet de droit.

**150.** Les premières lois de bioéthique du 29 juillet 1994 donnent lieu à la création de l'article 16 du Code civil<sup>374</sup>, consécration légale ultime de la primauté de la personne, de sa dignité et de la protection du corps humain. L'ensemble de ces questions est susceptible de revêtir un aspect pénal selon une évolution particulière.

---

<sup>371</sup> Tribunal de grande instance de Rennes, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 30 juin 1993, Mme O. c/ CECOS de l'Ouest.

<sup>372</sup> Tribunal de grande instance de Rennes, 30 juin 1993, JCP G, 1994.II.22250, note C. Neirinck, p.5.

<sup>373</sup> Cour d'appel de Toulouse, 18 avril 1994, JCP G, n° 30, 26 juillet 1995, II 22472, note C. Neirinck, « Le transfert d'embryons post mortem avant les lois bioéthiques ».

<sup>374</sup> 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* », issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

## **B. Les décisions casuelles du juge pénal relatives aux bénéficiaires du droit à la vie : la mise en œuvre de la condition de viabilité**

**151.** Le droit pénal s'intéresse moins à la personnalité juridique qu'à la qualité de personne humaine. Mais la protège-t-il ? Dans le Code pénal, un chapitre est relatif aux « atteintes à la personne » qui ne mentionne jamais l'embryon. Ainsi, la tentation de lui appliquer les textes relatifs au droit à la vie est bien réelle pour le juge<sup>375</sup>. Or, le législateur distingue être humain et personne humaine dans le Code civil en son article 16 : l'être humain semble être ce qui désigne l'embryon, sans trancher sur sa qualification. Le caractère absolu du droit à la vie n'a jamais été consacré au profit de l'embryon. De son côté, la protection pénale s'avère limitée et ne permet pas de dire si le législateur a entendu donner une définition ou une orientation quant à la nature juridique de l'embryon. Cependant, le Code contient un dernier livre concernant les « *autres crimes et délits* », dont un chapitre sur les « *infractions en matière de santé publique* » qui comprend lui même une section à propos d'une protection spéciale de l'embryon. En effet, les dispositions pénales prévoient la sanction du trafic d'embryons et de toutes les techniques scientifiques et génétiques ayant pour objet d'obtenir ou de conserver des embryons et cellules souches embryonnaires quand elles ne sont pas prévues par la loi ou qu'elles le sont dans des conditions différentes. Elles limitent ensuite l'exploitation des embryons en interdisant l'expérimentation et font de la production d'embryons humains à des fins de recherche, expérimentation, industrielles ou commerciales, une infraction pénale<sup>376</sup>. En apparence, les articles ne mentionnent que l'embryon dans la mesure où la section lui est consacrée : le droit pénal étant d'interprétation stricte, *quid* du fœtus en ce domaine ?<sup>377</sup> Pourquoi l'embryon bénéficierait-il d'une protection pénale légale alors que le fœtus est plus proche de la naissance ? Le fœtus serait-il occulté par le droit pénal ?

**152.** Tout d'abord et concernant le statut de l'enfant conçu, la Cour d'appel de Riom a rendu une décision en date du 7 septembre 1995 dans laquelle elle mentionne l'embryon dans un champ lexical voisin de celui emprunté par le Comité Consultatif National d'Ethique en

---

<sup>375</sup> Et surtout, « *la tentation est forte d'aligner sur la personne au sens où l'entendent les civilistes la personne objet du délit d'homicide involontaire* », Sainte-Rose J. in « Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », Dalloz 2011, p. 2917.

<sup>376</sup> En ce sens, se référer aux articles 511-15 à 511-25-1 de la section « *protection de l'embryon humain* » appartenant au chapitre relatif aux « *infractions en matière d'éthique biomédicale* » du Livre V du Code pénal.

<sup>377</sup> Neirinck C., « L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique », Petites affiches, 9 mars 1998, n° 29, p. 4.

1984. En effet, c'est à l'occasion de ce premier avis que le Comité s'était prononcé en faveur d'un statut spécial de l'embryon, sans l'expliquer ni même en faire découler un régime particulier : celui de personne potentielle. Un an après les premières lois *Bioéthiques*, la Cour parle de « *personne humaine en devenir* »<sup>378</sup>. Ainsi, en ne lui reconnaissant qu'une qualité *en devenir*, l'embryon en l'espèce n'est pas protégé. En conséquence, le fœtus n'est protégé que par le principe du respect du à l'être humain.

**153.** De plus, les juridictions nationales ne peuvent pas lui garantir la protection de l'article 2 de la Convention et en l'espèce, l'interruption volontaire de grossesse est légale dans les conditions fixées par la loi qui l'encadre depuis 1975. Puis, la Cour d'appel de Versailles continue en mars 1996 en affirmant que « *l'embryon ne saurait, en l'état actuel du droit, être considéré comme une personne humaine titulaire de droits subjectifs propres et exclusifs* ». Cet arrêt se fonde sur la distinction personne humaine et personne humaine en devenir, « *la loi de 1975 (...) n'a pas donné la qualité de personne humaine au fœtus mais a seulement posé le principe du respect de l'être humain* »<sup>379</sup>. En l'espèce, le juge pénal reconnaît que l'embryon est un être humain mais pas une personne humaine. Les textes relatifs à l'être humain lui sont donc applicables alors que ceux concernant la personne humaine ne le sont pas. La négation du statut de personne humaine à l'embryon se poursuit quand la Cour d'appel de Caen, le 11 mars 1996 décide que : « *le fœtus ne saurait être assimilé à la notion de personne* »<sup>380</sup>. En l'espèce, le juge judiciaire encore une fois lui refuse la qualité de personne humaine notamment parce qu'il ne lui appartient pas de faire la loi mais uniquement de l'appliquer. Ainsi, il ne prend pas position sur ce qu'est l'enfant à naître, mais estime seulement qu'au regard de la législation en vigueur à l'époque, il ne peut assimiler le fœtus à une personne.

**154.** Ensuite, à la fin des années 1990, une affaire mettant en scène une femme enceinte d'un fœtus de vingt semaines dans un accident de la route devient grave et importante. En effet, la requérante va épuiser les recours nationaux devant lesquels elle n'obtiendra pas gain de cause. Cet échec face aux juridictions françaises l'enverra directement

---

<sup>378</sup> Cour d'appel de Riom, 7 septembre 1995, cité par Crim. 27 novembre 1996, n° 5130, Bull. crim., n° 431 : « *l'embryon humain, qui n'a pas la qualité de personne humaine, mais seulement celle de « personne humaine en devenir* » ».

<sup>379</sup> Cour d'appel de Versailles, 8 mars 1996, cité par Crim. 5 mai 1997, Bull. crim., n° 158.

<sup>380</sup> Cour d'appel de Caen, 11 mars 1996, cité par Crim. 2 avril 1997.

à Strasbourg, devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>381</sup>. La décision la plus intéressante est peut être celle qui provoque une rupture avec les précédentes, à savoir, celle de la Cour d'appel de Lyon en date du 13 mars 1997 pour laquelle les textes « *reconnaissent l'existence, pour toute personne, et notamment l'enfant, d'un droit à la vie protégé par la loi* »<sup>382</sup>, et inclut l'enfant conçu, encore *in utero*. Et de poursuivre, écartant la condition de viabilité : « *la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé que l'enfant naisse vivant et viable, du moment qu'il est en vie lors de l'atteinte qui lui est portée* », car « *la viabilité lors de la naissance, notion scientifiquement incertaine, est de surcroît dépourvue de toute portée juridique, la loi n'opérant aucune distinction à cet égard* ». La Cour retient alors l'homicide involontaire du médecin sur l'enfant conçu, pour la première fois. Alors que le tribunal avait dit que le fœtus de vingt semaines n'était pas une personne, se basant sur la viabilité établie au delà de six mois et que l'infraction n'était donc pas constituée, la Cour infirme le jugement en ce qu'il ne retient pas l'homicide involontaire sur le fœtus. En effet, par le jugement infirmé datant du 3 juin 1996, sur le délit d'atteinte involontaire à la vie sur le fœtus, le tribunal s'exprima dans les termes suivants : « *la question posée au tribunal est de savoir si l'infraction d'homicide involontaire ou d'atteinte involontaire à la vie est constituée lorsque l'atteinte à la vie concerne le fœtus, si le fœtus de 20 à 21 semaines constitue une personne humaine (autrui au sens de l'article 221-6 du code pénal)* ». La question posée par le tribunal est la suivante : « *à quel stade de maturité l'embryon peut-il être considéré comme une personne humaine ?* »<sup>383</sup>. Afin de statuer, le juge pénal commence son raisonnement par un extrait de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse qui énonce que « *la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie* »<sup>384</sup>. Puis, il trouve logiquement son fondement suivant avec l'article 16 du Code civil issu des premières lois *bioéthiques*<sup>385</sup> qui assure la primauté de la personne humaine sans en définir les contours. D'après le juge, il faut donc s'en tenir aux connaissances scientifiques acquises. De ce fait, il est établi que la

---

<sup>381</sup> A propos de la dignité et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme v. notamment Marguénaud J.-P., « Principe de dignité et Cour Européenne des Droits de l'Homme », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 235-246.

<sup>382</sup> Cour d'appel de Lyon, 13 mars 1997, D., 1997.557, note E. Serverin.

<sup>383</sup> Jugement du tribunal correctionnel de Lyon du 3 juin 1996.

<sup>384</sup> Loi dite Veil n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, article 1 : « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie », devenu l'article L. 2211-1 du Code de la santé publique qui reprend à la lettre 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 tout être humain dès le commencement de sa vie ».

<sup>385</sup> Article 16 du Code civil issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ».

viabilité du fœtus est fixée à six mois, en aucun cas dans l'état actuel des connaissances à vingt ou vingt-et-une semaines. Le tribunal s'estime incompétent pour légiférer là où le législateur lui-même n'a encore rien créé. En conséquence, il retient qu'un fœtus de vingt à vingt-et-une semaines n'est pas viable et qu'il n'est pas une personne, « *autrui* »<sup>386</sup> au sens des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal<sup>387</sup>. Le délit d'homicide ou d'atteinte involontaires à la vie sur un fœtus de vingt à vingt-et-une semaines n'étant pas établi, la requérante obtient gain de cause devant la Cour d'appel de Lyon en 1997.

**155.** Enfin, la chambre criminelle de la Cour de cassation le 30 juin 1999 dans sa décision *Golfier* casse l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il reconnaît l'homicide involontaire du fœtus<sup>388</sup>. En effet, le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel ne reconnaît « *pas de faute ayant provoqué la mort "d'autrui"* » et d'ajouter en l'espèce que « *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 d'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus* »<sup>389</sup>. Après cette ultime décision et ayant épuisé tous les recours internes, la requérante se tourne vers la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Vo contre France* en 2004<sup>390</sup>. La question de savoir si un fœtus peut être victime d'un homicide involontaire sera reposée de nombreuses fois au juge judiciaire à l'occasion d'espèces voisines. Ainsi, reprenant dans les mêmes termes la solution retenue dans l'arrêt *Golfier* par la Chambre criminelle, les différents juges vont considérer à plusieurs reprises qu'« *il ne saurait y avoir d'homicide involontaire sur un fœtus* », comme le titre le recueil Dalloz à propos d'une nouvelle solution rendue en ce sens par la Cour en 2002<sup>391</sup>.

Pour observer rapidement le constat établi sur la récurrence de cette solution, en 2001, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation refuse à nouveau de reconnaître l'homicide

---

<sup>386</sup> Article 221-6 du Code pénal qui prévoit que « *le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende* ».

<sup>387</sup> Tribunal correctionnel de Lyon, Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies, Bull. mensuel n° 39, p. 9062.

<sup>388</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 30 juin 1999, Bull. crim., n° 174.

<sup>389</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 30 juin 1999, Rec. Dalloz, 1999, 710, note D. Vigneau.

<sup>390</sup> CEDH, gr. ch., *VO contre France* ?, 8 juillet 2004 : « *il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Conv. EDH* ».

<sup>391</sup> « *Il ne saurait y avoir d'homicide involontaire sur un fœtus* », Recueil Dalloz, note sous Crim. 25 juin 2002, 2002, p. 3099.

involontaire d'un fœtus *in utero*<sup>392</sup>. Puis, en 2002, la Chambre criminelle une nouvelle fois conclut à la négation de l'homicide involontaire dans la mesure où l'enfant n'avait pas « *vu le jour* »<sup>393</sup>. Enfin, en 2004 le juge persiste dans cette voie, l'enfant n'étant pas *né, vivant et viable*<sup>394</sup>. Ceci n'a rien de surprenant dans la mesure où « *la règle de l'indifférence de la vie in utero a déjà été affirmé à plusieurs reprises par la Cour de cassation* »<sup>395</sup>.

La condition de viabilité est de ce fait, bel et bien imposée ; déjà en 1998 quand la Cour d'appel de Metz<sup>396</sup> retenait que « *pour qu'il y ait « personne », il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non encore décédé* »<sup>397</sup>. Ainsi et dans ces conditions, si l'enfant est né puis décédé, l'homicide involontaire doit être retenu. En effet, puisque l'enfant doit être né, vivant et viable c'est bien sa naissance et donc l'acquisition de la personnalité juridique qui détermine la reconnaissance de l'infraction. L'enfant à naître n'est donc toujours pas considéré comme appartenant à la catégorie des personnes, ni comme « *autrui* » au sens du Code pénal. Ce pourquoi en 2003, la Chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît l'homicide involontaire sur la personne de l'enfant. En l'espèce, une femme accidentée donne naissance, après césarienne, à un garçon qui vit une heure. Puisque l'enfant est né, le délit d'homicide involontaire est constitué<sup>398</sup>. Il y a homicide involontaire lorsque la mère, enceinte de huit mois au moment de l'accident, a donné naissance à un enfant qui est décédé une heure après suites aux dommages subis au moment de l'accident. Cet arrêt constitue une rupture avec les précédents dont il se distingue notamment dans les faits ; l'enfant étant né il a donc déjà existé, même si ce n'est qu'une heure durant, la condition de viabilité est en l'espèce remplie. Il entérine et scelle l'exigence de viabilité déterminée par le juge judiciaire qui, pour

---

<sup>392</sup> Cour de cassation, Assemblée plénière, 29 juin 2001 : « *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 d'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus* ».

<sup>393</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 juin 2002, Rec. Dalloz, 3099, Note J. Pradel : « *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 d'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus* ».

<sup>394</sup> Cour de cassation, crim. 4 mai 2004 : « *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 d'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus* ».

<sup>395</sup> Pradel J., « La mort du fœtus, le délit d'homicide involontaire et les hésitations de la Cour de cassation », Dalloz, 2004, p. 3097, sous Crim. 4 mai 2004.

<sup>396</sup> L'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 est celui sur lequel se fonde le pourvoi du 29 juin 2001 devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

<sup>397</sup> Cour d'appel de Metz, 3 septembre 1998, JCP G., 2000.II.10231, note Fauré ; *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, Bull. n° 87, p. 7838.

<sup>398</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 2 décembre 2003, Rec. Dalloz, 2004, 449, Note J. Pradel.



la première fois, statue en ce sens à l'encontre d'un automobiliste<sup>399</sup>, ayant pour habitude de refuser catégoriquement de *traiter*<sup>400</sup> l'enfant à naître comme une personne ou autrui au sens du Code pénal<sup>401</sup>. La viabilité est sans nul doute, le critère, l'outil qui a permis au droit français et surtout au juge judiciaire de contourner le silence d'un législateur défaillant.

Ce critère déterminant engendre la distinction suivante : soit la mère accouche d'un enfant mort-né, auquel cas – et selon les jurisprudences rendues autour du début des années 2000 – l'auteur ne peut être poursuivi sur le chef d'homicide involontaire, dans la mesure où l'enfant à naître n'est pas concerné par cette infraction ; soit, la mère met au monde un enfant vivant au moins un temps, quel qu'il soit, qui décèdera des suites de l'accident dont il a été victime. Ainsi, les juges ne s'intéressent pas au moment de la commission de la faute mais plutôt à celui de la réalisation du préjudice. De ce fait, si la mort survient avant la naissance, l'individu est pénalement considéré comme n'ayant jamais existé en tant que personne et l'homicide involontaire ne saurait être retenu ; dans le cas contraire, la naissance d'un enfant, en vie, permet de reconnaître la culpabilité de l'auteur du délit d'homicide involontaire sur cette personne<sup>402</sup>. Dès lors deux remarques à propos de cette viabilité imposée, qui se montre à la fois sévère et source d'inégalités, à la fois pour la famille de la victime et pour l'auteur de l'infraction quand elle est constituée. D'abord pour la famille, quand la mort de l'enfant à naître survient *in utero* et donc avant la naissance, non seulement cette famille estime avoir perdu un enfant, mais en plus l'homicide involontaire ne sera pas retenu. Ensuite pour l'auteur de l'infraction et quand celle-ci est constituée, c'est-à-dire quand l'enfant naît et décède des suites de l'acte litigieux. En effet, l'auteur a « *intérêt pénalement à la mort immédiate ou du*

---

<sup>399</sup> Pradel J., « Violences involontaires sur femme enceinte et délit d'homicide involontaire », Dalloz, 2004, p. 449, sous Crim. 2 décembre 2003.

<sup>400</sup> L'utilisation du verbe « traiter » est importante car le Professeur Malaurie écrivait que « *la question n'est pas de savoir si l'embryon est ou non une personne mais s'il doit être traité comme une personne ou comme une chose* », in *Cours de droit civil, les personnes, les incapacités*, Cujas, 3<sup>ème</sup> édition, 1994, n° 25.

<sup>401</sup> Voir aussi l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 13 décembre 2011 dans lequel l'homicide *in utero* d'un fœtus qui naît puis décède est caractérisé.

<sup>402</sup> En l'espèce, il existe toutefois une décision exceptionnelle du tribunal correctionnel de Tarbes rendue en 2014 qui semble inédite et isolée. V. Dionisi-Peyrusse A., *Actualités de la bioéthique*, AJ Famille, 2014, p. 145 : mentionne une jurisprudence en date du 4 février 2014 rendue par le tribunal correctionnel de Tarbes (v. T. corr. Tarbes, 4 février 2014, n° 12021000029) qui « *a condamné un automobiliste pour homicide involontaire sur un fœtus conformément aux réquisitions du parquet qui a considéré que le fœtus était viable et qu'il n'était "mort que du fait de l'accident"* ». Ainsi, cette décision constitue une exception dans la mesure où le juge reconnaît l'homicide involontaire du fœtus du fait de l'accident en raison de sa viabilité alors même qu'il n'est pas né et n'était donc pas non plus vivant. Le seul caractère viable aurait suffi à ce juge pénal pour constater l'homicide involontaire du fœtus du fait de l'accident. Toutefois, le ministère public a interjeté appel de la décision et l'affaire a été rejugée par la cour d'appel de Pau le 5 février 2015 (v. Pau, ch. corr., 5 février 2015, n° 14/00480) qui a refusé d'étendre la qualification d'homicide involontaire à l'enfant à naître : v. Mirkovic A., « Homicide involontaire : refus de l'extension au cas de l'enfant à naître », Dalloz, 19 février 2015, p. 378.

*moins avant la naissance* »<sup>403</sup>, afin d'éviter une condamnation. *De facto*, on s'aperçoit que deux auteurs d'une même infraction sont traités différemment par l'autorité judiciaire selon le moment du décès de l'individu concerné : celui dont l'acte a pour conséquence l'accouchement d'un enfant mort-né ne se verra pas accusé d'homicide involontaire. *Quid* du caractère raisonnable de cette décision de condamner un tiers quand la mort survient après la naissance alors qu'il n'y a pas de répression en cas de mort *in utero* ?

**156.** Le juge judiciaire opte pour la condition de viabilité pour déterminer le droit à la vie de l'embryon. C'est dans des termes différents que les juridictions de droit public se penchent sur la question du sort de l'embryon *in vitro*.

## **§2. Le sort de l'embryon *in vitro* devant les juridictions de droit public**

**157.** Le Code de la santé publique n'envisage l'embryon que sous les angles de l'interruption volontaire de grossesse et de l'assistance médicale à la procréation. Ces thèmes demeurent non traités ici dans la mesure où, l'interruption volontaire de grossesse correspond à une atteinte autorisée à la vie, en procédant notamment à une mise en balance des intérêts de la femme future mère et de l'enfant à naître. L'assistance médicale à la procréation ne sera évoquée sommairement que plus tard à l'occasion des différents diagnostics existants qui peuvent être associés à des pratiques eugéniques. Toutefois, les juges administratif et constitutionnel ont à se positionner à propos des bénéficiaires de certains textes visant l'ensemble des êtres humains voire la personne humaine et à propos notamment de la constitutionnalité des lois et donc de celles de bioéthique. Néanmoins, ces juridictions s'attachent particulièrement au sort de l'embryon *in vitro*, étant celui qui pose le plus de problèmes éthiques. Ainsi, le juge administratif procède, à une déqualification de l'embryon *in vitro* (A) tandis que le Conseil constitutionnel se range du côté du législateur dans le cadre du contrôle de constitutionnalité qu'il opère sur les lois de bioéthique et notamment sur les dispositions relatives à la dignité et aux embryons *in vitro* (B).

---

<sup>403</sup> Pradel J., « Violences involontaires sur femme enceinte et délit d'homicide involontaire », Dalloz, 2004, p. 449, sous Crim. 2 décembre 2003.

## A. La déqualification de l'embryon conçu *in vitro* par le juge administratif

158. De son côté, le juge administratif a été amené à plusieurs reprises à statuer sur la question de l'embryon et des bénéficiaires de l'article 2 de la Convention EDH<sup>404</sup> qui prévoit le droit à la vie pour toute personne, ainsi que de l'article 6 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques<sup>405</sup>. Les textes n'ayant pas prévu plus de précisions quant aux individus visés, c'est à la jurisprudence de se prononcer voire de les interpréter. Là où le juge judiciaire a décidé de prendre les textes incomplets à la lettre, ne se risquant pas à outrepasser ses compétences, le juge administratif a rendu une solution identique à deux arrêts, totalement différente de ce qui a pu être décidé par l'autre ordre juridique. Aussi, c'est notamment dans deux arrêts du début des années 1990 que le Conseil d'Etat prend position sur le statut de l'embryon. En effet, il affirme que la Convention EDH et le Pacte international signé à New York en 1966 visent l'embryon humain<sup>406</sup>. En ce sens que l'embryon humain doit bénéficier du droit à la vie tel que proclamé par l'article 2 de la Convention EDH et de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ainsi, selon le Conseil d'Etat en 1990 l'embryon, en bénéficiant de l'application de l'article 2, est reconnu comme appartenant à la catégorie des personnes.

159. Par ailleurs, la Cour administrative d'appel de Douai, le 6 décembre 2005 a été saisie d'une question portant sur les embryons *in vitro*<sup>407</sup>. Selon les juges du fond, ils ne sont « *ni des êtres humains, ni des produits humains ayant le caractère de chose sacrée ou présentant une valeur patrimoniale* ». Cette fois, le juge administratif répond par la négative, sans plus de précision. Toutefois, au vu de la double négation à la fois d'être humain et de produit à caractère sacré et par extension, il est possible d'en déduire que la Cour refuse de leur attribuer le statut de personne. La solution est rendue à propos des embryons conçus *in vitro*, mais qu'en est-il des embryons humains quand ils sont le résultat de la rencontre

---

<sup>404</sup> La Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, article 2 qui correspond au droit à la vie et mentionne deux points : 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. 2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

<sup>405</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 6, 1<sup>er</sup> alinéa : « *le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie* ».

<sup>406</sup> Conseil d'Etat, 21 décembre 1990, D. 1991.283 ; Rec. Lebon, p. 369, concl. Stirn.

<sup>407</sup> Cour administrative d'appel de Douai, 6 décembre 2005, AJDA, 2006, 442, Concl. R. Le Goff.

naturelle des gamètes de l'homme et de la femme ? Le juge administratif aurait-il rendu la même décision s'il avait du se prononcer sur le sort des embryons *in utero* ?

160. De son côté, le Conseil constitutionnel, à l'occasion des contrôles de constitutionnalité des lois de Bioéthique, a eu à se positionner sur la constitutionnalité des dispositions relatives à l'embryon *in vitro*.

### **B. L'alignement du juge constitutionnel sur les dispositions législatives relatives à l'embryon conçu *in vitro***

161. À l'occasion des premières lois de bioéthique en 1994, le Conseil constitutionnel, a été saisi pour contrôler leur constitutionnalité. En effet, à propos du texte dans son intégralité et plus précisément à propos des dispositions relative à l'embryon et à sa conception *in vitro*<sup>408</sup>, « *les députés auteurs de la saisine soutiennent que cette dernière disposition porte atteinte au droit à la vie des embryons qui, selon eux, possèdent dès la conception tous les attributs de la personne humaine* »<sup>409</sup>. Ce à quoi le Conseil leur répond qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur* »<sup>410</sup>, les dispositions auxquelles il est fait référence prévoient ainsi « *que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable* »<sup>411</sup>. Par cette décision, le Conseil constitutionnel valide la constitutionnalité de la loi *Bioéthique*<sup>412</sup>. Par ailleurs, il participe également à la protection d'un législateur prudent et

---

<sup>408</sup> Par conception *in vitro* il faut entendre toutes les techniques permettant de concevoir un enfant de façon non naturelle, c'est-à-dire provoquée, à savoir : l'assistance médicale à la procréation, la fécondation *in vitro* et l'insémination artificielle.

<sup>409</sup> Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 à propos de la loi relative au respect du corps humain et 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>410</sup> Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 à propos de la loi relative au respect du corps humain et 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>411</sup> « *Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* de nombreuses garanties ; que cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons* ».

<sup>412</sup> Voir en ce sens : Mathieu B., « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », D. 1995. 237.

ne va pas à son encontre, se déclarant incompétent pour remettre en cause les dispositions législatives de 1994 qui renoncent à faire de l'embryon *in vitro* un bénéficiaire des textes visant l'être humain, comme l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1975<sup>413</sup>, voire la personne humaine, comme le prévoit l'article 16 du code civil, institué par la loi litigieuse en l'espèce. Pour le Conseil, l'embryon est traité par le législateur de 1994 comme un « *non être humain* »<sup>414</sup> qui ne serait même pas digne de respect<sup>415</sup>. Le problème réside dans cette déqualification. En effet, en étant considéré comme un « non être humain » ou un « sous être humain », l'embryon *in vitro* ne représente que du matériel biologique. Monsieur Edelman dénonce le comportement du Conseil à son égard, le traitant comme un « *paria* »<sup>416</sup> de la société, un être volontairement exclu de la dimension humaine, étranger à toute humanité. La critique est lourde, mais ce sont évidemment les conséquences de telles dispositions relatives à l'utilisation de l'embryon *in vitro* qui sont ici visées. Déjà en 1995 Monsieur Edelman accusait la sphère scientifique de vouloir jouer avec la vie humaine, pour la vie humaine. Evidemment, certains d'entre nous ont eu le désir criant d'avoir fréquemment recours à ce matériau biologique précieux, et ce plus d'une fois depuis le milieu des années 1990...

**162.** D'après le Conseil constitutionnel encore, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi du 6 août 2013<sup>417</sup>, l'embryon aurait finalement droit au respect de sa dignité. Il est toutefois regrettable qu'il entretienne la distinction selon laquelle l'embryon *in utero*, comparé à celui conçu *in vitro*, bénéficie d'une protection juridique par la seule raison qu'il est lié, dès son premier jour, au corps de la femme. La loi de 2013 est déclarée constitutionnelle, aucune de ses dispositions ne portant atteinte au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine<sup>418</sup>. Sans véritablement lui donner de statut ni

---

<sup>413</sup> Loi dite Veil n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse qui précisait en son article 1<sup>er</sup> aujourd'hui abrogé que « *la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie* ».

<sup>414</sup> Edelman B., « Le conseil constitutionnel et l'embryon », D. 1995. 205. Monsieur Edelman va même jusqu'à faire un parallèle avec l'esclavage, ressuscité par le Conseil à cette occasion : « *le Conseil a créé une sous-catégorie d'êtres humains, ressuscitant ainsi une forme inédite d'esclavage* ».

<sup>415</sup> Le respect est à l'être humain, ce que la dignité est à la personne. « *Le respect serait une sorte de prédignité* », Edelman B., « Le conseil constitutionnel et l'embryon », D. 1995. 205.

<sup>416</sup> Edelman B., « Le conseil constitutionnel et l'embryon », D. 1995. 205.

<sup>417</sup> Conseil constitutionnel décision n° 2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013, loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

<sup>418</sup> V. le considérant n° 17 de la décision n° 2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013, loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

reconnaître de personnalité humaine à cet individu, incontestablement humain, le Conseil précise que le principe de dignité est applicable aux dispositions relatives à l'embryon<sup>419</sup>.

### **163. L'assimilation de l'embryon à la personne juridique par le droit français.**

Deux choses doivent être relevées. D'une part, le droit français semble entretenir une confusion entre personnalité juridique et personnalité humaine et ce notamment avec la condition de viabilité utilisée par le juge judiciaire. En effet, en affirmant que l'enfant à naître ne devient « *une personne humaine qu'après la naissance* »<sup>420</sup>, le juge se calque sur la personnalité juridique afin de déterminer le point de départ de la personnalité humaine. Malgré les différences qui demeurent entre la personnalité juridique<sup>421</sup> et la personnalité humaine, si, selon le Doyen Carbonnier, « *la personne, c'est l'être humain, tel que le droit le prend en considération* »<sup>422</sup> c'est bien la preuve que le droit choisit de calquer la régime de la personne humaine sur celui de la personnalité juridique, optant pour la même condition de naissance. De plus, il faut reconnaître que les textes relatifs à l'enfant à naître apparaissent ambigus en ce qu'ils lui attribuent parfois le statut de chose<sup>423</sup> et parfois la qualité de personne humaine<sup>424</sup>.

D'autre part, les lois de bioéthique protègent l'embryon qu'elles considèrent parfois comme une personne humaine. Finalement, à la lecture des textes et notamment de la Convention d'Oviedo, les manipulations génétiques sont freinées par le rempart que forme le principe de dignité humaine. Or, les manipulations génétiques ont de meilleurs résultats si elles sont pratiquées sur des cellules embryonnaires que sur des cellules adultes. À l'inverse de la stricte interprétation de la loi pénale qui empêche de faire appliquer les textes visant « *autrui* » à l'enfant à naître, il faut procéder à une interprétation large des lois de bioéthique. C'est peut être la lecture qu'a préféré le Conseil constitutionnel quand il a déclaré constitutionnelle la loi de 2013 modifiant sans précédent la recherche sur l'embryon ; conciliable avec le principe de dignité et applicable à l'embryon. Cette approche permet de conclure que ces lois font application de la dignité humaine à l'enfant à naître quand leurs dispositions prévoient la protection de l'embryon et des cellules souches embryonnaires par le

---

<sup>419</sup> Voir le considérant n° 18 de la décision n° 2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013, loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

<sup>420</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 25 juin 2002, Rec. Dalloz, 2002, p. 3099.

<sup>421</sup> La personnalité juridique fait de l'être humain un sujet de droit, capable de droits et d'obligations.

<sup>422</sup> Carbonnier J., *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 21<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 11.

<sup>423</sup> Notamment quand les lois de bioéthique permettent son utilisation et le qualifient de produit du corps humain.

<sup>424</sup> Notamment par le fait que les lois *Bioéthique* érigent en frein ultime aux manipulations génétiques la dignité de la personne humaine.

biais des diverses interdictions relatives à certaines manipulations. En refusant lesdites manipulations, elles ont également pour objectif d'assurer une protection pérenne de la dignité de la personne. En les interdisant sur les cellules souches embryonnaires, le droit positif fait l'aveu d'une reconnaissance de personnalité humaine à l'embryon, qui demeure en principe intouchable, sauf dérogations légales. On peut considérer que la dignité est ici envisagée comme la justification des interdictions relatives aux manipulations génétiques. En conséquence, le droit français se sert de la dignité humaine comme rempart au développement de la science et des techniques sur l'homme.

**164.** Toutefois, comme il a déjà été énoncé, les lois de bioéthique connaissent des évolutions et il se trouve que la recherche reste le domaine dans lequel la loi progresse. En effet, dans les années 2000, le législateur passe d'un principe d'interdiction quasi absolue de mener des recherches sur l'embryon à un principe d'interdiction assorti de dérogations sous conditions, pour enfin arriver en 2013 à un principe d'autorisation conditionnée, dans le but de permettre le développement de certaines recherches fondamentales pour l'humanité.

## Conclusion du chapitre premier

**165.** Le législateur ni aucune autre institution ne détermine légalement ou de façon réglementaire le statut juridique officiel, clair et précis de l'embryon humain. L'enfant conçu n'est donc pas reconnu explicitement comme appartenant aux personnes ou aux biens.

Toutefois, malgré un législateur prudent, la jurisprudence a dégagé certains critères d'appartenance à l'une ou l'autre des catégories, se référant à l'enfant à naître. Il en ressort que le statut de l'embryon n'est pas déterminé légalement mais que la jurisprudence française a laissé libre court à son interprétation. Le juge judiciaire impose une condition de viabilité *sine qua non* à la reconnaissance de l'homicide involontaire du fœtus et à l'application du terme « autrui ». Le juge administratif déqualifie l'embryon *in vitro* et le juge constitutionnel semble vouloir appliquer la dignité à l'embryon sans lui reconnaître de statut. Pourtant, la jurisprudence, d'une manière générale, entretient un parallèle entre les personnalités juridique et humaine. L'embryon ne peut donc être une personne. Ainsi, l'enfant conçu, s'il appartient à une catégorie juridique, n'étant pas une personne, est une chose.

**166.** L'enfant conçu n'est toutefois pas dépourvu de protection juridique. La dignité est le socle de la bioéthique et figure dans tous les textes fondateurs d'un droit de la bioéthique. De plus, elle est intégrée à toutes les réflexions relatives à la bioéthique et à la vie humaine que ce soit au stade de la conception ou après la naissance. Enfin, le droit parle de dignité humaine, intrinsèquement liée à l'humanité. Le droit de la génétique doit donc trouver un point de rencontre entre dignité et génétique. Pour l'heure, il se contente de mettre en œuvre une protection jurisprudentielle de l'embryon en vertu de son humanité et non de sa qualité de personne humaine.





## Chapitre 2. La recherche sur l'embryon humain : du principe d'interdiction absolue au principe d'autorisation encadrée

**167. Les intérêts présentés par la recherche sur l'embryon.** L'homme est le matériau de recherche le plus utile et efficace que la science puisse connaître. En menant des recherches et expériences directement sur la matière humaine, on se rend compte de certains résultats et développements qui nous auraient échappés si les recherches avaient été menées sur l'animal uniquement. La réaction de l'homme, à une expérimentation ayant pour but de s'appliquer sur l'homme, est effectivement la meilleure des preuves permettant de valider un projet scientifique, d'obtenir de meilleurs résultats et de meilleures orientations pour corriger le tir en cas d'échec... La science s'aperçoit que l'idéal pour modifier un génome, ou pire, le patrimoine génétique de l'humanité, est d'intervenir au tout début de la formation de l'humanité c'est-à-dire à l'embryon et les cellules souches embryonnaires<sup>425</sup>. Mais qu'est-ce que la recherche sur l'embryon humain ? D'après la doctrine, cette discipline regroupe des « *activités diverses qui vont de l'observation à l'expérimentation, qui ont pour conséquence de détruire ou non l'embryon, qui se définissent eu égard aux objectifs recherchés* »<sup>426</sup>. Les chercheurs peuvent donc se concentrer sur une recherche non invasive, qui consisterait seulement à observer l'embryon *in vitro* afin d'améliorer la fécondation *in vitro*, ils peuvent également mener des recherches expérimentales, plus invasives, sur des embryons surnuméraires<sup>427</sup>, ou pratiquer des manipulations non thérapeutiques comme le clonage reproductif ou constituer des embryons chimériques<sup>428</sup>. L'objectif poursuivi par la recherche sur l'enfant non né est double<sup>429</sup>. Ainsi, il peut être « *cognitif* », c'est-à-dire que la recherche

---

<sup>425</sup> Le terme de cellule souche embryonnaire est utilisé pour désigner « *les lignées immortelles qui sont obtenues après la mise en culture du bouton embryonnaire du blastocyste* ». Pour plus d'informations à propos des cellules souches humaines, voir l'article, très scientifique et très bien expliqué à l'aide de schémas illustratifs, Coulombel L., « Cellules souches humaines : de quoi parle-t-on ? », RGDM n° 29, 2008, pp. 17-34.

<sup>426</sup> Arnal F., Humeau C., *Les médecins de la procréation*, Paris, Odile Jacob, 1994, p. 359, cité par Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001, p. 277.

<sup>427</sup> Une technique invasive consiste à examiner au microscope, injecter un produit chimique ou non pour observer la réaction du métabolisme ou encore pratiquer une « *micro-manipulation* » pour améliorer un diagnostic préimplantatoire, in Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001, p. 277.

<sup>428</sup> L'article L. 2151-2 du Code de la santé publique, issu de la loi de 2011, dispose que « *la création d'embryons transgéniques ou chimérique est interdite* ».

<sup>429</sup> Recommandation 1110 (1989) de l'Assemblée parlementaire sur l'utilisation des embryons et fœtus humains dans la recherche scientifique, adoptée le 2 février 1989, se montre assez favorable au développement de la recherche sur l'être humain non né et énumère les recherches qu'elle considère comme bénéfiques. On aurait pu lui reconnaître une légère conception utilitariste de l'embryon humain quand elle affirme que « *l'embryon humain, bien qu'il se développe en phases successives indiquées par diverses dénominations, manifeste aussi une différenciation progressive de son organisme et maintient néanmoins en continuité son identité biologique et*

consiste seulement à mener des observations et des expérimentations relatives à l'embryologie ; cet objectif peut également être thérapeutique et consister alors à étudier la stérilité, les maladies concernant des organes vitaux tels que le cerveau ou le foie ou des pathologies curables par le biais de greffe et de manipulations génétiques<sup>430</sup>.

**168.** La Convention d'Oviedo du 4 avril 1997<sup>431</sup>, enfin ratifiée par la France le 13 décembre 2011<sup>432</sup>, assure la primauté de l'être humain sur la science<sup>433</sup>. Son article 18 prohibe la constitution d'embryons humains aux fins de recherche, laissant par ailleurs aux Etats la marge de manœuvre nécessaire quand ils acceptent la recherche sur l'embryon *in vitro* pour assurer à celui-ci une protection adéquate<sup>434</sup>, sans porter atteinte à la dignité humaine.

En France, la réglementation relative à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires connaît une lente évolution en faveur de la science<sup>435</sup>. En effet, sous l'égide de la loi de 1994, mener des recherches sur l'embryon humain est interdit, les intérêts de l'humanité primant sur la liberté de la recherche (section 1). Les lois de bioéthique organisent leur propre révision. Ainsi, elles prévoient de répondre à une adaptation aux évolutions scientifiques tous les cinq ans, « *sans pour autant muter en un simple transcritteur au service de la science. L'idée était de ne pas devenir un outil rigide attaché à des règles dépassées* »<sup>436</sup>. Avec un retard de cinq ans sur la révision de la loi prévue tous les cinq ans, le régime connaît plusieurs évolutions progressives d'abord en 2004 avec la possibilité temporaire d'obtenir une dérogation dans un contexte exceptionnel afin de pouvoir mener des recherches sur un embryon humain ; puis en 2011, avec la pérennisation de ce régime

---

*génétique* ». Pour autant, le point 3.I de la Recommandation précise que « *l'embryon et le fœtus humains doivent être traités dans le respect de la dignité humaine* ». La recherche sur l'embryon apparaît alors compatible avec la protection de la dignité humaine.

<sup>430</sup> Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001, p. 278.

<sup>431</sup> Convention sur la protection des droits de l'Homme et la dignité de la personne à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite aussi Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine.

<sup>432</sup> Binet J.-R., « Ratification de la Convention d'Oviedo : la fin d'une longue attente », JCP G n° 1-2, 9 janvier 2012, 3 ; Mirkovic A., « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », D. 2012, p. 110 ; Bacache M., « Convention d'Oviedo. Décret n° 2012-855 du 5 juillet 2012 portant publication de la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997 (JO 7 juillet 2012, p. 11138) », RTD civ., 2012, p. 785.

<sup>433</sup> Article 2 de la Convention d'Oviedo, 4 avril 1997 : « *L'intérêt et le bien être de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science* ».

<sup>434</sup> Article 18 de la Convention d'Oviedo, 4 avril 1997 : « 1. *Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon. 2. La constitution d'embryons aux fins de recherche est interdite* ».

<sup>435</sup> Gonçalves B., « Recherche sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », in *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 223-231 : v. « B. *L'autorisation progressive de la recherche sur l'embryon* ».

<sup>436</sup> Réa V., *La liberté de recherche en matière de bioéthique*, Thèse de droit public, Lyon, 2009, p. 271.

déroatoire, maintenant toutefois l'interdiction pour principe. Le développement de la science et des techniques biomédicales et génétiques avançant, les arguments en faveur d'une inversion du principe se multipliant, le législateur cède en faveur d'un compromis alliant dignité et génétique. En effet, d'après la loi de 2013, le principe d'interdiction subit une mutation pour devenir un principe d'autorisation sous conditions (section 2), gardant à l'esprit l'évolution progressive entre 2004 et 2011 et reprenant peu ou prou les anciennes conditions déroatoires. Le droit positif montre que la dignité est aujourd'hui incluse dans un compromis, un équilibre entre le développement de la science et la liberté de la recherche et le respect du à tout être humain dès le commencement de la vie, qui fait office de principe de dignité humaine appliqué à l'enfant à naître<sup>437</sup>.

### **Section 1. Le régime originel d'interdiction de principe des recherches sur l'embryon**

**169.** À l'origine et dès les lois *Bioéthique* de 1994, l'utilisation des embryons à des fins de recherches est interdite (§1) en raison de leur qualité d'êtres humains. En effet, les premières lois de bioéthique sont à l'origine de l'insertion de l'article 16 dans le Code civil qui assure la primauté de la personne en vertu de sa dignité et de son humanité et ce « *dès le commencement de sa vie* »<sup>438</sup>. Seules les manipulations à des fins thérapeutiques et de diagnostics étaient envisagées, notamment par le biais du diagnostic prénatal et du diagnostic préimplantatoire dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation<sup>439</sup>. Le droit français refuse de porter atteinte à l'humanité de l'enfant à naître au regard du respect imposé dès le commencement de la vie par le Code civil. Cependant, le développement des biotechnologies étant considérable et la pression sociale faisant, certains réclament un régime d'autorisation pour pouvoir notamment accélérer la recherche sur les cellules souches embryonnaires et développer le traitement de certaines maladies dégénératives et génétiques. De ce fait, en

---

<sup>437</sup> Le droit ne peut pas reconnaître expressément le statut de personne de l'embryon, confondant encore personnalité humaine et personnalité juridique. De ce fait, il est actuellement assimilé à une personne, étant considéré comme personne potentielle puisqu'en devenir, en développement. Ainsi, la dignité étant celle de la « personne humaine », pour pouvoir offrir à l'enfant à naître une protection digne de ce nom, on se sert de l'article 16 du Code civil pour décortiquer la composition de la dignité humaine. Dans ce contexte, le respect du à tout être humain dès le commencement de la vie est envisagé comme corollaire de la dignité, applicable à l'embryon humain.

<sup>438</sup> Article 16 du Code civil tel qu'il a été rédigé par la première loi du 29 juillet 1994 : « *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* ».

<sup>439</sup> La seconde loi du 29 juillet 1994 encadre la procédure d'assistance médicale à la procréation, précisant notamment dans l'article L. 152-3 qu'« *un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 152-2. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des deux membres du couple* ».

2004 la nouvelle loi de bioéthique amorce un compromis. En effet, le législateur français décide de maintenir le principe d'interdiction de mener des recherches sur l'embryon tout en l'assortissant d'exceptions. À ce titre naît le régime dérogatoire d'autorisations sous conditions (§2), pérennisé par la loi de 2011.

### **§1. Le principe initial d'interdiction quasi absolue des recherches sur l'embryon *in vitro***

170. À partir de 1988, et notamment dans le rapport Palacios sur « *la recherche scientifique relative à l'embryon et au fœtus humain* », on discute à propos de deux positions : soit l'embryon est un être humain, destiné à devenir une personne qu'on doit respecter, soit il n'est qu'un « *amas de cellules* »<sup>440</sup>, alors pourquoi l'entourer de précautions, pourquoi ne pas utiliser ses cellules souches, pourquoi ne pas en créer à des fins scientifiques et industrielles<sup>441</sup> ? Quant au rapport Lenoir, il ne s'intéresse qu'à l'originalité des recherches qu'on peut effectuer sur l'embryon *in vitro* et se borne à les encadrer, tranchant alors le débat en faveur de la protection de l'humanité de l'embryon<sup>442</sup>. En 1994, les lois de bioéthique intègrent dans le Code civil le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie<sup>443</sup>. Dans le Code de la santé publique elles en tirent la conséquence que la recherche sur l'embryon humain devait être interdite car son humanité commandait de ne pas le considérer comme un matériau d'expérimentation<sup>444</sup>. Une exception est faite selon le juge administratif à propos des cellules souches pluripotentes<sup>445</sup>. Quand une association entend faire annuler une autorisation d'importation de cellules souches, car les embryons ne sauraient

---

<sup>440</sup> V. notamment Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 35.

<sup>441</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 13 septembre 1988, Doc. 5943, Commission de la science et de la technologie, Rapport Palacios sur « *la recherche scientifique relative à l'embryon et au fœtus humain* ».

<sup>442</sup> Lenoir N., *Aux frontières de la vie : pour une démarche française en matière d'éthique bio-médicale*, Paris, 1991, p. 72 : « *le respect de la vie humaine exige le respect d'au moins trois principes éthiques : non production d'embryons pour la seule recherche ; non réimplantation d'embryons ayant fait l'objet d'une expérimentation ; consentement des géniteurs à l'utilisation des embryons pour la recherche* ».

<sup>443</sup> Voir article 16 du Code civil.

<sup>444</sup> *Conseil d'Etat, La révision des lois de bioéthique, mai 2009, La Documentation française, p. 13 ; Comité Consultatif National d'Éthique, avis n° 105, Questionnement pour les Etats généraux de la bioéthique, 9 octobre 2008, p. 5.*

<sup>445</sup> D'après *Le Larousse médical* de 2012, une cellule est la structure de base du corps. C'est le plus petit élément ayant les attributs de la vie. La cellule souche est celle qui est à l'origine de toutes les autres cellules. Il y a différents types de cellules souches dont celles dites « *normales* » qui sont celles du premier stade embryonnaire, quand l'œuf fécondé s'est divisé en deux à cinq jours pour former le blastocyste, dont les cellules sont pluripotentes, puis au fur et à mesure du développement embryonnaires, deviennent multipotentes et se spécialisent en lignée susceptible de générer différents tissus. Contrairement aux cellules adultes, voilà pourquoi les cellules souches embryonnaires intéressent tant la communauté scientifique.

être traités comme des marchandises, on lui répond qu'à ce stade ils ne sont que des choses, des sortes de souris de laboratoire<sup>446</sup>.

171. Or, l'embryon ne doit pas être considéré comme un simple matériau de laboratoire, ni utilisé par les chercheurs et scientifiques comme un simple produit de recherche, parce qu'il est humain et que son humanité est garantie par la dignité. Cet argument a servi de rempart à la recherche sur l'embryon, justifiant le fait qu'une réification de celui-ci demeure insupportable pour l'ensemble de l'humanité, conduisant à l'interdiction absolue de mener des recherches pour éviter tout risque d'instrumentalisation de la vie humaine (A). Mais il semblerait que le législateur fasse davantage preuve de prudence, dans la mesure où la seconde justification de cette interdiction, trouve son fondement dans les dérives scientifiques et éthiques que pourrait engendrer la recherche sur l'embryon comme le recours à une pratique eugénique ou un procédé de clonage, incompatibles avec la dignité humaine (B).

#### **A. La dignité humaine, rempart à l'instrumentalisation de la vie humaine**

172. Initialement et dès les premières lois *Bioéthique* du 29 juillet 1994, la recherche sur l'embryon est interdite. Néanmoins, une précision nuancée doit être apportée dans la mesure où sont autorisées les recherches qui offrent un avantage à l'embryon *in vitro* ou qui participent à l'amélioration de l'assistance médicale à la procréation<sup>447</sup>. Le droit fait preuve d'intolérance et de rigidité face à la science notamment du fait de l'influence de la conception judéo-chrétienne qui ne cesse de planer sur la société actuelle. Le législateur se sert alors de la dignité pour interdire toute recherche sur l'embryon humain<sup>448</sup>.

---

<sup>446</sup> Tribunal administratif de Paris, 21 janvier 2003, AJDA 2003, p. 1563, note S. Hennette-Vauchez : « *Les cellules souches pluripotentes d'origine humaine sont des cellules issues du corps humain, dont l'importation est soumise à autorisation du ministre de la Recherche. En revanche, elles ne peuvent être regardées comme des embryons et, par conséquent, les dispositions du Code de la santé publique prohibant l'expérimentation sur l'embryon ne leur sont pas applicables* ».

<sup>447</sup> L'article R. 152-8-1 du Code de la santé publique, créé par le décret n°97-613 du 27 mai 1997 - art. 1 JORF 1er juin 1997 et abrogé par le décret 2003-462 2003-05-21 article 4 2° JORF 27 mai 2003 énonce qu' « *une étude sur des embryons humains in vitro, prévue à titre exceptionnel par l'article L. 152-8, ne peut être entreprise que si elle poursuit l'une des finalités suivantes : 1° Présenter un avantage direct pour l'embryon concerné, notamment en vue d'accroître les chances de réussite de son implantation ; 2° Contribuer à l'amélioration des techniques d'assistance médicale à la procréation, notamment par le développement des connaissances sur la physiologie et la pathologie de la reproduction humaine. Aucune étude ne peut être entreprise si elle a pour objet ou risque d'avoir pour effet de modifier le patrimoine génétique de l'embryon, ou est susceptible d'altérer ses capacités de développement* ».

<sup>448</sup> La loi de 1994 n'autorise que les études qui ne porteraient pas atteinte à l'embryon. Les cellules souches embryonnaires, dites pluripotentes, permettent de se différencier en tout type de cellules contrairement à celles

**173. Un principe d'interdiction quasi absolue selon la loi de 1994.** L'enfant à naître doit bénéficier du respect de sa vie dès son commencement et, au milieu des années 1990, ce principe entre en opposition avec l'essence même de la liberté de la recherche. Ainsi, depuis la loi de 1994, le principe de dignité demeure le principe imparable par excellence. Il suffit de le brandir pour empêcher tout acte sur le corps humain, matière sacrée... mais matière pleine de ressources et de richesses dont la science nécessite afin de poursuivre son développement. Opposée à n'importe quelle manipulation génétique, la dignité sert de bouclier à la recherche sur l'embryon humain afin d'éviter toute instrumentalisation de la vie humaine<sup>449</sup>. La dignité humaine impose le respect absolu de tout être humain en vertu de son humanité. L'enfant conçu, qui n'est pas considéré comme une personne juridique, est incontestablement un être humain, individu auquel on ne peut nier l'humanité. Ainsi, afin de lui garantir une protection suffisante, il doit bénéficier du respect le plus total<sup>450</sup>. Le caractère vulnérable de l'embryon lui vaut une protection renforcée. Dans ces conditions, le législateur frileux et mal à l'aise face aux questions scientifiques à caractère génétique, opte pour un régime d'interdiction *a priori* stricte et utilise la dignité humaine de l'embryon pour contrer un éventuel utilitarisme inapproprié<sup>451</sup>.

Pour ce faire, la première loi du 29 juillet 1994<sup>452</sup> prévoit une série d'interdictions liées aux manipulations concernant l'embryon humain, bénéficiant d'une surprotection. Le texte prévoit l'insertion d'un titre « *infractions en matière de santé publique* » dans le Code pénal comportant un chapitre relevant des « *infractions en matière d'éthique biomédicale* » qui garantit la protection de l'espèce humaine, du corps humain et de l'embryon humain.

---

prélevées sur un adulte, appelées cellules souches adultes, présentées comme une alternative à l'utilisation des embryonnaires mais qui toutefois permettent moins de découvertes scientifiques, étant des matières « limitées » qui ne se différencient pas en n'importe quel type de cellule humaine.

<sup>449</sup> L'archevêque de Paris, Monseigneur Vingt-Trois, met en garde contre cette éventuelle instrumentalisation de la vie humaine en comparant l'être humain et l'animal. Il arrive trop tard car ce discours date de 2011, alors que la loi de 2004 avait déjà entamé le processus en autorisant des dérogations en ce domaine. Il s'indigne de constater que les animaux connaissent, au niveau européen, une protection plus importante que les embryons humains : « *la levée de l'interdiction habituelle des recherches provoquant la destruction des embryons humains ouvrirait largement le champ à une instrumentalisation de l'être humain, au moment même où la Commission européenne travaille à la protection des embryons des animaux, ce qui constitue un sinistre paradoxe ! (...)* Faut-il donc imaginer que des lobbies économiques évaluent que la recherche sur l'être humain est plus rapide et moins coûteuse que les expérimentations animales ? » (Le lundi 23 mai 2011, Cardinal André Vingt-trois, Archevêque de Paris, Président de la Conférence des Evêques de France).

<sup>450</sup> Au titre du principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie.

<sup>451</sup> « *La dignité humaine de l'embryon doit être prise en compte pour contrebalancer toute position qui serait totalement utilitariste* », Byk C., « La recherche sur l'embryon humain », JCP G, 1996, n° 29, 3949, p. 296.

<sup>452</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

Concernant ce dernier, les manipulations, utilisations et conceptions d'embryons humains sont érigées en infractions pénales et de ce fait, sanctionnées de façon radicale et générale<sup>453</sup>.

174. La seconde loi du 29 juillet 1994<sup>454</sup> insère dans le Code de la santé publique le pendant des infractions pénales prévues par la première loi bioéthique de ce 29 juillet puisque « *la conception in vitro d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite* ». Et d'ajouter, sans équivoque, que « *toute expérimentation sur l'embryon est interdite* »<sup>455</sup>. À chaque interdiction légale correspond sa sanction pénale. Or, la loi reste imprécise quant au sort des cellules souches embryonnaires<sup>456</sup> et la problématique relative aux embryons surnuméraires n'est pas encore soulevée en 1994. Ainsi, c'est la jurisprudence qui se positionne sur la question de la nature des cellules souches embryonnaires afin de savoir si les dispositions relatives à l'embryon humain s'appliquaient à leur cas. En 2002, le Conseil d'Etat ordonne la suspension pour quatre mois de la décision ministérielle autorisant un laboratoire à procéder à des recherches sur des cellules souches humaines d'origine embryonnaire importées, en raison du doute sérieux pesant sur la légalité de cette décision au regard de l'article L. 2141-8<sup>457</sup> et de l'urgence<sup>458</sup>. La Cour administrative d'appel de Paris le 9 mai 2005<sup>459</sup> confirme le jugement du tribunal administratif de Paris du 21 janvier 2003<sup>460</sup> estimant que dans la mesure où les cellules souches ne sont pas des embryons, la décision ministérielle n'entre pas en contradiction avec les dispositions interdisant la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation.

---

<sup>453</sup> L'article 511-17 du Code pénal condamne la conception d'embryon à des fins industrielles et commerciales : « *le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.* L'article suivant, 511-18 sanctionne la conception à des fins de recherche ou d'expérimentation « *le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende* ».

<sup>454</sup> Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 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>455</sup> Article L. 152-8 du Code de la santé publique sous l'égide de la législation de 1994.

<sup>456</sup> C'est la loi de 2004 qui introduit la réflexion à propos des cellules souches embryonnaires, pourtant connues depuis le tout début des années 1990. Voir en ce sens, Pedrot P. et Pauvert B., « La législation applicable aux cellules souches embryonnaires », LPA, 18 février 2005, n° 35, p. 77.

<sup>457</sup> Ancien article L. 152-8 abrogé par la loi de 2004 et devenu L. 2141-8 du Code de la santé publique : « *un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles* ».

<sup>458</sup> Conseil d'Etat, 13 novembre 2002, *Assoc. Alliance pour les droits de la vie*, Req. n° 248310 : Lebon 393.

<sup>459</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 9 mai 2005, *Assoc. Alliance pour les droits de la vie*, req. n° 03PA00950, Rec. Dalloz, 2006, Panorama, 1207, Obs. J.-C. Galloux.

<sup>460</sup> Tribunal administratif de Paris, 21 janvier 2003, *Assoc. Alliance pour les droits de la vie*, AJDA 2003. 1563, note Hennette-Vauchez.



**175. Les exceptions au régime d'interdiction.** La loi de 1994 reste imprécise quant à la distinction sur la nature *in vitro* ou *in utero* de l'embryon visé par l'article L. 152-8<sup>461</sup>. Pourtant, ce même article prévoit des exceptions à son principe concernant des « études », et non pas des recherches, pouvant être menées sur l'embryon *in vitro*<sup>462</sup>, puisque l'alinéa cible « leurs embryons », on en déduit qu'il s'agit d'embryons *in vitro*. De plus, la loi de 1988<sup>463</sup> qui encadre la recherche biomédicale, prévoit des exceptions à ce principe, dans le cadre des « études » menées sur l'embryon *in utero*, via la protection de la femme enceinte. Ainsi, le principe d'interdiction issu de la loi de 1994 est assorti d'exceptions concernant certaines « études » et l'embryon *in vitro*. Il doit de surcroît être combiné avec les exceptions prévues par les anciens articles L. 209-2<sup>464</sup> concernant la recherche avec bénéfice individuel direct et L. 209-4<sup>465</sup> à propos de la recherche sans bénéfice individuel direct sur l'embryon *in utero*<sup>466</sup>. Le principe est bel et bien celui de l'interdiction, mais des exceptions existent en réalité avant l'apparition de la loi de 2004, sous formes d'« études » qui ne devraient jamais lui porter atteinte, mais seulement favoriser la femme enceinte ou l'enfant à naître en elle. Pour revenir sur l'instrumentalisation de la vie humaine, refusée par le législateur, elle est discutable après cet éclaircissement dans la mesure où, concernant l'embryon *in vitro*, certains pourraient y voir une réification de l'enfant conçu, détaché du corps de la femme. Assortir l'article L. 152-8 d'« exceptions » tendant à mener des « études » sur l'embryon *in vitro* peut donc paraître contradictoire.

---

<sup>461</sup> L'article L. 152-8 du Code de la santé publique tel qu'il est rédigé par le législateur de 1994 précise, après l'interdiction de la recherche et l'expérimentation, qu'« à titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Leur décision est exprimée par écrit. Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon ».

<sup>462</sup> L'article L. 152-8 nouveau du Code de la santé publique en 1994 précise, après avoir érigé l'interdiction de la recherche sur l'embryon en principe, « à titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Leur décision est exprimée par écrit. Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon ».

<sup>463</sup> Loi Huriet-Sérusclat n° 88-1138 du 20 novembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale.

<sup>464</sup> Article abrogé au 22 juin 2000, issu de la loi de 1988, disposant qu'« aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain [\*conditions d'expérimentation\*]: - si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ; - si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ; - si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition ».

<sup>465</sup> Article abrogé au 22 juin 2000, issu de la loi de 1988, disposant que « les recherches sans bénéfice individuel direct sur les femmes enceintes, les parturientes et les mères qui allaitent ne sont admises que si elles ne présentent aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ou celle de leur enfant, si elles sont utiles à la connaissance des phénomènes de la grossesse, de l'accouchement ou de l'allaitement et si elles ne peuvent être réalisées autrement ».

<sup>466</sup> Pour plus de précisions quant au régime des recherches avec ou sans bénéfice sur l'embryon *in vitro* ou *in utero* issu des lois de 1988 et 1994, voir Byk C., « La recherche sur l'embryon humain », JCP G, 1996, n° 29, 3949, p. 293-297.

176. Dès 1997, le Comité Consultatif National d'Ethique<sup>467</sup> s'est prononcé en faveur d'une évolution des lois de 1994 et de la modification de cet article L. 152-8 du Code de la santé publique interdisant la recherche sur l'embryon. L'ouverture évoquée par le Comité « *s'inscrit dans une finalité thérapeutique nouvelle et met en balance l'intérêt d'une communauté de malades et celui de l'embryon* »<sup>468</sup>. Toute la question éthique qui se pose est de parvenir à un équilibre de deux objectifs : « *le respect du commencement de la vie et l'amélioration du sort des malades* »<sup>469</sup>, tout cela au regard de la dignité humaine et en prévention des dérives dangereuses pour l'Humanité à savoir l'organisation de la sélection des personnes.

177. L'instrumentalisation de la vie humaine peut passer par d'autres procédés tout aussi dangereux pour l'homme, aux influences considérables sur l'avenir de l'espèce humaine et donc de l'humanité. La dignité forme un rempart contre une autre forme d'instrumentalisation de la vie humaine et légitime le refus catégorique d'organiser la sélection des personnes.

## **B. La dignité humaine, rempart aux dérives**

178. Les limites à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires sont le clonage et l'eugénisme. L'embryon doit bénéficier d'une protection parce qu'il représente la vie humaine<sup>470</sup>. Ouvrir la recherche, pour certains, contribuerait à envisager la survenue de ces types de dérives qui pourraient s'avérer dramatiques pour l'espèce humaine et, ainsi, l'humanité entière. En effet, le clonage et les pratiques eugéniques pourraient rapidement être pratiqués si la législation sur la recherche était trop permissive. Néanmoins, en maintenant les interdictions relatives à ces deux pratiques de manipulations génétiques, les risques apparaissent moins évidents. Il suffit de verrouiller la loi et les conditions dans lesquelles la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires peut être menée pour que ce risque soit minimisé.

---

<sup>467</sup> Comité Consultatif National d'Ethique avis n° 53 du 11 mars 1997 sur la Constitution de collections de cellules embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

<sup>468</sup> Sureau C., « Des fœtus oubliés, des embryons méconnus », *Responsabilité*, décembre 2005, v. 5, n° 20, pp. 28-31.

<sup>469</sup> Réa V., *La liberté de recherche en matière de bioéthique*, Thèse de droit public, Lyon, 2009, p. 272.

<sup>470</sup> « *Il est permis de considérer que l'embryon doit être protégé au nom de la personne humaine qu'il est susceptible de devenir, ou au nom de la vie humaine qu'il représente* », Mathieu B., « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », D. 1999, p. 451.

179. Ainsi, la première loi du 29 juillet 1994 insère dans le Code pénal un article garantissant la protection de l'espèce humaine en sanctionnant pénalement les pratiques eugéniques tendant à la sélection des personnes<sup>471</sup>. Sur le plan civil, cette loi assure la primauté de la personne et de son corps par la création et l'insertion dans le Code civil des articles 16<sup>472</sup> et suivants, rejetant catégoriquement le principe de l'eugénisme<sup>473</sup>. L'article 16-4 concerné apporte des précisions quant à la crainte justifiée du législateur, permettant de s'opposer à la sélection des personnes. En effet, l'argument juridique consiste à soutenir que le danger de ces manipulations génétiques réside dans la possibilité d'aboutir à la modification du génome de l'être humain et donc de sa descendance et ainsi, de mener, à terme, à la transformation de l'espèce humaine. Toute recherche qui tendrait à l'amélioration de la qualité d'un embryon présenterait des risques de dérives eugéniques<sup>474</sup>. Ici, on ne vise plus « à protéger des droits fondamentaux individuels mais l'espèce humaine »<sup>475</sup>. Quand le Conseil constitutionnel inscrit « la protection de l'intégrité de l'espèce dans la liste des principes législatifs dérivés et garants de la dignité, [cela suppose] d'ériger l'humanité ou l'espèce humaine en nouvelle figure juridique titulaire de droits »<sup>476</sup>. C'est le caractère total du bouleversement, susceptible de concerner l'humanité entière, sur le long terme, qui est la finalité absolue, le critère déterminant le fondement de cette interdiction<sup>477</sup>.

Enfin, en vertu du principe de précaution et dans le respect des générations futures, il est recommandé d'interdire les manipulations susceptibles de menacer l'espèce ou d'anéantir

---

<sup>471</sup> Article 511-1 du Code pénal « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de vingt ans de réclusion criminelle ».

<sup>472</sup> 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 ».

<sup>473</sup> L'article 16-4 du Code civil prévoit que « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».

<sup>474</sup> V. notamment Gonçalves B., « Recherche sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », in *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 217-241.

<sup>475</sup> Mathieu B., « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », D. 1999, p. 451.

<sup>476</sup> Mathieu B., « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », D. 1999, p. 451, cite la Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, D. 1999, Jur. p. 285, note P. Chrestia qui écrit qu'en l'espèce, le Conseil constitutionnel procède au rattachement de la répression des crimes contre l'humanité au principe de dignité.

<sup>477</sup> Voir aussi Mathieu B., *Des droits de l'Homme aux droits sur l'homme ou les transmutations des droits de la bioéthique*, in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 317 : « la crainte d'une société fondée sur la sélection des êtres humains et l'abandon des plus faibles aux lois de la science et d'un marché mondialisé n'a jamais été aussi forte ».

la diversité génétique<sup>478</sup>. L'homme a le devoir moral de laisser à sa descendance une humanité dont le patrimoine génétique n'aurait pas été modifié par la science.

Il faut parvenir à un équilibre pour clarifier cette relation ambivalente qui subsiste entre la recherche médicale et le droit. Le but étant d'éviter de tomber dans des excès tels qu'encouragés par l'un des pères de la bombe atomique et créateur de la bombe à hydrogène, Monsieur Edward Teller, physicien qui considérait que « *l'homme technologique doit produire tout ce qui est possible, et il doit appliquer la connaissance acquise sans limite* »<sup>479</sup>.

**180.** Cette pensée absolutiste doit être canalisée par le droit afin que le développement scientifique ne devienne jamais absolu ni total dans le but de parvenir à un équilibre souhaitable entre la liberté de la recherche et la dignité de la personne humaine. C'est ce que réalisent les lois de Bioéthique suivantes, celles des 6 août 2004 et 7 juillet 2011.

## **§2. L'évolution partielle du principe d'interdiction**

**181.** D'abord en 2004, confirmée en 2011, la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires connaît une vaste évolution positive. La loi de 2004 maintient le principe d'interdiction mais prévoit des dérogations pour une expérimentation d'une durée de cinq ans<sup>480</sup>. Celle de 2011 pérennise le maintien d'un régime d'interdiction avec autorisations dérogatoires. Le principe de dignité est ici moins sauvegardé que dans l'hypothèse de la loi de 1994. Le fait d'assortir l'interdiction d'autorisations légales à caractère exceptionnel lance dès 2004 la machine de l'évolution progressive de la position juridique sur la recherche sur l'embryon conçu *in vitro*. La dignité humaine apparaît donc, sur ce point, affaiblie. Ce régime dérogatoire permet d'accepter la mise en œuvre de certaines recherches favorables à la communauté malade. La loi de 2004 crée une rupture avec celles de 1994 dans la mesure où elle inscrit lisiblement la distinction entre les deux catégories d'embryons : à savoir ceux conçus *in utero* et ceux conçus *in vitro*, qui connaissent des régimes juridiques différents. En effet, c'est seulement sur la catégorie *in vitro* que la loi instaure un régime d'autorisation

---

<sup>478</sup> Mathieu B., « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », D. 1999, p. 451.

<sup>479</sup> Teller E., cité par Terestchenko M., *Ethique, Science et droit*, Hachette, 1994, p. 150.

<sup>480</sup> Ceci était recommandé par Monsieur Mattéi en séance en 2002 dans le but de favoriser la recherche scientifique au profit de la liberté de la recherche : J.-F. Mattéi, 3<sup>ème</sup> séance 15 janvier 2002, JOAN CR 16 janvier 2002 : « *il faut accepter, parce que c'est un passage obligé, que, par dérogation, des recherches puissent être effectuées pendant 5 ans sur les cellules souches embryonnaires. Nous pourrions ainsi les comparer aux cellules souches adultes et guider l'orientation future de la médecine sans avoir pris de décision définitive et irréversible* ».

dérogatoire. Ce système d'équilibre entre la liberté de la recherche et le respect dû à tout être humain dès le commencement de sa vie<sup>481</sup> connaît une organisation particulière prévue par la loi de 2004 (A). De plus, la loi de 2011 maintient le régime d'interdiction et pérennise le système d'équilibre en confirmant les dérogations prévues par la loi de 2004 (B).

### **A. L'organisation d'une dérogation justifiée par l'intérêt thérapeutique de la recherche sur l'embryon *in vitro***

**182.** La loi du 6 août 2004<sup>482</sup> relative à la bioéthique, sans remettre en cause le principe d'interdiction de la recherche sur l'embryon, a ouvert une possibilité temporaire de conduire certaines recherches sur les embryons surnuméraires et les cellules embryonnaires. Ceci ne remet pas en cause l'économie générale du statut de l'embryon car elle est prévue en tant que dérogation au principe général de protection de la vie humaine dès son commencement<sup>483</sup>. Le texte met en place un système d'autorisation de la recherche par dérogation. Un moratoire de cinq ans permet alors d'obtenir la levée de l'interdiction si la recherche poursuit un objectif thérapeutique<sup>484</sup> à titre expérimental.

Elle vient compléter les anciennes lois de bioéthique qui apparaissent moins conséquentes. En effet, entre 1994 et 2004 les progrès scientifiques et le développement des biotechnologies est considérable. Le législateur de 1994 a tenté d'instaurer un équilibre entre « *la protection de l'embryon et la possibilité offerte à la science de développer ses connaissances* »<sup>485</sup> dans les limites des connaissances acquises, qui, en dix ans, ne sont vraisemblablement plus les mêmes. Cet équilibre est préconisé et amorcé depuis la fin des années 1990, à la suite des premières lois bioéthiques de 1994. En effet, le Conseil d'Etat dans son bilan sur les lois de 1994 expliquait déjà que « *le débat sur l'embryon tend de plus en plus à se poser en termes de recherche d'un juste équilibre entre deux principes éthiques essentiels : le respect de la vie dès son commencement et le droit de ceux qui souffrent à voir*

---

<sup>481</sup> La nécessité d'un système d'équilibre entre la liberté de la recherche et les limites inhérentes au principe de dignité de la personne humaine se retrouve à maintes reprises dans la doctrine. Voir en ce sens, Paricard S., « La recherche médicale et le droit : une relation ambivalente », RDSS 2009, p. 98.

<sup>482</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

<sup>483</sup> Binet J.-R., *La réforme de la loi bioéthique*, Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011.

<sup>484</sup> Par une demande d'autorisation adressée aux Ministres de la recherche et de la santé, conformément à l'article 5 du décret n° 2004-1024. Cette demande sera étudiée par un comité *ad hoc* dans un délai de 30 jours à l'issue duquel les Ministres concernés prennent un arrêté afin de signifier l'autorisation de la recherche pour une durée égale à cinq années.

<sup>485</sup> Réa V., *La liberté de recherche en matière de bioéthique*, Thèse de droit public, Lyon, 2009, p. 278.

*la collectivité entreprendre les recherches les plus efficaces possibles, pour lutter contre leurs maux* »<sup>486</sup>.

La technique biomédicale, en évoluant, engendre un développement des mécanismes juridiques et des protections relatives à la vie humaine susceptible de connaître de plus en plus de modifications en particulier causées par les interventions scientifiques et médicales sur l'homme. Le droit doit prévoir plus d'interdictions, plus de limites et de remparts aux dérives génétiques. Plus d'interdiction, sauf en matière de recherche sur l'embryon *in vitro*. Ainsi, en ouvrant sobrement la brèche de la recherche scientifique, la loi de 2004 dans son titre relatif à l'embryologie insère un chapitre à propos de l'interdiction du clonage reproductif afin de prévenir tout risque de dérive en ce domaine<sup>487</sup>, qui aide le Code civil et le domaine de la protection civile du corps humain à se compléter grâce à l'ajout d'un alinéa important. En effet, la loi de 2004 insère les interdictions relatives aux manipulations génétiques qui risquent d'entraîner des dérives dangereuses pour l'homme et l'humanité dans le Code de la santé publique<sup>488</sup>, créant ainsi le champ d'un nouveau crime contre l'espèce humaine.

**183.** La loi de 2004 procède à l'insertion dans le Code de la santé publique des articles L. 2151-1 à -8 du Code de la santé publique dont l'article L. 2151-5 qui interdit expressément la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. En revanche et pour la première fois, cette interdiction est assortie de dérogations particulières dont les conditions sont strictement énumérées<sup>489</sup> par la loi. Les besoins de la société et les volontés de la

---

<sup>486</sup> Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, 1999, La documentation française, p. 19.

<sup>487</sup> La loi de 2004 vient compléter l'article 16-4 du Code civil, issu de la première loi du 29 juillet 1994. Après le deuxième alinéa de l'article 16-4 du Code civil, il est inséré un alinéa : « *est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* ».

<sup>488</sup> Dans le Code de la santé publique est inséré l'article 16-4 du Code civil, y compris son troisième alinéa, issu de la loi de 2004 : « *est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* ». L'article L.2151-2 du Code de la santé publique précise que « *la conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite* ». Puis, l'article L.2151-3 « *un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles* ». Puis, l'article L.2151-4 « *est également interdite toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques* ».

<sup>489</sup> L'article L. 2151-5 du Code de la santé publique prévoit que « *la recherche sur l'embryon humain est interdite* ». Les dispositions législatives précisent toutefois qu'« *à titre exceptionnel, lorsque l'homme et la femme qui forment le couple y consentent, des études ne portant pas atteinte à l'embryon peuvent être autorisées sous réserve du respect des conditions posées aux quatrième, cinquième, sixième et septième alinéas* ». « *Par dérogation au premier alinéa, et pour une période limitée à cinq ans à compter de la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 2151-8, les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques. Les recherches dont les protocoles ont été autorisés dans ce délai de cinq ans et qui n'ont pu être*

communauté scientifique ont fini par avoir raison du législateur. En effet, en 2004, il prévoit diverses étapes pour instrumentaliser le corps et réifier l'embryon – ce qui était largement prohibé par les lois de 1994 qui prônent les principes indérogeables liés à la primauté du corps humain au regard des articles 16 et suivants du Code civil. Tout d'abord, la dérogation ne concerne qu'une autorisation de cinq ans et à titre expérimental. Ensuite, cette recherche doit conduire à des progrès thérapeutiques majeurs qui ne peuvent être réalisés par aucune autre méthode. La loi cible les embryons qui pourront être utilisés afin de mener ces recherches. Il s'agit uniquement des cellules souches prélevées sur des embryons humains conçus *in vitro* ; conception réalisée dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation ; ces mêmes embryons ne doivent plus faire l'objet d'un projet parental ; et le consentement du couple qui s'est lancé dans la procédure d'assistance médicale à la procréation est obligatoire<sup>490</sup>. Les embryons visés sont donc ceux qui sont tombés dans la catégorie des embryons surnuméraires<sup>491</sup>. La demande d'autorisation se fait à l'Agence de la Biomédecine

---

*menées à leur terme dans le cadre dudit protocole peuvent néanmoins être poursuivies dans le respect des conditions du présent article, notamment en ce qui concerne leur régime d'autorisation ».*

*« Une recherche ne peut être conduite que sur les embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l'objet d'un projet parental. Elle ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont ils sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Dans tous les cas, le consentement des deux membres du couple est révocable à tout moment et sans motif ».*

*« Une recherche ne peut être entreprise que si son protocole a fait l'objet d'une autorisation par l'Agence de la biomédecine. La décision d'autorisation est prise en fonction de la pertinence scientifique du projet de recherche, de ses conditions de mise en œuvre au regard des principes éthiques et de son intérêt pour la santé publique. La décision de l'agence, assortie de l'avis du conseil d'orientation, est communiquée aux ministres chargés de la santé et de la recherche qui peuvent, lorsque la décision autorise un protocole, interdire ou suspendre la réalisation de ce protocole lorsque sa pertinence scientifique n'est pas établie ou lorsque le respect des principes éthiques n'est pas assuré ».*

<sup>490</sup> C'est ce que préconisait le Conseil d'Etat en 1999, Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999 p. 26 et s.. En effet, il se prononce pour une autorisation des recherches sur les embryons surnuméraires voués à la destruction en exigeant le consentement du couple qui a demandé l'assistance médicale à la procréation. Ainsi, il propose soit une autorisation générale de toutes les recherches sur l'embryon sans la limiter dans le temps, soit une permission des recherches sur les seules cellules souches embryonnaires. Enfin, il se fonde sur les perspectives thérapeutiques nouvelles pour considérer qu'un embryon surnuméraire qui ne fait plus partie d'un projet parental peut être utilisé pour la science.

<sup>491</sup> Utiliser des embryons surnuméraires qui ne font plus l'objet d'un projet parental et qui n'ont pour seule vocation que d'être détruits, leur permet de participer utilement au progrès thérapeutique et à l'objectif de solidarité à l'égard de la communauté malade. Ce qui est une très bonne chose. V. notamment en ce sens Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 35 : à propos de l'avis n° 53 du Comité Consultatif National d'Ethique du 11 mars 1997 sur la Constitution de collections de cellules embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins thérapeutiques ou scientifiques, le Comité semble favorable à l'utilisation des embryons obtenus par assistance médicale à la procréation quand leur nombre est supérieur à celui des embryons implantés. Ce sont les embryons surnuméraires : quand ils sont abandonnés ils peuvent faire l'objet de recherches dans la mesure où ils ne correspondent plus à aucun projet parental, que les « parents » ont donné leur accord et qu'il n'y a pas de risque de modification du génome du receveur (en cas de greffe des cellules en question).

qui doit procéder à l'étude des conditions légales avant de communiquer sa décision aux Ministres chargés de la santé et de la recherche<sup>492</sup>.

**184.** De cette façon, en autorisant la dérogation sur les embryons *in vitro*, dans le cadre d'un projet parental abandonné par un couple qui aurait eu recours à une procédure d'assistance médicale à la procréation, cette loi peut être interprétée comme une norme niant le caractère inhérent de la dignité à l'humanité. En effet, l'embryon ici est « *déqualifié* », c'est-à-dire qu'on lui accorde sa dignité en fonction de la volonté d'un couple puisque « *sans projet parental, l'embryon ne pourra pas accéder à la dignité* »<sup>493</sup>. Pourtant la loi de 2004 prévoit dans le même temps un autre système de protection de la personne humaine. D'abord avec la création des crimes contre l'espèce humaine<sup>494</sup>, et c'est d'ailleurs notamment pour ces raisons que les lois de 1994 prohibaient la recherche sur l'embryon humain, se servant de la dignité comme rempart à l'instrumentalisation du vivant. Ensuite avec le diagnostic prénatal, exclusivement réservé aux couples ayant eu un enfant touché par une maladie génétique<sup>495</sup>. Il semblerait alors que, malgré certaines ambiguïtés qui demeurent, le statut de l'embryon soit défendu par la loi de 2004. L'essence même de ce texte consiste notamment à affirmer le principe de solidarité à l'égard des malades puisque le processus engagé par la loi « *consiste à autoriser l'atteinte au corps humain pour satisfaire le besoin d'autrui dans la limite, naturellement, de l'intérêt thérapeutique de cette autre personne* »<sup>496</sup>.

**185.** On semble se diriger, avec ces autorisations dérogatoires, vers une protection de l'embryon relative à sa finalité<sup>497</sup> et sa protection peut s'en ressentir amoindrie au profit de son utilisation, dans ce système de solidarité<sup>498</sup>.

---

<sup>492</sup> Les conditions et la procédure de demande d'autorisation sont prévues par l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique issu de la loi du 6 août 2004, qui prévoit en premier lieu que « *la recherche sur l'embryon humain est interdite* » et ouvre les dérogations et décrit la procédure à suivre dans les alinéas suivants.

<sup>493</sup> Réa V., *La liberté de recherche en matière de bioéthique*, Thèse de droit public, Lyon, 2009, p. 280.

<sup>494</sup> Dans le Code pénal les crimes contre l'espèce humaine concernent le clonage reproductif et l'eugénisme et la loi de 2004 prévoit que « *toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante décédée est interdite* ».

<sup>495</sup> Voir l'article L. 2131-4-1 du Code de la santé publique.

<sup>496</sup> Prieur S., « La conciliation de la protection de la personne et de l'intérêt thérapeutique d'autrui à travers le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain », RGDM, n° 17, 2005, p. 241 et s.

<sup>497</sup> Bellivier S., « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », Petites Affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 12 : « *sa nature se fonde alors avec sa finalité* ».

<sup>498</sup> Voir aussi l'argument en faveur des dérogations, justifié par le développement de la science favorable à l'homme : Mattéi J.-F., 3<sup>ème</sup> séance 15 janvier 2002, JOAN CR 16 janvier 2002 : « *il faut accepter, parce que c'est un passage obligé, que, par dérogation, des recherches puissent être effectuées pendant 5 ans sur les cellules souches embryonnaires. Nous pourrions ainsi les comparer aux cellules souches adultes et guider l'orientation future de la médecine sans avoir pris de décision définitive et irréversible* ».



## B. La pérennisation de la dérogation confirmée : la lettre de la loi du 7 juillet 2011

186. En 2011, les parlementaires sont confrontés à deux solutions : soit ils optent pour une reconduite du régime de 2004 ; soit ils inversent le principe d'interdiction pour un principe d'autorisation des recherches, assorti de plusieurs conditions. Lors de l'élaboration du projet de loi, le Comité Consultatif National d'Ethique est appelé en séance afin d'obtenir le passage à un régime d'autorisation. Le Comité se montre favorable à une autorisation de principe des recherches sur l'embryon *in vitro*<sup>499</sup>. Malgré l'article 2 de la Convention d'Oviedo<sup>500</sup>, ratifiée par l'article 1 de la loi du 7 juillet 2011 et après plusieurs débats parlementaires opposants des députés majoritairement favorables au maintien de l'interdiction et des sénateurs plutôt enclins à voter pour un principe d'autorisation, la loi *Bioéthique* de 2011 maintient l'interdiction et pérennise les dérogations. C'est donc la solution de 2004 qui est retenue, réalisant un « *équilibre entre le respect du principe de la vie dès son commencement et la possibilité de mener des recherches* »<sup>501</sup>. Enfin, cette interdiction vise les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches<sup>502</sup>.

187. Pour autant, le texte de 2011 prévoit, dans l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique, la prohibition de principe de la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches. Néanmoins, par dérogations et dans la continuité de la loi de 2004, elle est autorisée selon plusieurs conditions expressément prévues<sup>503</sup> et ne concerne que certains embryons<sup>504</sup> à l'instar de ce qui était fixé en 2004. Cet

---

<sup>499</sup> Lauriston G. (de), Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 112 du 1<sup>er</sup> décembre 2010, *Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*, RGDM n° 38, mars 2011, pp. 386-392.

<sup>500</sup> Article 2 de la Convention d'Oviedo, 4 avril 1997 : « *L'intérêt et le bien être de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science* ». Ce pourquoi une partie de la doctrine pense que la loi de 2011 est contraire aux principes fondamentaux : entre la violation de l'article 2 de la Convention d'Oviedo et la fragilisation de l'article 16 du Code civil... voir Augustin C., « La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 7 juillet 2011 », RGDM, n° 41, décembre 2011, pp. 23-24.

<sup>501</sup> Binet J.-R., *La réforme de la loi bioéthique, Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Lexis Nexis, 2012, 175 p.

<sup>502</sup> Lignées dérivées à partir d'embryons morts depuis des années, obtenues par la destruction d'un embryon.

<sup>503</sup> L'article L. 2151-5 prévoit que « *la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite. « Par dérogation au I, la recherche est autorisée si les conditions suivantes sont réunies : « 1° La pertinence scientifique du projet de recherche est établie ; « 2° La recherche est susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs ; « 3° Il est expressément établi qu'il est impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, des cellules souches embryonnaires ou des lignées de cellules souches ; « 4° Le projet de recherche et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. « Les recherches alternatives à celles sur l'embryon humain et conformes à l'éthique doivent être favorisées ».*

article précise également la procédure à suivre pour obtenir l'autorisation de cette dérogation et le suivi du processus<sup>505</sup>.

**188.** Tout d'abord, la loi de 2011 fait primer la finalité médicale du projet de recherche. En effet, les « *progrès thérapeutiques* » de 2004 sont devenus en 2011 les « *progrès médicaux majeurs* »<sup>506</sup> : notion plus large que la première. L'angle médical doit permettre de mener des recherches fondamentales<sup>507</sup>, visant au développement des connaissances. La finalité médicale correspond alors à « *l'aspect diagnostic, c'est-à-dire les*

---

<sup>504</sup> Article L. 2151-5, et de poursuivre à propos des embryons concernés : « *une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. Dans le cas où le couple ou le membre survivant du couple consent à ce que ses embryons surnuméraires fassent l'objet de recherches, il est informé de la nature des recherches projetées afin de lui permettre de donner un consentement libre et éclairé. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Dans tous les cas, le consentement des deux membres du couple ou du membre survivant du couple est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté* ».

<sup>505</sup> L'article L. 2151-5 du Code de la santé publique poursuit et finit sur « *les protocoles de recherche sont autorisés par l'Agence de la biomédecine après vérification que les conditions posées aux II et III du présent article sont satisfaites. La décision motivée de l'agence, assortie de l'avis également motivé du conseil d'orientation, est communiquée aux ministres chargés de la santé et de la recherche qui peuvent, lorsque la décision autorise un protocole, interdire ou suspendre la réalisation de ce protocole si une ou plusieurs des conditions posées aux II et III ne sont pas satisfaites. « En cas de violation des prescriptions législatives et réglementaires ou de celles fixées par l'autorisation, l'agence suspend l'autorisation de la recherche ou la retire. Les ministres chargés de la santé et de la recherche peuvent, en cas de refus d'un protocole de recherche par l'agence, demander à celle-ci, dans l'intérêt de la santé publique ou de la recherche scientifique, de procéder dans un délai de trente jours à un nouvel examen du dossier ayant servi de fondement à la décision. Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation* ».

<sup>506</sup> Claeys A., « Le rôle du parlement dans l'élaboration des lois de bioéthique », RGDM, n° 29, 2008, p. 55 : l'Office parlementaire des choix scientifique et technologiques (OPECST) du 5 décembre 2006 recommande d'ouvrir la recherche sur l'embryon pour trois raisons : « *la liberté du chercheur, qui doit savoir quelles limites la société entend fixer à son activité ; les droits des malades et des personnes handicapées à voir atténuer leurs souffrances et accroître leurs espoirs de guérison ; le respect de la personne et du corps humain* ». De plus et depuis la loi de 2004, plusieurs rapports parlementaires ont apporté la preuve scientifique que ces applications « thérapeutiques » n'étaient qu'illusoirs puisqu'hors de portée dans les années 2000. A ce titre, le député Alain Claeys, s'appuyant sur les débats de l'OPECST, trouve « *scandaleux de dire qu'aujourd'hui, la recherche sur les cellules souches embryonnaires trouvera, demain, des applications thérapeutiques. J'espère de toutes mes forces que ces recherches déboucheront en effet un jour sur des applications thérapeutiques majeures mais, aujourd'hui, l'honnêteté intellectuelle oblige à dire qu'il n'en est encore rien. Tous les scientifiques entendus le 22 novembre 2005 ont, unanimement, souligné ce point de vue* » : Claeys A., Rapport AN n° 3498, Rapport Sénat n° 101, 6 décembre 2006, p. 47. Et l'OPECST de poursuivre en 2007 : « *la notion de recherches permettant un progrès thérapeutique majeur étant inopérante devra être réexaminée, ces recherches relevant en réalité de la recherche fondamentale dont les applications sont incertaines et rarement immédiates, même si les attentes sont grandes* », devant le Sénat, le 4 décembre 2007. Documents cités par Mirkovic A., « Recherche sur l'embryon : vers la fin d'un grand gâchis éthique ? », JCP G n° 47, 16 novembre 2009, 448, p. 9. Ceci explique peut être en partie pourquoi la loi de 2011 a abandonné le terme de « *thérapeutiques* » au profit des progrès « *médicaux* ».

<sup>507</sup> En passant des progrès thérapeutiques aux progrès médicaux, « *l'objectif a été d'inclure dans la permission légale les recherches en matière de diagnostic et de prévention, et de laisser une porte ouverte à la recherche fondamentale* », Vigneau D., « La recherche sur l'embryon humain... dans les starting-blocks ! », Santé, bioéthique, biotechnologie, Rubrique personne et corps humain, 17 avril 2012.

*recherches physiopathologiques, le diagnostic des maladies et pas seulement le traitement* »<sup>508</sup>.

Ensuite, deux conditions scientifiques nouvelles apparaissent dans la loi de 2011. Premièrement, la loi évoque la « *pertinence scientifique* » du projet de recherche, qui renvoie à la qualité et au sérieux du projet. Deuxièmement, et là le caractère nouveau de la condition est à nuancer puisqu'il s'agit plutôt d'une reformulation d'une condition préexistante : pour avoir recours à des embryons humains, de la matière humaine, il faut rendre compte de l'« *impossibilité de parvenir au même résultat grâce à des cellules souches adultes ou animales* ». Cette formulation remplace en réalité l'ancienne condition légale d'« *absence de méthode alternative d'efficacité comparable* » de 2004 et concerne la méthode utilisée.

Enfin, des conditions éthiques ont été ajoutées, traduisant la volonté du législateur d'abandonner progressivement la recherche sur l'embryon. Ainsi, le texte encourage les « *recherches alternatives à celles sur l'embryon et conformes à l'éthique* »<sup>509</sup> en imposant le respect par le projet des principes éthiques. Par ailleurs, la loi de 2011 prévoit également le « *renforcement du contrôle démocratique sur l'Agence de Biomédecine* » avec l'obligation de motiver les avis<sup>510</sup> de façon sérieuse. Les personnes voulant se prêter à des recherches sur l'embryon *in vitro* doivent, aux termes de la loi de 2011, rendre un bilan complet, découlant de l'obligation de favoriser les recherches alternatives issue de la condition légale<sup>511</sup>.

**189.** Enfin, la jurisprudence est chargée de veiller au respect des conditions légales de la recherche sur l'embryon, malgré l'examen rigoureux de l'Agence de Biomédecine, dans le cadre d'un éventuel contentieux. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Paris annule en 2012 une autorisation dérogatoire relative à un protocole de recherche sur des cellules

---

<sup>508</sup> Binet J.-R., *La réforme de la loi bioéthique, Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Lexis Nexis, 2012, 175 p.

<sup>509</sup> Voir Parlement européen, *Résolution sur le commerce d'ovules humains*, 10 mars 2005 : « *l'Union devrait se concentrer sur des recherches relatives à d'autres solutions telles que celles portant sur les cellules souches somatiques ou ombilicales, que les Etats membres autorisent tous et qui ont déjà permis le traitement de patients avec succès* ».

<sup>510</sup> Binet J.-R., *La réforme de la loi bioéthique, Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Lexis Nexis, 2012, 175 p.

<sup>511</sup> Ce rapport doit présenter une évaluation de l'état d'avancement des recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, inclure un comparatif avec les recherches concernant les cellules souches adultes, les pluripotentes induites et celles issues du sang de cordon, du cordon ombilical et du placenta. Il doit enfin procéder à une étude comparative avec la recherche internationale. C'est donc un rapport très complet et précis qui est attendu de la part de l'ABM, travail laborieux pour un scientifique mais obligatoire pour s'assurer que les conditions légales sont bien remplies, notamment celle concernant l'impossibilité de parvenir au résultat escompté par une méthode alternative (cellule souche adulte ou animale par exemple).

souches embryonnaires dans la mesure où une des conditions prévues à l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique pour obtenir une telle autorisation fait défaut<sup>512</sup>.

**190.** Alors qu'une partie de la doctrine tente encore de démanteler les autorisations dérogatoires prévues par les lois de bioéthique de 2004 et de 2011<sup>513</sup>, la loi du 6 août 2013 procède à une évolution aussi rapide qu'inespérée en ne fondant plus la recherche embryonnaire sur un principe d'interdiction mais sur un principe d'autorisation.

## **Section 2. Le nouveau régime d'autorisation encadrée**

**191.** La loi du 6 août 2013<sup>514</sup> procède dans son article unique à la levée de l'interdiction de principe qui pesait sur la recherche sur l'embryon depuis les premières lois bioéthiques de 1994. La dignité est conçue comme un rempart aux manipulations génétiques, mais seulement celles évaluées trop dangereuses par le Conseil constitutionnel qui pourrait reconnaître l'inconstitutionnalité d'une loi trop permissive. En effet, il estime que la loi de 2013, relative à la recherche sur l'embryon, n'est pas incompatible avec la dignité humaine<sup>515</sup>.

**192.** Le texte ne semble pas révolutionner le droit de la génétique à peine émergent, et est perçu comme la continuité des lois de 2004 et de 2011. Les nombreux débats qui ont servi à l'élaboration de la loi 2011 ont donné lieu à un maintien du principe d'interdiction en domaine. Or, une partie des parlementaires souhaitaient déjà à l'époque que le principe soit

---

<sup>512</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 10 mai 2012, *Fondation Jérôme Lejeune*, requête n°10PA05827, AJDA 2012. 1600, note Vanlerberghe. En l'espèce, le juge administratif annule la décision d'autorisation de l'Agence de Biomédecine au motif que l'Agence ne précise pas l'absence, au moment de la décision attaquée, de méthode alternative à celle retenue dans le protocole litigieux, permettant de poursuivre l'objectif de recherche avec une efficacité comparable.

<sup>513</sup> En ce sens voir Mirkovic A., « Loi de bioéthique : deviens ce que tu es ! », RGDM n° 38, mars 2011, pp. 329-334, qui relève et dénonce à nouveau l'absence de perspective thérapeutique – « *il est aujourd'hui clair que la recherche sur l'embryon ne s'inscrit pas dans une perspective thérapeutique* » – et qui oriente son argumentaire vers un recours aux méthodes alternatives comme les cellules iPS. Voir également Augustin C., « La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 7 juillet 2011 », RGDM, n° 41, décembre 2011, pp. 22-28 à propos de l'élargissement des dérogations autorisant la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, l'auteur parle de « *choix législatif contraire aux résultats scientifiques* » et encourage, à l'instar de Madame Mirkovic, le recours aux cellules iPS considérées comme une « *découverte majeure et plus prometteuse* » que les cellules embryonnaires.

<sup>514</sup> Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 sur la recherche modifiant la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

<sup>515</sup> Conseil constitutionnel décision n° 2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013, loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, *JORF du 7 août 2013 page 13450, texte n° 2*, v. cons. n° 17 ; v. notamment Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », D. 2014. 843 ; Cons. const., 1<sup>er</sup> août 2013, n° 2013-674 DC, Constitutions 2013. 443, chron. X. Bioy.

l'autorisation. Certains de leurs arguments n'ont donc été pris en compte qu'en 2013. En effet, en 2011 déjà, on reconnaissait la « *valeur cardinale* » de la liberté de la recherche et admettait qu'on devait accorder une certaine confiance aux chercheurs en s'attachant au développement de la recherche française pour l'image de la France et les perspectives thérapeutique attendues<sup>516</sup>. De plus, on préconisait une autorisation de principe dans la crainte de voir fuir à l'étranger à cause des 25 ans de retard que la recherche française risquait de prendre en cas de maintien de l'interdiction de principe. Enfin, certains comprenaient que la recherche permettrait un développement industriel et commercial important, mais l'argument du risque de perte de compétitivité économique était immédiatement écarté au vu de la délicatesse du domaine<sup>517</sup>.

**193.** Enfin, la loi de 2013, inversant les principes, cible expressément les embryons pouvant être utilisés à des fins de recherches, reprenant les embryons *in vitro* déjà visés par la loi de 2011 dans les dérogations légales. Ainsi, ces embryons, créés *in vitro*, dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, qui ne peuvent être transférés dans un utérus, ni congelés en vue d'une insémination ultérieure, ne font plus l'objet d'aucun projet parental. Dans ce contexte, qu'ils fassent l'objet de recherche ou pas, ces embryons n'auront jamais d'avenir humain : ils sont créés pour répondre à un projet d'assistance médicale à la procréation, qui ne peut avoir lieu et ont vocation à être détruits et non pas utilisés dans le but de se développer. Ainsi, c'est à raison que la loi de 2013 autorise la recherche sur ces embryons qui n'ont vocation qu'à la destruction, autant se servir de cette matière précieuse afin de trouver des traitements et remèdes pour les membres de la communauté malade et donc l'espèce humaine. Dans ces conditions, les libéralités prises par le législateur de 2013 ne peuvent entrer en contradiction ni avec la dignité humaine ni avec le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie, la vie des embryons concernés étant *de facto* stoppée par leur impossibilité de se développer pour devenir un jour une personne humaine. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, en procédant au contrôle de constitutionnalité a priori de la loi de 2013, décide, concernant le grief tiré de l'atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, que « *si le législateur a modifié certaines des conditions permettant l'autorisation de recherche sur l'embryon humain et sur les cellules souches embryonnaires à des fins uniquement médicales, afin de favoriser cette*

---

<sup>516</sup> Binet J.-R., *La réforme de la loi bioéthique, Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Lexis Nexis, 2012, 175 p.

<sup>517</sup> Binet J.-R., *La réforme de la loi bioéthique, Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Lexis Nexis, 2012, 175 p.

recherche et de sécuriser les autorisations accordées, il a entouré la délivrance de ces autorisations de recherche de garanties effectives ; que ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »<sup>518</sup>. La seule question opérante était de savoir si cette nouvelle loi apportait les garanties permettant de concilier l'exigence constitutionnelle de respect de la dignité de la personne humaine avec les objectifs poursuivis, notamment l'intérêt de la recherche. À ce titre, l'argument de la liberté de la recherche n'est pas repris par le Conseil constitutionnel, signe, pour Monsieur Bioy que la valeur d'un embryon n'a pas besoin de s'accorder avec une norme constitutionnelle telle que la recherche et que « seule la rétrogradation de la valeur de l'embryon suffit à en permettre l'usage au service de la science »<sup>519</sup>. Interprétation de la décision du Conseil constitutionnel sévère mais juste dans la mesure où le Conseil a fait l'économie du contrôle de l'équilibre entre liberté de la recherche et limites inhérentes à la dignité humaine ou au respect de la vie dès le commencement.

**194.** Dans ce contexte, il faut donc s'attacher d'abord à l'examen des conditions requises par la loi nouvelle et observer comment s'organise cette autorisation de principe (§1) avant de se rendre compte rapidement que l'inversion du principe engendre des conséquences qui peuvent se montrer dangereuses (§2).

### **§1. Les conditions de délivrance de l'autorisation de mener des recherches par l'Agence de Biomédecine : la liberté de la recherche favorisée dans les limites de la dignité**

**195.** La loi du 6 août 2013 correspond à un article unique qui modifie l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique<sup>520</sup> qui prévoyait, sous l'influence de la loi de 2011, que la

---

<sup>518</sup> Conseil constitutionnel décision n° 2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013, loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Considérant n° 17.

<sup>519</sup> Bioy X. et Rial-Sebbag E., « L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », AJDA 2013, p. 2204.

<sup>520</sup> L'article L. 2151-5 du Code de la santé publique depuis la loi de 2013 : « I.- Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si : 1° La pertinence scientifique de la recherche est établie ; 2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ; 3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ; 4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

II.- Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée

recherche sur l'embryon humain était interdite mais qu'elle pouvait être assortie d'autorisation dérogatoire sous certaines conditions. Néanmoins, l'article a également été modifié par la loi Santé du 26 janvier 2016<sup>521</sup>, qui ajoute un cinquième alinéa relatif à la recherche biomédicale dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation<sup>522</sup>.

Avec la loi de 2013, le principe n'est plus celui de l'interdiction mais plutôt de l'autorisation, pour plusieurs raisons (A), les conditions demeurant similaires à celle des dérogations (B) prévues en 2011.

### **A. Les raisons de l'inversion du principe d'interdiction : les enjeux de la recherche**

**196.** Interdire la recherche c'est faire primer la personne et la dignité sur la liberté individuelle de disposer de son corps<sup>523</sup>. Néanmoins, la recherche peut s'avérer nécessaire pour l'avenir de l'espèce humaine.

**197. Les risques d'une absence d'évolution législative.** Trois risques peuvent être identifiés en cas d'absence d'évolution de la législation en ce domaine. Tout d'abord, la

---

*qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Le consentement des deux membres du couple ou du membre survivant du couple est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas débuté.*

*III.- Les protocoles de recherche sont autorisés par l'Agence de la biomédecine après vérification que les conditions posées au I du présent article sont satisfaites. La décision de l'agence, assortie de l'avis du conseil d'orientation, est communiquée aux ministres chargés de la santé et de la recherche qui peuvent, dans un délai d'un mois et conjointement, demander un nouvel examen du dossier ayant servi de fondement à la décision :*

*1° En cas de doute sur le respect des principes éthiques ou sur la pertinence scientifique d'un protocole autorisé. L'agence procède à ce nouvel examen dans un délai de trente jours. En cas de confirmation de la décision, la validation du protocole est réputée acquise ; 2° Dans l'intérêt de la santé publique ou de la recherche scientifique, lorsque le protocole a été refusé. L'agence procède à ce nouvel examen dans un délai de trente jours. En cas de confirmation de la décision, le refus du protocole est réputé acquis. En cas de violation des prescriptions législatives et réglementaires ou de celles fixées par l'autorisation, l'agence suspend l'autorisation de la recherche ou la retire. L'agence diligente des inspections comprenant un ou des experts n'ayant aucun lien avec l'équipe de recherche, dans les conditions fixées à l'article L. 1418-2.*

*IV.- Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation ».*

<sup>521</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (1), article 155.

<sup>522</sup> Article L. 2151-5 du Code de la santé publique, ajout d'un alinéa « V.- Sans préjudice du titre IV du présent livre Ier, des recherches biomédicales menées dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation peuvent être réalisées sur des gamètes destinés à constituer un embryon ou sur l'embryon in vitro avant ou après son transfert à des fins de gestation, si chaque membre du couple y consent. Ces recherches sont conduites dans les conditions fixées au titre II du livre Ier de la première partie ».

<sup>523</sup> Clesse P., « Interdiction avec dérogation et autorisation sur projet. Quelles différences ? Quels problèmes ? Réflexions philosophiques », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, pp. 121-137.

France risque de voir une partie de ses chercheurs partir à l'étranger, là où les législations sont plus permissives. La perte de certains cerveaux scientifiques est un risque majeur que le pays ne peut se permettre de prendre. Ensuite, et c'est une alternative au risque précédent, les chercheurs qui feront le choix de rester en France risquent d'être contraints de se procurer du matériel génétique venu d'un autre pays. S'ils ne peuvent constituer des embryons humains pour la recherche ou utiliser des embryons conçus *in vitro* en ce sens, ils trouveront le moyen de subvenir à leur besoin de travailler sur du matériel génétique approprié en l'important de l'extérieur des frontières françaises. Enfin, il faut prévoir le risque d'un développement des laboratoires clandestins, dans lesquels les scientifiques auront le loisir de créer et utiliser des embryons humains à leur convenance et en toute illégalité.

**198. Les enjeux de la recherche sur l'embryon<sup>524</sup>.** La recherche présente au moins deux enjeux précieux pour l'avenir de l'espèce humaine : la compréhension du développement embryonnaire et humain ainsi que l'avenir de la médecine régénérative. Comprendre le développement embryonnaire est un argument non négligeable pour la science. En effet, la recherche permet d'intervenir en cas de déficience : « *interdire la recherche pour protéger la vie ou les intérêts de l'embryon n'a donc pas grand sens* »<sup>525</sup>. Elle permet l'accès à la connaissance des mécanismes de la fécondation, de la transmission de la vie et du développement humain, et l'enjeu est considérable pour l'essor de la science médicale<sup>526</sup>. À propos de la dignité, elle est ici « *inappropriée et nuisible* »<sup>527</sup>, opposée par les détracteurs de la recherche qui font obstacle à chaque projet d'évolution, alors que la recherche peut largement participer au bien commun en apportant des connaissances supplémentaires. L'erreur commise est d'écarter l'idée fondamentale que la recherche participe au développement de l'espèce humaine notamment parce qu'elle représente une chance de trouver des solutions pour les techniques de FIV et, par conséquent, une chance d'aider l'espèce humaine à se développer. De plus, à l'issue du bilan de l'Agence de

---

<sup>524</sup> Ces enjeux sont mis en exergue depuis des années. Déjà, en 2004, après le vote de la loi, la partie de la doctrine favorable à la recherche soulève leur importance et les énumère. Voir Brusorio M., « Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique : la recherche sur l'embryon enfin autorisée ! », *Gaz. Pal.*, 12 août 2004, n° 225, p. 2.

<sup>525</sup> Jouannet P., « La recherche sur l'embryon en France. De l'interdiction à l'autorisation encadrée », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 31.

<sup>526</sup> Goussot D., « Interdiction avec dérogation versus autorisation sur projet. Le point de vue du juriste », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 106.

<sup>527</sup> Clesse P., « Interdiction avec dérogation et autorisation sur projet. Quelles différences ? Quels problèmes ? Réflexions philosophiques », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 132.



Biomédecine en 2013, on constate qu'il est difficile, pour un embryon humain conçu *in vitro*, de devenir une personne. En effet, « 93% des embryons créés dans les laboratoires<sup>528</sup> de fécondation *in vitro* ne sont pas devenus des "personnes" »<sup>529</sup>. Ce bilan prouve que la FIV connaît des failles. Il faut créer beaucoup d'embryons avant de satisfaire un projet parental. Ainsi, cet argument confirme l'importance du premier enjeu de la recherche, qui réside dans la compréhension du développement embryonnaire. Pour être plus utile et efficace « *il faudrait donc faire de la recherche pour mieux connaître [les] étapes du développement embryonnaire [qui posent problème] et les conditions de [leur] maîtrise au laboratoire* »<sup>530</sup>. Concernant l'avenir de la médecine régénérative, il dépend du premier enjeu relatif à la compréhension du développement embryonnaire. En effet, ce type de médecine pourrait un jour être une alternative à la greffe d'organes ou encore expliquer la formation de certaines tumeurs cancéreuses. De plus, elle peut être à l'origine du traitement de certaines affections chroniques comme le diabète et s'avère fondamentale pour le traitement des maladies de type Alzheimer et Parkinson... si la recherche était permise sur les cellules embryonnaires humaines<sup>531</sup>. Toutefois, il existe un risque, avec une autorisation de « *principe* », qui reposerait sur les industries pharmaceutiques. Elles pourraient être tentées d'orienter les recherches vers certains objectifs thérapeutiques de leur choix afin d'accélérer le développement de certains progrès scientifiques<sup>532</sup>. Il faut que la science garde son indépendance au regard des lobbies et de la finance au même titre que de la politique et du religieux<sup>533</sup>. Le risque n'est pas forcément celui qui est visé par les détracteurs de la recherche, à savoir la non protection et l'atteinte de l'embryon, la mise en danger de son

---

<sup>528</sup> D'après les chiffres du bilan de l'Agence de Biomédecine, *Rapport médical et scientifique de l'Agence de Biomédecine, 2013*.

<sup>529</sup> Jouannet P., « La recherche sur l'embryon en France. De l'interdiction à l'autorisation encadrée », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 36.

<sup>530</sup> Jouannet P., « La recherche sur l'embryon en France. De l'interdiction à l'autorisation encadrée », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 36.

<sup>531</sup> Goussot D., « Interdiction avec dérogation versus autorisation sur projet. Le point de vue du juriste », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 106.

<sup>532</sup> Clesse P., « Interdiction avec dérogation et autorisation sur projet. Quelles différences ? Quels problèmes ? Réflexions philosophiques », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 137.

<sup>533</sup> L'auteur écrit ainsi que « *les scientifiques doivent être totalement indépendants de tout pouvoir : politique, religieux, financier et commercial* ». Clesse P., « Interdiction avec dérogation et autorisation sur projet. Quelles différences ? Quels problèmes ? Réflexions philosophiques », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 137.

humanité et de sa dignité, mais le risque est plutôt celui des lobbies pharmaceutiques et d'une logique financière qui répondrait à des exigences relevant d'intérêts privés.

**199.** C'est notamment parce que la recherche présente d'immenses intérêts favorables à la communauté humaine qu'elle est aujourd'hui soumise à un régime d'autorisation. L'évolution – *ou la révolution ?*<sup>534</sup> – n'est pas si significative, quand finalement, on s'aperçoit que les conditions d'autorisation sont peu ou prou les mêmes que celles prévues initialement en matière d'autorisation dérogatoire.

## **B. Les conditions légales en matière de dérogation**

**200.** Les conditions des lois de 2004 et 2011 relatives à la délivrance des autorisations dérogatoires permettaient de mener des recherches exceptionnelles sur l'embryon humain, d'abord dans un but « *thérapeutique* » (la loi de 2004 prévoyait l'expérimentation pour cinq ans) puis une finalité purement « *médicale* » (la loi de 2011 supprima les cinq ans d'expérimentation). Globalement, le législateur de 2013 les reprend dans son nouvel article. Cependant, la reprise des conditions s'installe dans un régime différent puisque le principe d'interdiction n'existe plus dans la mesure où « *aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation* » ; alors que la loi de 2011 conservait cette interdiction<sup>535</sup> autorisant les dérogations. Effectivement, le terme d'interdiction a disparu d'un article à l'autre. Ainsi, c'est le principe en lui-même qui subit une modification : on passe d'une recherche « *interdite* », jusqu'en 2013 à une recherche soumise obligatoirement à une « *autorisation* », depuis 2013. L'interprétation stricte de la lettre de la loi permet de parler d'inversion du principe. Néanmoins, elle ne vaut que littéralement<sup>536</sup>. Le législateur s'est simplifié la tâche en reprenant les conditions dérogatoires pour les transformer en conditions d'autorisation, ce qui rend le régime de la recherche embryonnaire plus simple. Un principe d'autorisation semble toujours moins contraignant

---

<sup>534</sup> Bioy X. et Rial-Sebbag E., « L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », AJDA 2013, p. 2204.

<sup>535</sup> Premier alinéa de l'article sous la loi de 2011 : « *la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite* ».

<sup>536</sup> En ce sens voir Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique », JCP G n° 36, 2 septembre 2013, 905. « *La loi du 6 août 2013 supprime symboliquement le principe d'interdiction (...) mais maintient leur caractère dérogatoire* » ; « *le remplacement (...) de l'interdiction par la règle selon laquelle aucune recherche sur l'embryon (...) ne peut être entreprise sans autorisation, laquelle ne peut être donnée « que si » certaines conditions sont respectées n'emporte pas de réel changement de perspective. L'exception n'a en effet pas remplacé la règle qui demeure – implicitement – que la recherche sur l'embryon est interdite* ».

qu'un principe d'interdiction, simplement parce qu'à la lettre la loi paraît plus permissive. En réalité elle l'est tout autant car ici, seule la règle a changé. L'interdiction est devenue l'exception et l'autorisation la règle. Sur le plan juridique l'avancée est toutefois louable, changeant les conditions d'exercice des chercheurs et démontrant l'espoir en la recherche scientifique française, prouvant un certain détachement des dogmes religieux et moraux influencés par la conception judéo-chrétienne de la dignité de la personne<sup>537</sup>. Malgré tout, la loi de 2013 entretient un flou juridique sur la question relative à la création d'embryons à des fins de recherche et à l'utilisation des embryons étudiés<sup>538</sup>. En effet, il ne légalise pas la conception d'embryons *in vitro* à des fins de recherche, supposant que le grand nombre d'embryon issus de l'assistance médicale à la procréation suffise.

**201.** Sans l'autorisation de l'Agence de Biomédecine<sup>539</sup> il est impossible de mener des recherches sur un embryon humain. Or, cette autorisation est elle-même soumise à quatre conditions principales prévues par le nouvel article L. 2151-5 du Code de la santé publique<sup>540</sup>. Tout d'abord, la pertinence scientifique de la recherche est exigée. Puis, la finalité médicale, qui remplace l'exigence de « *progrès médicaux majeurs* »<sup>541</sup> issue de la loi bioéthique de 2011. Ensuite, le recours obligatoire à un embryon ou une cellule souche embryonnaire pour mener la recherche demandée, qui remplace le « *moyen alternatif permettant de conduire au même résultat* ». Ici, l'Agence de Biomédecine n'aura plus à prouver qu'il n'existe aucune alternative au recours aux cellules embryonnaires<sup>542</sup>. Pour autant, la recherche garde son

---

<sup>537</sup> Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique », JCP G n° 36, 2 septembre 2013, 905 : l'auteur titre « *la fin d'un symbole* ».

Certains parlent même de « *révolution* » : Bioy X. et Rial-Sebbag E., « L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », AJDA 2013, p. 2204.

<sup>538</sup> Goussot D., « Interdiction avec dérogation versus autorisation sur projet. Le point de vue du juriste », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, pp. 115-116.

<sup>539</sup> Agence créée par la loi de 2004.

<sup>540</sup> Article L. 2151-5 du Code de la santé publique issu de la rédaction de la loi de 2013 : « *I.- Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si : 1° La pertinence scientifique de la recherche est établie ; 2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ; 3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ; 4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires* ».

<sup>541</sup> Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », D. 2014. 843.

<sup>542</sup> La loi de 2013 n'exige plus que l'Agence prouve l'existence ou l'absence de méthode alternative pour accomplir la recherche. Pour autant, la décision de l'Agence de Biomédecine doit être motivée. Cette exigence de motivation, sous le coup de l'ancienne loi, a été confirmée par le Conseil d'Etat en 2014 à propos d'une autorisation entachée d'irrégularités délivrée par l'Agence de Biomédecine le 20 juin 2008. Voir Conseil d'Etat, 23 décembre 2014, n° 360958, *Agence de Biomédecine*. La matière étant particulièrement délicate, l'obligation, qui pèse sur l'Agence, de motiver rigoureusement ses décisions s'impose. En effet « *toutes les précautions*

caractère « *subsidaire* » car l'Agence doit établir que la recherche « *ne peut être menée sans recourir aux embryons et cellules souches* »<sup>543</sup>. Et enfin, le respect des principes éthiques figure toujours dans la liste des conditions. Il s'agit ici de maintenir le refus de fabriquer des embryons spécialement pour la recherche, la lutte contre l'instrumentalisation de la vie n'est pas totalement abandonnée. On a donc recours aux parents inscrits dans un protocole d'assistance médicale à la procréation. Il s'agit également, dans ces principes éthiques, de préciser le programme de la recherche, la méthode utilisée, sa valeur ajoutée, les techniques envisagées, etc.<sup>544</sup>. De plus, les embryons visés par la loi sont toujours ceux conçus *in vitro* et qui ne correspondent plus à un projet parental dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. Ainsi, pour plus de précision quant à l'établissement de cette technique afin de distinguer les embryons sur lesquels une recherche peut être entreprise des autres embryons, il faut savoir que la première phase de développement embryonnaire se déroule au laboratoire pendant cinq jours après la conception des embryons *in vitro*. L'embryon a alors vocation à être transféré puis implanté dans l'utérus d'une femme. En cas d'absence de transfert, l'embryon peut être congelé pour une utilisation ultérieure, sachant que les transferts et congélations peuvent être réalisés n'importe quand dans ces cinq jours de développement. Ceux qui ne se développent pas normalement<sup>545</sup> ne seront ni conservés ni congelés mais déclarés inaptes à un transfert utérin. Parfois, la FIV s'accompagne d'un diagnostic préimplantatoire<sup>546</sup>. Pour empêcher une transmission génétique fâcheuse, on peut prélever une cellule constituant l'embryon au troisième jour du développement et l'analyser. Si l'embryon présente une anomalie, il ne sera pas transféré<sup>547</sup>. En définitive, les embryons qui peuvent entrer dans un protocole de recherche et visés par la loi sont ceux qui ne sont ni transférables ni congelables, qui sont porteurs d'une anomalie majeure détectée au diagnostic

---

*doivent être prises pour rendre inattaquables et compréhensibles les décisions qui la concerne* », in, Bergoignan-Esper C. et Sargos P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2016, p. 102.

<sup>543</sup> Leroyer A.-M., « Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », RTD civil, 2013, p. 895.

<sup>544</sup> En ce sens, voir Bioy X., Rial-Sebbag E., « L'évolution de la recherche sur l'embryon, une question de principes ? », LPA, 17 décembre 2013, n° 251, p. 4.

<sup>545</sup> Par exemple les triploïdes qui ont trois lots de chromosomes au lieu de deux.

<sup>546</sup> C'est-à-dire « *quand un parent est porteur d'une modification chromosomique ou génique transmissible à l'enfant et comportant donc un risque pour sa santé* », Jouannet P., « La recherche sur l'embryon en France. De l'interdiction à l'autorisation encadrée », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 33.

<sup>547</sup> Pour l'explication complète du développement d'un embryon au laboratoire après fécondation *in vitro* afin de distinguer les embryons sur lesquels une recherche peut être entreprise des autres embryons, Cf. Jouannet P., « La recherche sur l'embryon en France. De l'interdiction à l'autorisation encadrée », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, pp. 32-33.

préimplantatoire et qui ont été congelés mais ne font plus partie d'un projet parental, avec l'accord du couple. Pour le respect de l'embryon et préciser qu'il ne s'agit pas d'une atteinte à son humanité, il faut insister sur la personnalité des embryons *in vitro* qui ne sont pas transférés dans un utérus à des fins de gestation. Ils ne deviendront jamais une « *personne* » dans la mesure où leur seul avenir est l'arrêt de leur développement.

**202.** En conséquence, l'inversion du principe semble illusoire. Il apparaît néanmoins plus pratique que l'autorisation soit le principe, les conditions et les embryons visés pour la recherche restants les mêmes que ceux visés en 2004 puis en 2011 pour justifier une dérogation. « *Un changement incontestable de perspective philosophique mais une modification en trompe l'œil de la loi* »<sup>548</sup>, le principe est soit disant inversé mais finalement il reste des obstacles, notamment financiers et matériels.

## **§2. Le besoin d'organisation de la protection des innovations génétiques**

**203.** Il existe un intérêt nouveau à se poser la question de la brevetabilité des inventions issues de la recherche sur l'embryon, engendré par le caractère libéral du nouveau régime. La recherche étant expressément autorisée depuis la loi de 2013, il semble logique que certains chercheurs désirent concrètement protéger une éventuelle découverte<sup>549</sup>. L'embryon humain fait l'objet d'une protection particulière grâce à la dignité et la sacralité de la vie humaine. Or, la nécessité et la soif de recherche fondamentale risqueraient d'engendrer des conséquences fâcheuses pour l'humanité. Le principe de dignité se trouverait ainsi affaibli, si on permettait le développement de brevet tendant à l'utilisation non éthique des embryons humains. En revanche, la dignité serait renforcée par la question de la brevetabilité française si celle-ci demeurait interdite en la matière. Un monopole en ce domaine entraînerait l'instrumentalisation de la vie embryonnaire et exclurait la possibilité d'envisager que cette utilité puisse profiter à l'ensemble de l'humanité. Le but d'un brevet étant uniquement industriel et/ou commercial, la brevetabilité des inventions comme fruits de la recherche sur l'embryon humain doit *de facto* être prohibée en France en vertu du maintien de l'interdiction

---

<sup>548</sup> Goussot D., « Interdiction avec dérogation versus autorisation sur projet. Le point de vue du juriste », in *Recherche sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, pp. 112-115.

<sup>549</sup> Gonçalves B., « Recherche sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », in *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 217-241, v. spéc. pp. 237 à 241 « *B. la brevetabilité du vivant, risque et rempart face aux dérives eugéniques* ».

de créer et de constituer des embryons *in vitro* spécialement pour la recherche embryonnaire ou à des fins industrielles et commerciales. Ainsi, des procédés ou des produits issus de la recherche sur des cellules embryonnaires pourraient être qualifiés d'inventions<sup>550</sup>.

À ce titre, il a bien fallu organiser la protection juridique des inventions biotechnologiques<sup>551</sup>. Le caractère libéral de la loi de 2013 engendra forcément la question de la brevetabilité. Si les scientifiques peuvent chercher davantage, ils sont susceptibles de trouver plus et de vouloir breveter de nouvelles inventions biotechnologiques résultant de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. En ce domaine, l'intervention du juge communautaire a permis d'éclaircir la situation relative à la non brevetabilité des inventions, par le biais de l'affaire *Brüstle* (A) et d'ouvrir les yeux sur les conséquences délicates qui peuvent être engendrées par une autorisation de principe (B).

#### **A. L'interprétation par le juge communautaire de la non-brevetabilité des inventions<sup>552</sup> nécessitant le recours à des embryons humains**

**204.** L'article 6 §2 de la directive 98/44 a fait l'objet de controverses<sup>553</sup> et notamment en Allemagne à l'occasion de l'affaire *Brüstle*<sup>554</sup>. Le juge communautaire s'est trouvé face à trois questions préjudicielles relatives à la brevetabilité des recherches utilisant l'embryon humain dans une procédure d'annulation d'un brevet. En l'espèce, un chercheur allemand est titulaire d'un brevet sur des cellules précurseurs neurales<sup>555</sup> obtenues à partir de cellules souches embryonnaires. L'association Greenpeace obtient l'annulation de ce brevet contraire à la loi allemande, transposant la directive. Le juge d'appel avait estimé que la solution du litige dépendait de l'interprétation de l'article 6 §2 de la directive 98/44 du 6 juillet 1998<sup>556</sup>.

---

<sup>550</sup> « Il s'agit notamment de procédés d'isolement de cellules souches, de procédés de modification génétique de cellules souches, de procédés de création d'embryons par transfert d'un noyau de cellule somatique dans un ovocyte énucléé, de procédés d'enrichissement en cellules souches de mélanges de cellules, de procédés de culture de cellules souches, de procédés d'induction de la différenciation de cellules souches, de procédés de création d'embryons non viables par parthénogénèse, ou encore de cellules souches génétiquement modifiées ».

<sup>551</sup> Cf. chapitre précédent pour les généralités sur la brevetabilité du vivant en général, le vivant dans ledit chapitre étant entendu comme la personne humaine et juridique née et vivante.

<sup>552</sup> À ce titre, v. notamment : Galloux J.-C., « L'embryon communautaire », D. 2012, p. 410.

<sup>553</sup> Gaumont-Prat H., « La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches », D. 2005, p. 3087 : v. notamment la position du Royaume-Uni quant à l'interprétation des dispositions de la directive.

<sup>554</sup> CJUE, gr. ch., 18 octobre 2011, aff. C-34/10, *Brüstle*.

<sup>555</sup> Les cellules précurseurs neurales sont des cellules immatures possédant la capacité de former des cellules matures du système nerveux comme les neurones, note de Galloux J.-C., « L'embryon communautaire », D. 2012, p. 410.

<sup>556</sup> Directive du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques, transposée en France par la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004, JORF n°286 du 9 décembre 2004 page 20801.

Une telle solution était donc fondamentale pour les Etats membres qui ne disposent d'aucune marge d'interprétation quant à cette disposition reprise notamment en droit interne<sup>557</sup>.

**205.** La Cour de justice, sur le fondement de la dignité humaine, détermine alors le champ de la brevetabilité des inventions biotechnologiques, en excluant les recherches scientifiques qui utilisent des embryons humains<sup>558</sup>. En effet, la directive 98/44 rejette la brevetabilité d'une invention quand l'enseignement technique nécessite la destruction ou l'utilisation d'embryons humains comme matériau de départ<sup>559</sup>. L'article 6 § 2 c)- de la directive 98/44 mentionne strictement les « *fins thérapeutique et commerciale* »<sup>560</sup> ; de ce fait, la Cour étend l'exclusion de la brevetabilité aux fins de recherche *scientifique*<sup>561</sup>. En l'espèce, la question qui se posait était de savoir si la recherche scientifique pouvait constituer une « *utilisation à des fins industrielles et commerciales* » au sens du texte ? « *Parce qu'une invention doit pouvoir faire l'objet d'une application industrielle pour être brevetable, la nature même du brevet, et des droits qu'il confère, justifie que la recherche scientifique sur des embryons humains ne puisse distinguer d'une utilisation à des fins industrielles et commerciales* »<sup>562</sup>. Par définition, le brevet est le titre qui confère un monopole à son titulaire, en tant que propriétaire temporaire, pour en général une durée de vingt ans, de l'invention concernée. Dans ces circonstances, ceci semble difficilement compatible avec la notion de dignité humaine. La finalité étant « *de permettre une exploitation ou une commercialisation des résultats de la recherche (...), il semble difficile d'admettre la reconnaissance d'un monopole d'exploitation (...) sur des inventions pour lesquelles toute utilisation commerciale doit être prohibée* »<sup>563</sup>. Toutefois, les hypothèses de brevetabilité en la matière demeurent rares, exception faite selon deux critères : avoir un objectif thérapeutique ou de diagnostic et être bénéfique à l'embryon<sup>564</sup>. Par conséquent, si cet objectif n'est pas poursuivi, la non

---

<sup>557</sup> À l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>558</sup> Martial-Braz N. et Binet J.-R., « Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », JCP G, n°6, 6 février 2012, 146, « directement ou indirectement ».

<sup>559</sup> CJUE, gr. ch., 18 octobre 2011, aff. C-34/10, *Brüstle*, considérant 52.

<sup>560</sup> Article 6 §2 c) : « *c) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales* ».

<sup>561</sup> Estimant que « *seule l'utilisation thérapeutique ou de diagnostic applicable et utile à l'embryon peuvent faire l'objet d'un brevet* », in Martial-Braz N. et Binet J.-R., « Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », JCP G, n°6, 6 février 2012, 146.

<sup>562</sup> Martial-Braz N. et Binet J.-R., « Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », JCP G, n°6, 6 février 2012, 146.

<sup>563</sup> Martial-Braz N. et Binet J.-R., « Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », JCP G, n°6, 6 février 2012, 146.

<sup>564</sup> CJUE, gr. ch., 18 octobre 2011, aff. C-34/10, *Brüstle*, considérant 52 : « *Considérant, en outre, que les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales doivent également être exclues de la brevetabilité; que, en tout état de cause, une telle exclusion ne concerne pas les inventions ayant un objectif thérapeutique ou de diagnostic qui s'appliquent à l'embryon humain et lui sont utiles* ».

brevetabilité des inventions utilisant des embryons s'étendra aux fins de recherche scientifique.

**206.** Une autre question préjudicielle portait sur l'étendue de l'exclusion de la brevetabilité. En effet, quand une personne souhaite déposer un brevet sur une invention, une procédure légale doit être respectée et comporte notamment les revendications qui doivent être établies rigoureusement, présentant le projet dans les détails. En l'espèce, le fait de ne pas inscrire dans les revendications le recours à des embryons humains pour parvenir au résultat de la recherche et à l'invention brevetée rend-il pour autant cette invention brevetable ?<sup>565</sup> La Cour décide que le champ d'exclusion est général, ce qui permet de rendre efficace cette solution, car elle ne limite pas l'exclusion de la brevetabilité aux strictes revendications<sup>566</sup>. La solution retient donc que doit être exclue de la brevetabilité l'invention qui requiert la destruction d'embryons humains ou leur utilisation comme matériau, « *quel que soit le stade auquel celles-ci interviennent et même si la description de l'enseignement technique revendiqué ne mentionne pas l'utilisation d'embryon humain* »<sup>567</sup>. Toute l'essence de la solution à cette question préjudicielle tient précisément dans la sanction du recours à l'utilisation de l'embryon pour parvenir à l'invention.

**207.** Enfin, cette décision traduit un souci d'harmonisation du droit des brevets au sein de l'Union européenne, déjà énoncé par la Grande chambre des recours de l'Office européen des brevets (OEB) dans un arrêt du 25 novembre 2008<sup>568</sup>. Cependant, il est heureux que les brevets nationaux des Etats membres soient soumis aux mêmes exceptions que le brevet européen et que les utilisations des embryons humains ne puissent entrer dans le champ de la

---

<sup>565</sup> CJUE, gr. ch., 18 octobre 2011, aff. C-34/10, *Brüstle*, considérant 47 : « *Si une invention est exclue de la brevetabilité, quand bien même elle n'aurait pas elle-même pour objet l'utilisation d'embryons humains, dès lors qu'elle porterait sur un produit dont l'obtention suppose la destruction préalable d'embryons humains ou sur un procédé qui requiert un matériau de base obtenu par destruction d'embryons humains* ».

<sup>566</sup> CJUE, gr. ch., 18 octobre 2011, aff. C-34/10, *Brüstle*, considérant 50 : « *Ne pas inclure dans le champ de l'exclusion de la brevetabilité énoncée à l'article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive un enseignement technique revendiqué, au motif qu'il ne mentionne pas l'utilisation, impliquant leur destruction préalable, d'embryons humains, aurait pour conséquence de priver d'effet utile la disposition concernée en permettant au demandeur d'un brevet d'en éluder l'application par une rédaction habile de la revendication* ».

<sup>567</sup> CJUE, gr. ch., 18 octobre 2011, aff. C-34/10, *Brüstle*, considérant 52.

<sup>568</sup> OEB, gr. ch., 25 novembre 2009, déc. G 2/06, *Wisconsin alumni research foundation*, Propriété industrielle 2009, alerte 10, cité par Martial-Braz N. et Binet J.-R., « Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », JCP G, n°6, 6 février 2012, 146.



brevetabilité que dans des circonstances semblables, à savoir exclusivement à des fins de diagnostic ou thérapeutique<sup>569</sup>.

**208.** La question de la brevetabilité est plus ou moins entérinée depuis l'affaire *Brüstle* dans laquelle le juge communautaire s'est montré clair. Cependant, sous la brevetabilité réside la question sous-jacente des intérêts économiques et financiers qui entourent indéniablement la brevetabilité et la recherche.

### **B. La poursuite d'intérêts financiers contraire à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine : réflexion autour de l'affaire *Brüstle***

**209.** Sous l'impulsion de la loi de 2013, simplifiant le recours à la recherche sur l'embryon, il faut envisager que la recherche soit désormais soumise au principe d'autorisation dans un souci non pas thérapeutique ou médical mais plutôt dans l'optique d'intérêts économiques. La poursuite d'intérêts financiers pourrait être la conséquence principale de la mise en œuvre du principe d'autorisation des recherches embryonnaires<sup>570</sup>. Aussi, elle peut être perçue comme le pendant de la volonté de breveter les innovations génétiques issues de telles recherches, d'autant plus quand elles sont poursuivies dans un but qui ne serait pas exclusivement médical. Déjà à l'aube du vote de la loi de 2013, Monsieur Binet mettait l'accent sur le devenir de la recherche embryonnaire, se demandant si on était toujours en présence d'une « *loi de bioéthique ou [d'une] loi du marché ?* »<sup>571</sup>. En effet, poursuivre un intérêt économique constituerait un danger considérable en la matière, contraire aux principes éthiques nationaux, communautaires et internationaux. En soumettant la recherche sur l'embryon à un régime d'autorisation de principe, le législateur a pris le risque de voir son droit dénaturé et utilisé à des fins contraires à l'éthique<sup>572</sup>. Or, la loi de 2013 pourrait faire entendre à certains chercheurs scientifiques la possibilité de faire courir ce risque à l'humanité. À ce titre, une partie de la doctrine scientifique et médicale avait prévenu

---

<sup>569</sup> Martial-Braz N. et Binet J.-R., « Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », JCP G, n° 6, 6 février 2012, 146.

<sup>570</sup> « *Le seul intérêt tangiblement associé à un abandon du principe d'interdiction des recherches au profit d'un régime d'autorisation est de nature économique* », cité par Monsieur Binet in Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : loi de bioéthique ou loi du marché ? », Revue Lamy Droit Civil, 2013, 102.

<sup>571</sup> Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : loi de bioéthique ou loi du marché ? », Revue Lamy Droit Civil, 2013, 102.

<sup>572</sup> En effet, celle-ci inculque à l'homme de ne pas recourir à un quelconque et vulgaire utilitarisme de la vie humaine, qui doit se respecter dès son commencement et ainsi s'appliquer à l'embryon en vertu de son humanité et de son indéniable dignité.

les autorités à propos des « enjeux financiers » susceptibles de résulter de l'autorisation de principe, à l'instar du Professeur Peschanski<sup>573</sup> en 2009. Ces arguments ne seront jamais repris par la communauté. Deux ans après et quelques mois avant le vote de la loi de 2011, certains, comme Monsieur Leonetti expriment leur « refus de s'orienter vers l'abandon du principe d'autorisation qui n'était justifié que par la volonté de permettre un développement industriel et commercial plus important »<sup>574</sup>, faisant aveu de leur position. D'autres, arguent le faux argument relatif au risque de perte de compétitivité économique française<sup>575</sup>. Ainsi, malgré un prétendu intérêt thérapeutique en jeu, abandonné par la loi de 2011, la « finalité médicale » d'un projet de recherche sur un embryon humain ou une partie de ses cellules souches embryonnaires reste facile à feindre. Malgré tout, la loi de 2013 correspondait pour Monsieur Binet à la « consécration de la puissance du marché », avant même d'avoir été votée<sup>576</sup>. Elle participe, dans cette mesure, à l'instrumentalisation de l'enfant conçu en permettant notamment que des embryons humains soient « utilisés comme des réactifs de laboratoire dans un objectif de réalisation d'économies dans le développement des médicaments »<sup>577</sup>.

**210.** En limitant le champ de la brevetabilité, par le biais de l'affaire *Brüstle*, le juge communautaire anticipe un risque que la communauté humaine ne peut se permettre de prendre. En excluant l'objectif industriel et commercial du champ de la brevetabilité les demandes d'autorisation de mener des recherches embryonnaires auront pour but principal la thérapie ou la médecine. Un chercheur qui ne pourrait pas breveter une invention n'envisagerait peut être pas de la trouver. Il n'est ainsi pas exclu que la brevetabilité puisse participer à la limitation des recherches illicites, certains mauvais esprits pouvant être dissuadés d'entamer une mauvaise recherche sachant qu'ils ne pourront pas breveter l'invention qui en découlera.

L'adoption de la loi de 2013 est « le signe clair que désormais, les questions de bioéthique sont dominées par les nécessités du marché »<sup>578</sup>, puisqu'en effet, « la loi a eu beau

---

<sup>573</sup> Peschanski M., Audition du 14 janvier 2009, Rapport mission d'information, T. II, p. 152.

<sup>574</sup> Leonetti J., Assemblée nationale, 10 février 2011, 3<sup>ème</sup> séance, JOAN, 11 février, p. 1052.

<sup>575</sup> Perte de compétitivité ou pas, dans tous les cas, l'argument économique ne devrait pas avoir sa place dans ce type de débats.

<sup>576</sup> Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : loi de bioéthique ou loi du marché ? », Revue Lamy Droit Civil, 2013, 102.

<sup>577</sup> Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : loi de bioéthique ou loi du marché ? », Revue Lamy Droit Civil, 2013, 102.

<sup>578</sup> Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : loi de bioéthique ou loi du marché ? », Revue Lamy Droit Civil, 2013, 102.

*encadrer strictement la destinée de ces éléments ou produits humains autonomes, il s'avère particulièrement difficile d'éviter totalement l'installation d'un marché, avec les conséquences patrimoniales et financières qui en découlent* »<sup>579</sup>.

---

<sup>579</sup> Kernaleguen F., « Le principe de non-patrimonialité du corps humain à l'épreuve de la réalité. Le difficile maintien du corps humain hors du patrimoine », in Feuillet-Liger B. et Oktay-Özdemir S. (sous la dir. de), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité*, Panorama international, Bruylant, 2017, p. 98.

## Conclusion du second chapitre

**211.** La recherche sur l'embryon connaît un régime juridique évolutif. D'une interdiction de principe, le législateur est passé à une autorisation de principe. Toutefois, cette évolution est illusoire dans la mesure où le législateur procède à une révision de la loi en inversant le principe d'interdiction avec celui d'autorisation encadrée, en reprenant des conditions quasiment identiques. En effet, l'évolution présente plusieurs étapes dans le sens d'une autorisation progressivement conditionnée de la recherche sur l'embryon humain. L'actuelle autorisation de principe reste conditionnée et strictement encadrée. Néanmoins, la recherche entraîne la volonté de breveter. Ainsi, il faut penser un régime de protection des innovations génétiques et surveiller la poursuite d'intérêts financiers que pourrait engendrer le nouveau régime d'autorisation de la recherche.

**212.** En définitive, la dignité est mise en balance avec d'autres intérêts comme la liberté de la recherche et le droit à la santé. C'est à la faveur de la communauté malade que le droit français permet d'autoriser par principe la recherche qui reste rigoureusement conditionnée. Ces conditions assurent la compatibilité entre la recherche et la dignité humaine et par extension le respect de l'être humain.

## Conclusion du titre premier

**213.** La protection de l'enfant conçu s'observe selon deux axes. Le premier correspond à la détermination, encore non réalisée, d'un statut de l'embryon humain ; le second renvoie à l'encadrement de la recherche sur cet embryon.

En conséquence, ce n'est pas parce que la personnalité humaine est confondue avec la personnalité juridique par le droit positif que celui-ci ne prend pas en compte l'humanité de l'enfant à naître. Sa protection juridique est garantie par son humanité et il est des conciliations particulièrement nécessaires à faire avec la science et notamment la recherche sur l'embryon humain. C'est ce qui fait l'universalité de la dignité. En droit de la génétique, la dignité doit être entendue comme la dignité humaine, c'est-à-dire celle de l'humanité, dans sa dimension collective. Sans cela, l'enfant conçu ne connaîtrait pas de protection similaire à celle conférée par la dignité, car le droit refuse de lui attribuer un statut juridique clair. À défaut d'entrer dans la catégorie juridique des personnes, il demeure un objet, au mieux une chose humaine. C'est la reconnaissance de son humanité qui lui permet d'être protégé, au même titre que s'il était bénéficiaire du principe de la dignité de la personne.

**214.** Le problème réside dans le destin de l'embryon : l'embryon transplanté *in utero* a vocation à devenir un homme, tandis que les embryons surnuméraires ne sont pas destinés à devenir des enfants. Ainsi, « *leur statut moral diffère* »<sup>580</sup> : en ayant un patrimoine génétique humain, l'embryon dispose d'un statut spécial, toutefois, l'embryon transplanté *in utero* a un statut moral supérieur aux autres embryons. D'un point de vue moral c'est donc l'usage prévu qui compte<sup>581</sup>. En effet, « *le potentiel de l'embryon humain pour devenir un être humain dépend beaucoup de facteurs extérieurs à son statut lui-même* »<sup>582</sup>. *A contrario*, le statut ontologique de l'embryon repose sur le droit à la vie et l'affirmation morale selon laquelle « *tout embryon humain devrait toujours avoir une chance équitable de devenir un être humain* »<sup>583</sup>. D'ailleurs et par extension cette analyse peut s'appliquer aux embryons utilisés à des fins de recherche. Il ajoute que la distinction des embryons qui se fonde sur l'usage prévu est moralement acceptable. Comme ces derniers embryons ont un patrimoine génétique

---

<sup>580</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 106.

<sup>581</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 106.

<sup>582</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 107.

<sup>583</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 107-108.

commun, ils entrent dans une catégorie spéciale et ils devraient être utilisés pour la recherche uniquement, sous conditions strictes.

En tout état de cause, ces mêmes interrogations ne se posent pas concernant l'être humain né, vivant et viable, qui bénéficie de la qualité de personne humaine et ainsi de la dignité de la personne humaine<sup>584</sup> qui lui est inhérente de façon automatique dès le moment de la naissance.

---

<sup>584</sup> Perrouin L., *La dignité humaine et le droit*. Thèse dactylographiée. Toulouse I, 2000, pp. 135-145 : « la dignité attachée à une personne humaine caractérise une humanité de l'homme situant dans la "personne" une appartenance ou un lien intrinsèque à l'humanité ».

## TITRE II – LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA VIE DE LA PERSONNE HUMAINE ET BIOTECHNOLOGIES

« L'expérimentation est moralement nécessaire et nécessairement immorale »<sup>585</sup>

215. Claude Bernard, père de la médecine expérimentale, affirmait à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qu'il ne fallait « *jamais pratiquer sur un homme une expérience qui ne pourrait que lui être nuisible à un degré quelconque, bien que le résultat pût intéresser beaucoup la science, c'est-à-dire la santé des autres* »<sup>586</sup>. Il y a longtemps que la matière humaine est largement convoitée par la science en tant qu'objet de recherche privilégié pour ses nombreuses richesses et ressources. C'est l'Allemagne nazie des années 1933 à 1945 qui entame concrètement les dérives des essais sur l'homme par le développement d'expérimentations douteuses menées sur une partie de la population humaine. Dès lors sont dessinées les « *origines* » des dérives et dangers d'une expérimentation clandestine<sup>587</sup>.

216. Être une personne humaine et vivante c'est être une personne juridique. Celle-ci est une personne humaine, si le droit n'a jamais expressément décidé que l'enfant à naître était une personne humaine, il faut donc être né pour être personne humaine, le droit confondant les personnalités humaine et juridique<sup>588</sup>. Elle est également vivante, la personnalité juridique s'acquérant à la naissance et s'éteignant à la mort. L'éthique biomédicale peut être définie comme l' « *ensemble des règles déontologiques et juridiques qui dominent l'activité de la recherche médicale et qui tendent à prévenir les crimes contre l'espèce humaine, notamment sous forme d'eugénisme ou de clonage reproductif* »<sup>589</sup>. Ces règles ont été formulées de façon juridique notamment à travers les lois de *Bioéthique* mais

---

<sup>585</sup> Jean Bernard, à propos de la médecine sur la 2<sup>nd</sup>e moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

<sup>586</sup> Introduction à l'étude de la médecine expérimentale, 1865.

<sup>587</sup> Picard M., *L'homme du néant*, traduit de l'allemand par J. Rousset, La Baconnière, 1947, p. 49 : « *c'est ce qu'il y a de neuf et de terrifiant dans la cruauté nazie : elle n'est plus à l'échelle de l'homme, mais à l'échelle de ce qui est hors de l'homme, à la mesure de l'appareil de laboratoire ou de la machine industrielle. La cruauté même de Néron et de Caligula avait du moins conservé un lien avec les hommes qu'ils étaient, avec leur chair brutale et leur sensualité pervertie ; on reconnaissait encore dans le crime les décombres de l'homme. La cruauté nazie émane d'un appareil industriel ou d'un homme devenu tout entier appareil* ». Ce que l'auteur appelle « *cruauté nazie* » ce sont ici les expérimentations clandestines douteuses qui ont eu pour effet d'instrumentaliser les personnes utilisées contre leur gré dans le but de servir la science et pas nécessairement pour faire des découvertes médicales pour le bien de l'humanité. Pour cet « *être appareil* », tout ce qui ne lui paraît différent doit être détruit. Lors de cette période, l'expérimentation a été menée de façon déshumanisée et s'est montrée hors de portée pour l'homme qui disposait encore d'une once d'humanité.

<sup>588</sup> Note mon chapitre sur l'enfant à naître. L'homme ne doit pas devenir un objet d'expérience déshumanisé.

<sup>589</sup> Guinchard S. (dir.), *Lexique des termes juridiques 2013*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> édition, 2012 : v. éthique biomédicale.

aussi par la loi du 20 novembre 1988 dite Huriet-Sérusclat<sup>590</sup>, parfois perçue comme la véritable première loi de bioéthique. Ce texte définit la recherche biomédicale comme un ensemble de « *recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales* »<sup>591</sup>. Cet encadrement paraissait nécessaire au vu de deux choses. D'une part, l'utilité que représentait la recherche biomédicale et, d'autre part, le fait que personne ne voulait prendre le risque de voir se reproduire les dérives connues des expérimentations clandestines. En ce domaine, malgré un encadrement rigoureux et la prise en compte de la science par le droit, la recherche sur la personne humaine engendre *de facto* la question de la brevetabilité du vivant et de ses limites, qui peut être perçue à la fois comme une conséquence directe de l'ouverture de la recherche mais aussi comme l'un de ses moteurs principaux (chapitre 1). Ces questions doivent être regardées sous le prisme du respect de la dignité. Ensuite, la question des empreintes génétiques, servant à identifier une personne, et l'examen des caractéristiques génétiques, qui peut lui aussi connaître des avantages et inconvénients. Les biotechnologies se développent. *Quid* de ces données personnelles récoltées à l'occasion d'une recherche biomédicale ? Ou à l'occasion d'une enquête pénale, dans le cadre d'un procès pénal ? *Quid* de l'utilisation de l'ADN humain (chapitre 2) ?

---

<sup>590</sup> Loi dite Huriet-Sérusclat n° 88-1138 du 20 novembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale.

<sup>591</sup> Code de la santé publique, article L. 1121-1 al. 1 issu de la loi de 1988.



## Chapitre 1. La recherche scientifique sur la matière humaine et le respect de la dignité humaine

217. L'expérimentation médicale n'a pas tout à fait débuté avec les expérimentations nazies. En effet, un bref historique de la recherche biomédicale atteste que son histoire est bien plus ancienne qu'elle n'y paraît. Si la dignité est inhérente à la personne humaine, la protection de la personne humaine devrait comprendre par ricochet, celle de la dignité humaine. Ainsi, elle suppose « *que l'homme ne soit pas traité comme pur et simple objet (...) qu'il soit différencié de la matière inerte et vivante et respecté en sa personne* »<sup>592</sup>. Déjà la Constitution pastorale de 1965 reconnaissait l'importance et l'impact des progrès en tout genre sur la société humaine : « *les progrès des sciences biologiques, psychologiques et sociales ne permettent pas seulement à l'homme de se mieux connaître, mais lui fournissent aussi ce moyen d'exercer une influence directe sur la vie des sociétés par l'emploi de techniques appropriées* »<sup>593</sup>. Cette dimension de proportionnalité, ce caractère approprié des techniques fait prendre tout son sens à la réglementation sur la recherche biomédicale (section 1) afin de rester dans les limites de la dignité humaine et de ne pas retomber dans les dérives connues par le passé et tendant à l'instrumentalisation de la personne. Néanmoins, les limites de la dignité humaine sont repensées à l'occasion de l'introduction de la problématique liée à la brevetabilité du vivant (section 2).

### Section 1. La recherche d'un encadrement de l'expérimentation sur la personne humaine

218. Avant la loi du 20 novembre 1988, la « *recherche sur le patient malade à finalité thérapeutique directe* » prohibait l'expérimentation sur l'homme sain. En ce domaine l'homme était divisé en deux catégories : soit l'homme était sain et on ne pouvait mener de recherches sur lui, soit il était malade et alors il lui était permis de faire l'objet de recherches,

---

<sup>592</sup> Labrusse-Riou C., « Les exigences normatives et institutionnelles de protection des droits de l'Homme en matière d'expérimentation », in *Expérimentation biomédicale et droits de l'Homme*, Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme, Paris, PUF, 1988, p. 132.

<sup>593</sup> Vatican II, *Constitution pastorale, Gaudium et Spes*, le 7 décembre 1965, n. 5-2, issu du 5<sup>ème</sup> point sur la « *mutation profonde* » dans l'exposé préliminaire de la condition humaine dans le monde d'aujourd'hui le deuxième paragraphe est énoncé ainsi : « 2. *Sur le temps aussi, l'intelligence humaine étend en quelque sorte son empire : pour le passé, par la connaissance historique ; pour l'avenir, par la prospective et la planification. Les progrès des sciences biologiques, psychologiques et sociales ne permettent pas seulement à l'homme de se mieux connaître, mais lui fournissent aussi le moyen d'exercer une influence directe sur la vie des sociétés par l'emploi de techniques appropriées. En même temps, le genre humain se préoccupe, et de plus en plus, de prévoir désormais son propre développement démographique et de le contrôler* ».

d'expérimentations ou d'essais. Avec la réglementation issue de la loi du 20 novembre 1988 ces expérimentations se reconnaissent sous l'expression « *recherche biomédicale* », devenue « *recherche impliquant la personne humaine* » selon les dispositions de la loi de 2012. À l'occasion de la première loi en ce domaine, le Conseil rappelle néanmoins qu'« *il n'y a nulle grandiloquence à affirmer qu'en cédant ou en ne cédant pas devant un irrespect tout ponctuel de la personne, je contribue à décider quelle humanité nous allons être. Principe de moralité, le respect de la personne est ainsi principe d'humanité* »<sup>594</sup>. En ce sens qu'envisager de manipuler ou modifier le génome humain revient à envisager la transformation du reste de l'humanité, qui peut être bouleversée dès la modification d'une de ses composantes. Ainsi, les fondements français d'une protection juridique de la personne qui se prête à la recherche biomédicale sont érigés concrètement à partir de 1988 (§1). Ces bases connaissent un renforcement, un tournant juridique nécessaire au vu des besoins d'adaptabilité et de mutabilité du droit aux évolutions biotechnologiques, avec notamment l'apparition de la notion de personne dans la loi du 5 mars 2012 relative à la recherche impliquant la personne humaine (§2).

## **§1. Les fondements de la protection juridique de la personne humaine et la médecine expérimentale**

**219.** La protection de la personne humaine trouve sa source dans le réveil de la communauté internationale, provoqué par les dérives rencontrées avec la médecine nazie, qui se trouve être le moyen d'empêcher tout risque d'instrumentalisation de la personne (A) ; avant sa formulation en droit français par la loi Huriet-Sérusclat de 1988 (B).

### **A. La vigilance de la communauté internationale**

**220. La nécessité d'une intervention juridique.** La médecine expérimentale connaît des dérives qui voient véritablement le jour au XX<sup>e</sup> siècle avec l'apparition de thèses eugéniques et de débordements expérimentaux de certains chercheurs du régime national-socialiste allemand entre 1933 et 1945. On souhaite alors écarter de l'esprit des médecins et scientifiques toute idée soutenant l'eugénisme et le clonage, considérés comme des crimes contre l'espèce humaine et toute reproduction des dérives de l'expérimentation humaine

---

<sup>594</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, *Recherche biomédicale et respect de la personne humaine. Explication d'une démarche*, Paris, La Documentation française, 1988.

connues sous la forme d'un utilitarisme insupportable. En effet, ces excès conduisent à la méfiance du droit, qui pourrait expliquer que le législateur français s'est montré frileux à reconnaître et encadrer juridiquement la recherche sur la personne humaine. En France par exemple, le XX<sup>e</sup> siècle connaît quelques rares décisions dans lesquelles le juge se prononce sur la validité des contrats passés entre le praticien et l'individu qui accepte le rôle de cobaye. Le juge français reconnaît la nullité de ce type de convention, les déclarant contraires à l'ordre public en raison de leur objet : le corps humain utilisé sans finalité thérapeutique directe<sup>595</sup>. Ainsi, avant 1988, toute expérimentation ne peut se faire que sur un patient et l'homme sain est écarté du régime. Néanmoins, la recherche biomédicale semble indispensable et très utile en termes d'avancées et de découvertes scientifiques. Dans ce contexte, la communauté internationale se doit de réagir. Le premier pays à intervenir en la matière est l'Allemagne. Paradoxalement, une directive allemande de 1900 suivie de plusieurs directives édictées par le Conseil de santé du Reich le 28 février 1931 recommandent de recourir en priorité à la matière animale plutôt qu'humaine pour mener des expérimentations et imposent, quand l'essai porte sur l'homme, l'évaluation des préjudices éventuels pour le sujet. Pourtant, ces dispositions n'ont pas fait obstacle aux abus connus sous la dictature nazie entre 1933 et 1945.

**221. La multiplicité des interventions juridiques à caractère universel.** La communauté internationale se prononce véritablement sur la question. Tout d'abord, le Code de Nuremberg de 1947 constitue un ensemble de règles reprenant peu ou prou les principes issus des directives allemandes de 1931. Ces règles sont utilisées pour soutenir les accusations allant à l'encontre des médecins nazis à l'occasion du procès éponyme. Puis, la déclaration d'Helsinki de 1964<sup>596</sup> énonce des « *principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains* »<sup>597</sup> et réaffirme les principes du précédent Code, en suggérant que toute expérimentation menée sur l'homme soit précédée d'une évaluation par un comité d'éthique indépendant<sup>598</sup>. Elle sert de guide des bonnes pratiques pour la recherche

---

<sup>595</sup> Mouralis J.-L., « Le cadre juridique de la recherche biomédicale en droit positif français », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, p. 40. Le Professeur relève deux cas jurisprudentiels du début du XX<sup>e</sup> siècle, dans lesquels le juge a eu à se prononcer en ce sens : CA Lyon, 27 juin 1913, *D.* 1914.2.73 et Trib. Civ. Seine, 16 mai 1935, *S.* 1935.2.202. Il incite ensuite à se rapprocher de deux jurisprudences plus récentes, toujours antérieures à 1988 : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 février 1972, *JCP* 1972.II.17 135 et TGI Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970.136.

<sup>596</sup> Adoptée en juin 1964 par l'Association Médicale Mondiale (AMM) puis amendée à plusieurs reprises dont la dernière fois, à ce jour, par la 64<sup>ème</sup> Assemblée générale de l'AMM à Fortaleza au Brésil en octobre 2013.

<sup>597</sup> Alinéa 1 du Préambule de la déclaration d'Helsinki.

<sup>598</sup> La déclaration est suivie d'une directive l'Organisation Mondiale de la Santé qui tente de donner des solutions pratiques pour appliquer les principes retenus à Helsinki en 1964 : directive OMS/CIOMS de 1981.

biomédicale afin que les médecins se souviennent que la santé du patient doit primer sur tout autre intérêt et dans toute circonstance. Par ailleurs, il existe un certain nombre de textes ne visant pas spécifiquement le domaine mais y faisant référence. Par exemple, l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948<sup>599</sup> ainsi que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950<sup>600</sup> visent les traitements inhumains et dégradants. Ils peuvent être interprétés comme interdisant les recherches présentant de tels caractères. Peuvent également être lues en ce sens les Conventions de Genève de 1949, dont l'article 32 de la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre<sup>601</sup> et l'article 13 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre<sup>602</sup> interdisent la réalisation des recherches sur ces populations dès lors que ces expérimentations ne sont pas motivées par le traitement médical de la personne concernée.

**222. La naissance d'un encadrement européen.** Le droit communautaire commence à organiser une réglementation propre à l'environnement de la médecine expérimentale dès le milieu des années 1970. À ce titre, une directive européenne relative aux médicaments<sup>603</sup> a été transposée en droit français par arrêté le 16 décembre 1975. Au début des années 1990 est ajoutée une directive relative aux dispositifs médicaux<sup>604</sup>. Enfin, la directive européenne du 4 avril 2001<sup>605</sup> relative aux essais cliniques est transposée par la loi du 9 août 2004<sup>606</sup>. Cette directive tend à harmoniser la législation des Etats membres sur les pratiques relatives à la

---

<sup>599</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 à Paris. Son article 5 « *nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » est complété par le pacte de 1966.

<sup>600</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 par les membres du Conseil de l'Europe. Son article 3 interdit la torture et prévoit que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

<sup>601</sup> Convention du 12 août 1949, article 32 relatif à l'interdiction de la torture et des sévices corporels : « *Les Hautes Parties contractantes s'interdisent expressément toute mesure de nature à causer soit des souffrances physiques, soit l'extermination des personnes protégées en leur pouvoir. Cette interdiction vise non seulement le meurtre, la torture, les peines corporelles, les mutilations et les expériences médicales ou scientifiques non nécessitées par le traitement médical d'une personne protégée, mais également toutes autres brutalités, qu'elles soient le fait d'agents civils ou d'agents militaires* ».

<sup>602</sup> Convention du 12 août 1949, article 13 relatif au traitement humain des prisonniers : « *Les prisonniers de guerre doivent être traités en tout temps avec humanité. Tout acte ou omission illicite de la part de la Puissance détentrice entraînant la mort ou mettant gravement en danger la santé d'un prisonnier de guerre en son pouvoir est interdit et sera considéré comme une grave infraction à la présente Convention. En particulier, aucun prisonnier de guerre ne pourra être soumis à une mutilation physique ou à une expérience médicale ou scientifique de quelque nature qu'elle soit qui ne serait pas justifiée par le traitement médical du prisonnier intéressé et qui ne serait pas dans son intérêt. Les prisonniers de guerre doivent de même être protégés en tout temps, notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique. Les mesures de représailles à leur égard sont interdites* ».

<sup>603</sup> Dir. CEE n° 75-318 du 20 mai 1975, JOCE 9 juin 1975, n° 1 147.

<sup>604</sup> Dir. CEE n° 90/285, JOCE 20 juillet 1990, n° L 189, p. 17.

<sup>605</sup> Dir. n° 2001/20/CE, JOCE 1<sup>er</sup> mai 2001, n° L 121, p. 34.

<sup>606</sup> Loi n° 2004-806, 9 août 2004, JO, 11 août, qui modifie profondément le champ de la recherche biomédicale tel qu'il est mis en place par la loi Huriet-Sérusclat le 20 novembre 1988.

recherche biomédicale<sup>607</sup>. Elle soumet également les Etats membres au « *respect des bonnes pratiques cliniques* »<sup>608</sup>, de fabrication et d'étiquetage du produit afin de prévenir au mieux les dommages engendrés par la recherche<sup>609</sup>. Enfin, elle procède à la création d'une banque européenne de données enregistrant tout « *événement* » ou « *effet indésirable* »<sup>610</sup>.

**223.** Dans ce contexte tendant à l'universalité des interventions juridiques, la France accumule les textes législatifs, témoignant d'une part de la nécessité de légiférer en la matière et d'autre part, de la nécessité pour le droit de suivre continuellement les évolutions scientifiques, dans l'optique de procéder à des mises à jour régulières et pour éviter le dépassement du droit par la science.

## **B. La protection juridique française des personnes se prêtant volontairement à une recherche biomédicale**

**224.** La France instaure sa propre réglementation relative aux essais dont l'homme est le sujet et fixe enfin un cadre juridique à l'expérimentation humaine, mettant en place une protection accrue des personnes se prêtant à ce qu'on appelle dès la loi du 20 novembre 1988 des « *recherches biomédicales* » (a). Néanmoins, ce premier cadre juridique sera remanié par l'intégration du droit communautaire dans la loi française de 2004 (b).

### **a. La consécration juridique de l'encadrement initial des recherches biomédicales par la loi Huriet-Sérusclat du 20 novembre 1988**

**225.** Impulsée par le Conseil d'Etat, le Comité Consultatif National d'Ethique, l'Ordre des médecins et le Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, la loi Huriet-Sérusclat est

---

<sup>607</sup> La directive communautaire jette « *les bases d'une procédure identique à tous les Etats membres pour la réalisation d'essais thérapeutiques* » in Lantrès O., « Recherche biomédicale : évolution ou révolution des normes ? », LPA, 11 juillet 2002, n° 138, p. 17.

<sup>608</sup> Lantrès O., « Recherche biomédicale : évolution ou révolution des normes ? », LPA, 11 juillet 2002, n° 138, p. 22.

<sup>609</sup> L'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la directive 4 avril 2001 entend par pratiques cliniques l'« *ensemble d'exigences de qualité dans les domaines éthique et scientifique, reconnues au plan international, qui doivent être respectées lors de la planification, la mise en œuvre, l'enregistrement et la notification des essais cliniques auxquels des êtres humains participent. Le respect de ces bonnes pratiques garantit la protection des droits, de la sécurité et du bien-être des participants à des essais cliniques, ainsi que la crédibilité des résultats des essais cliniques* ».

<sup>610</sup> V. les articles 11, 16 et 17 de la directive respectivement relatifs à l'échange d'informations, à la notification des événements indésirables et à la notification des effets indésirables graves.

votee le 20 novembre 1988<sup>611</sup>, définissant et organisant un régime spécifique aux essais et expérimentations sur l'homme, s'attachant particulièrement à la protection des sujets qui s'y prêtent<sup>612</sup>. Ses dispositions sont insérées dans le Code de la santé publique aux articles L. 209-1 à -23.

**226. La typologie de la recherche, l'examen médical préalable, l'affiliation à la sécurité sociale et l'obligation d'assurance en responsabilité civile.** La « *recherche biomédicale* » est définie par la loi comme comprenant les *essais, études et expérimentations* pratiqués sur l'être humain<sup>613</sup>. Contrairement à l'interdiction prévue avant 1988, la loi ne distingue pas les recherches selon l'état de santé de la personne mais selon leur but, c'est-à-dire qu'elles présentent ou non un bénéfice individuel direct<sup>614</sup> pour la personne qui en est le sujet, qu'il soit malade ou sain. Les recherches sans finalité thérapeutique directe pour la personne qui s'y prête sont encadrées strictement par le législateur qui veille à la protection de la santé du sujet en s'assurant que ces recherches soient menées sans risque prévisible sérieux et en imposant un examen médical préalable à chaque sujet<sup>615</sup>, qui doit légalement être affilié à un régime de sécurité sociale<sup>616</sup>. Enfin, pour toute recherche biomédicale, le promoteur doit bénéficier d'une assurance garantissant sa responsabilité civile et celles de tous les intervenants<sup>617</sup>.

**227. L'obligation de recueillir le consentement libre et éclairé du sujet de la recherche.** La loi a pour objectif d'organiser la protection de l'ensemble des acteurs de la

---

<sup>611</sup> Loi dite Huriot-Sérusclat n° 88-1138 du 20 novembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale.

<sup>612</sup> Rapport « Sciences de la vie », *De l'éthique au droit*, La documentation française, 1988, à propos de la nécessité d'une intervention législative au vu du progrès de la science biomédicale et de la multiplication des découvertes.

<sup>613</sup> Alinéa 1 de l'article L. 209-1 du Code de la santé publique « *les essais, études ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisés dans les conditions prévues au présent livre et sont désignés ci-après par les termes : "recherche biomédicale"* ».

<sup>614</sup> Article L. 209-1 alinéa 2 : « les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice thérapeutique direct pour la personne qui s'y prête sont des recherches à finalité thérapeutique directe. Toutes les autres recherches, qu'elles portent sur des personnes malades ou non, sont sans finalité thérapeutique directe ».

<sup>615</sup> Article L. 209-14 Code de la santé publique : « *les recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct ne doivent comporter aucun risque prévisible sérieux pour la santé des personnes qui s'y prêtent. Elles doivent être précédées d'un examen médical des personnes concernées. Les résultats de cet examen leur sont communiqués par l'intermédiaire du médecin de leur choix* ».

<sup>616</sup> L. 209-16 du Code de la santé publique : « *toute recherche biomédicale sans bénéfice individuel direct sur une personne qui n'est pas affiliée à un régime de sécurité sociale ou bénéficiaire d'un tel régime est interdite* ».

<sup>617</sup> L. 209-7 al. 3 du Code de la santé publique.

recherche, auteurs<sup>618</sup> et sujets, s'attachant spécifiquement au consentement libre et éclairé<sup>619</sup> de la personne qui se prête à une recherche biomédicale.

**228. Le volet financier de la recherche biomédicale.** D'une manière générale, la recherche biomédicale ne doit pas faire l'objet d'une contrepartie financière<sup>620</sup>, dans la mesure où le corps humain doit demeurer hors commerce, mais seulement d'une indemnisation des conséquences dommageables du sujet de la recherche par le promoteur<sup>621</sup>. Quand la recherche est sans finalité thérapeutique, la loi oblige le promoteur à indemniser la victime des conséquences dommageables, alors même qu'il n'a pas commis de faute. *A contrario*, quand la recherche avec finalité thérapeutique directe provoque un dommage au sujet, le promoteur doit indemniser la victime ou prouver qu'il n'est pas responsable de la faute dommageable<sup>622</sup>. Ainsi, la loi se montre plus sévère en matière de recherche sans finalité thérapeutique directe, avec un régime de responsabilité sans faute. De plus, et contrairement à ce qui est prévu pour la contrepartie financière, le promoteur a l'obligation d'indemniser le sujet majeur en compensation des contraintes subies par la réalisation de la recherche<sup>623</sup>. Ce régime surprotège le sujet comme pour compenser le risque encouru, alors que ce type de recherche est conditionné par l'absence de risque prévisible et direct pour le sujet, et donner ainsi bonne conscience au scientifique qui initie ou dirige la recherche sur un sujet sain qui n'en retirera aucun intérêt ni aucune satisfaction personnels.

**229. L'autorité compétente.** Les Comités de protection des personnes, mis en place par la loi de 1988 à hauteur de un par région, rendent un avis sur les conditions de validité de la recherche et veillent au respect de la protection des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale<sup>624</sup>.

---

<sup>618</sup> Sont entendus comme étant des auteurs de la recherche biomédicale : le promoteur, personne physique ou morale qui prend l'initiative de la recherche ; et l'investigateur, personne physique qui surveille et dirige sa réalisation. Voir article L. 209-1 alinéa 3 : « *La personne physique ou morale qui prend l'initiative d'une recherche biomédicale sur l'être humain est dénommée ci-après le promoteur. La ou les personnes physiques qui dirigent et surveillent la réalisation de la recherche sont dénommées ci-après les investigateurs* ».

<sup>619</sup> Pour le recueil du consentement voir L. 209-9 du Code de la santé publique.

<sup>620</sup> « *Hormis le remboursement des frais exposés* », précise l'article L. 209-8 du Code de la santé publique.

<sup>621</sup> Voir L. 209-7 du Code de la santé publique.

<sup>622</sup> Les deux régimes sont prévus par l'article L. 209-7 du Code de la santé publique.

<sup>623</sup> L. 209-15 du Code de la santé publique.

<sup>624</sup> Pour le contenu légal de l'avis d'un Comité de protection des personnes voir L. 209-12 du Code de la santé publique.

**230. La surprotection des personnes vulnérables.** La loi vise toutes les personnes, qu'elles soient malades ou saines. Cependant, il existe des catégories de personnes vulnérables dont le régime obéit à des règles particulières. En effet, il faut distinguer quatre cas précis : les femmes enceintes, les personnes privées de libertés, les individus incapables et les malades en situation d'urgence. Pour les femmes enceintes, la loi les autorise à être sujet de recherche sans finalité thérapeutique directe si celle-ci ne présente aucun risque pour la femme et l'enfant à naître et qu'elle se montre utile pour la grossesse et l'allaitement<sup>625</sup>. Concernant les personnes privées de liberté, il s'agit des détenus, privés de liberté par décision judiciaire et des individus internés, privés de liberté par décision administrative. Ces personnes peuvent être l'objet d'une recherche avec finalité thérapeutique directe uniquement et celle-ci doit présenter un bénéfice non seulement direct mais également majeur. La loi pose ainsi un principe d'interdiction de mener des recherches sur une personne privée de liberté en accordant dans le même temps une dérogation<sup>626</sup>. Aux termes de la loi, les individus incapables et les malades en situation d'urgence sont soumis à la même règle que la précédente, à savoir qu'ils ne peuvent participer qu'à une recherche biomédicale à finalité thérapeutique directe. Néanmoins, la loi prévoit trois conditions cumulatives dérogatoires leur permettant d'être le sujet d'une recherche sans finalité thérapeutique directe. En effet, cette recherche doit leur être utile, sans risque et ne peut être mise en œuvre qu'en l'absence d'une solution alternative<sup>627</sup>.

**231. Les conditions légales de la recherche biomédicale.** Tout d'abord, la loi prévoit trois conditions négatives d'expérimentation, c'est-à-dire d'après lesquelles on ne peut pas mener de recherche biomédicale. Ainsi et *a contrario*, pour qu'une recherche soit autorisée, elle doit impérativement se fonder sur des connaissances scientifiques acquises et une expérimentation préclinique suffisante. Le risque pour la personne doit être proportionnel au bénéfice ou à l'intérêt de la recherche. La recherche doit étendre les connaissances et moyens

---

<sup>625</sup> L. 209-4 Code de la santé publique : « *les recherches sans bénéfice individuel direct sur les femmes enceintes ou qui allaitent ne sont admises que si elles ne présentent aucun risque prévisible pour la santé de la femme ou de l'enfant et si elles sont utiles à la connaissance des phénomènes liés à la grossesse ou à l'allaitement* ».

<sup>626</sup> L. 209-5 Code de la santé publique : « *les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales que s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé* ».

<sup>627</sup> L. 209-6 Code de la santé publique « *Les mineurs, les majeurs sous tutelle, les personnes séjournant dans un établissement sanitaire ou social et les malades en situation d'urgence ne peuvent être sollicités pour une recherche biomédicale que si l'on peut en attendre un bénéfice direct pour leur santé. Toutefois, les recherches sans bénéfice individuel direct sont admises si les trois conditions suivantes sont remplies : - ne présenter aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ; - être utiles à des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap ; - ne pouvoir être réalisées autrement* ».



afin d'améliorer la condition de l'être humain<sup>628</sup>. De plus, la loi prévoit deux conditions d'expérimentation relatives au déroulement de la recherche. En ce sens, le législateur exige d'une part que la recherche soit menée par un médecin expérimenté ; d'autre part, il impose le respect de l'obligation de se tenir dans des conditions adaptées et compatibles avec la rigueur scientifique et de veiller à la sécurité des personnes<sup>629</sup>.

**232.** Ce premier cadre juridique est modifié avec le temps et notamment par la directive de 2001, harmonisant les législations européennes relatives aux bonnes pratiques cliniques et transposée en droit français par la loi du 9 août 2004. En vertu de l'ordonnance du 15 juin 2000<sup>630</sup>, les articles L. 209-1 à -23 du Code de la santé publique deviennent les articles L. 1121-1 à L. 1126-7, répartissant la réglementation de la recherche biomédicale en six chapitres.

#### **b. La prise en compte du droit européen dans la révision de la loi du 9 août 2004 transposant la directive européenne du 4 avril 2001**

**233.** La directive du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001<sup>631</sup> « *concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain* »<sup>632</sup> est transposée en droit français par la loi votée le 9 août 2004<sup>633</sup>. Cette transposition la rendant indispensable<sup>634</sup>. Elle révisé la législation

---

<sup>628</sup> Ces conditions sont énoncées de façon négative à l'article L. 209-2 du Code de la santé publique : « *aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain : - si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ; - si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ; - si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition* ».

<sup>629</sup> Article L. 209-3 du Code de la santé publique : « *Les recherches biomédicales ne peuvent être effectuées que : - sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée ; - dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces recherches* ».

<sup>630</sup> Ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du Code de la santé publique, réorganisant et modifiant cette partie législative.

<sup>631</sup> Dir. n° 2001/20/CE, JOCE 1<sup>er</sup> mai 2001, n° L 121, p. 34, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain.

<sup>632</sup> Cette directive a été abrogée par le Règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain.

<sup>633</sup> Loi n° 2004-806, 9 août 2004, JO, 11 août, prévoit son entrée en application le 11 août 2004 pour les dispositions relatives à l'information et au consentement seulement. Le reste est entré en application le 27 août 2006 suite au décret du 26 avril 2006 n° 2006-477. Voir les articles 88 à 92 de la loi.

précédente, introduisant une procédure allégée pour les recherches sans risque « *portant sur les soins courants* »<sup>635</sup>, et intégrant les essais cliniques de médicaments, jusqu'alors inconnus de la législation française.

**234. Typologie et volet financier de la recherche, examen médical préalable, responsabilité civile et obligation d'affiliation à un régime de sécurité sociale.** La loi de 2004 abandonne les notions d'essais et d'expérimentations dans sa définition de la recherche biomédicale, pour les remplacer plus généralement par « *les recherches (...) sur l'être humain* ». En rupture avec le texte précédent, cette loi abolit la distinction avec ou sans bénéfice direct pour la remplacer par une notion unique de « *bénéfice-risque* »<sup>636</sup>. La loi de 2004 refuse d'appliquer les mêmes règles à des recherches pouvant présenter des risques différents. Ainsi, elle exclue *de facto* de son domaine les recherches portant sur les soins courants, visant à évaluer des techniques ordinaires et celles qui seraient non interventionnelles, consistant à observer la réaction du patient<sup>637</sup>. Le régime d'indemnisation de la recherche biomédicale tel qu'issu de la loi du 9 août 2004 correspond à une responsabilité pour faute. En effet, les conséquences dommageables résultant d'une faute provoquée par le promoteur ou par un intervenant, font l'objet d'une indemnisation par le promoteur. En revanche, quand sa responsabilité ne peut être engagée, la loi dispose que le sujet peut être indemnisé par l'ONIAM<sup>638</sup>. De plus, une assurance attestant la responsabilité

---

<sup>634</sup> Sur la légitimité et le caractère indispensable de cette révision en 2004 v. Lemaire F., « Faut-il réviser à nouveau la législation sur la recherche biomédicale ? », in *Recherches sur la personne et évolutions juridiques*, Colloque organisé par l'Institut Droit et Santé (IDS) de l'Université Paris Descartes et l'Institut Maurice Raupin, Paris, 7 avril 2009, Gaz. Pal., n° spécial, 22-23 mai 2009, pp. 1673-1676.

<sup>635</sup> V. L. 1121-1-2° Code de la santé publique et Lemaire F., « La recherche portant sur les soins courants : une nouvelle catégorie de recherche classique autorisée par la loi », *La Presse Médicale*, 2007, 36, pp. 1262-1266.

<sup>636</sup> L. 1121-1 Code de la santé publique : « *Les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre et sont désignées ci-après par les termes "recherche biomédicale". Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas : 1° Aux recherches dans lesquelles tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle, sans aucune procédure supplémentaire ou inhabituelle de diagnostic ou de surveillance ; 2° Aux recherches visant à évaluer les soins courants, autres que celles portant sur des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 et figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat, lorsque tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle mais que des modalités particulières de surveillance sont prévues par un protocole, obligatoirement soumis à l'avis consultatif du comité mentionné à l'article L. 1123-1. Ce protocole précise également les modalités d'information des personnes concernées* ».

<sup>637</sup> Brissy S., « Les définitions des catégories de recherches sur la personne et leurs évolutions – Le point de vue du juriste », in *Recherches sur la personne et évolutions juridiques*, Colloque organisé par l'Institut Droit et Santé (IDS) de l'Université Paris Descartes et l'Institut Maurice Raupin, Paris, 7 avril 2009, Gaz. Pal., n° spécial, 22-23 mai 2009, p. 1681.

<sup>638</sup> L. 1121-10 al. 1 et 2 Code de la santé publique : « *Le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à*

civile du promoteur et des intervenants doit obligatoirement être souscrite par le promoteur, sauf si celui-ci est l'Etat<sup>639</sup>. Cette garantie permet d'assurer à la personne qui se prête à la recherche l'indemnisation de la part du promoteur d'un éventuel préjudice dommageable dans un délai de dix ans à compter de la fin de la recherche en question<sup>640</sup>.

L'article L. 1121-11 du Code de la santé publique n'est plus relatif aux recherches sans bénéfice individuel direct car cette distinction est abandonnée par la loi nouvelle. Néanmoins, cette disposition du Code regroupe plusieurs généralités relatives à la recherche biomédicale. Tout d'abord, le législateur reprend peu ou prou les articles L. 209-7 et -8 anciens interdisant toute contrepartie financière pour la personne qui se prête à une recherche et prévoyant une « *indemnité en compensation des contraintes subies* » versée par le promoteur<sup>641</sup>. Ensuite, il est précisé que cette indemnité ne peut être versée aux personnes vulnérables dont la loi organise un régime spécial en ce qui concerne la recherche biomédicale. Il s'agit des mineurs, des personnes privées de libertés, celles faisant l'objet d'une protection légale ou ayant été hospitalisées sans leur consentement et des majeurs incapables<sup>642</sup>. Puis, la loi de 2004 impose, à la différence de celle de 1988 qui distinguait deux types de recherches, un examen médical préalable à chaque recherche biomédicale<sup>643</sup>, sauf dérogation légale<sup>644</sup>. Enfin, à l'image de l'alinéa précédent et pour une protection légale de

---

*la recherche. Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées dans les conditions prévues à l'article L. 1142-3. »*

<sup>639</sup> L. 1121-10 al. 3 et 5 Code de la santé publique : « *La recherche biomédicale exige la souscription préalable, par son promoteur, d'une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public. Pour l'application du présent article, l'Etat, lorsqu'il a la qualité de promoteur, n'est pas tenu de souscrire à l'obligation d'assurance prévue au troisième alinéa du présent article. Il est toutefois soumis aux obligations incombant à l'assureur* ».

<sup>640</sup> L. 1121-10 al. 4 Code de la santé publique : « *La garantie d'assurance de responsabilité visée à l'alinéa précédent couvre les conséquences pécuniaires des sinistres trouvant leur cause génératrice dans une recherche biomédicale, dès lors que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre le début de cette recherche et l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à dix ans courant à partir de la fin de celle-ci* ».

<sup>641</sup> L. 1121-11 al. 1 Code de la santé publique : « *La recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant, l'indemnité en compensation des contraintes subies versée par le promoteur. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé* ».

<sup>642</sup> L. 1121-11 al. 2 Code de la santé publique : « *Le versement d'une telle indemnité est interdit dans le cas des recherches biomédicales effectuées sur des mineurs, des personnes qui font l'objet d'une mesure de protection légale, des personnes majeures hors d'état d'exprimer leur consentement, des personnes privées de liberté, des personnes hospitalisées sans leur consentement et des personnes admises dans un établissement sanitaire et social à d'autres fins que la recherche* ».

<sup>643</sup> L. 1121-11 al. 3 Code de la santé publique : « *Les personnes susceptibles de se prêter à des recherches biomédicales bénéficient d'un examen médical préalable adapté à la recherche. Les résultats de cet examen leur sont communiqués directement ou par l'intermédiaire du médecin de leur choix* ».

<sup>644</sup> Voir L. 1121-11 al. 4 Code de la santé publique.

l'ensemble des acteurs de la recherche, l'affiliation à la sécurité sociale en devient une condition *sine qua non*<sup>645</sup>.

**235. Le consentement libre et éclairé du sujet de la recherche**<sup>646</sup>. En droit de la santé, le consentement de la personne est recueilli par le professionnel de santé avant toute intervention. La seule dérogation que connaît cette obligation concerne toute intervention ayant un caractère urgent en raison de l'engagement du pronostic vital du patient. Aussi, ce consentement est-il nécessaire après que le praticien a donné l'information adéquate au patient sur l'intervention en question. Cette double exigence d'information et de consentement de la personne implique un certain respect de la dignité de la personne concernée, qui, une fois informée, consent à la recherche biomédicale sur son corps.

**236. L'autorité compétente en matière de recherche.** Le Comité de protection des personnes créé par la loi de 1988 doit donner son avis favorable<sup>647</sup> à la mise en œuvre de la recherche<sup>648</sup>. Après cet avis devenu obligatoire, anciennement consultatif, une autorisation doit être donnée par l'AFSSAPS, en sa qualité d'autorité compétente<sup>649</sup>.

**237. La constitution de bases et de fichiers nationaux : l'élargissement des règles de bonne pratique.** Ceci témoigne de la prise en compte des technologies par le législateur de 2004, confrontés à de nouvelles questions propres au début du III<sup>e</sup> millénaire. Ainsi, une base de données nationales des recherches biomédicales est mise en place par l'autorité compétente, c'est-à-dire l'ancienne AFSSAPS<sup>650</sup>. De plus, est mis en place un fichier national ayant pour but le recensement des personnes se prêtant à la recherche, malades ou saines<sup>651</sup>. Aussi, le comité peut décider d'inscrire une personne dans le fichier en raison des risques et des contraintes présentés par la recherche<sup>652</sup>.

---

<sup>645</sup> L. 1121-11 al. 5 Code de la santé publique : « toute recherche biomédicale sur une personne qui n'est pas affiliée à un régime de sécurité sociale ou bénéficiaire d'un tel régime est interdite ».

<sup>646</sup> À propos de l'information et du consentement de la personne voir les articles L. 1122-1 à -2 Code de la santé publique.

<sup>647</sup> V. l'article L. 1123-7 du Code de la santé publique, l'avis du Comité doit se fonder sur 12 points correspondants aux conditions de validité de la recherche.

<sup>648</sup> L. 1121-4 Code de la santé publique : « la recherche biomédicale ne peut être mise en œuvre qu'après avis favorable du comité de protection des personnes mentionné à l'article L. 1123-1 et autorisation de l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 1123-12 ».

<sup>649</sup> Qualité déterminée par L. 1123-12 Code de la santé publique.

<sup>650</sup> V. L. 1121-15 Code de la santé publique pour l'établissement et la gestion de cette base nationale.

<sup>651</sup> La personne malade n'est concernée par ce fichage que si la recherche est sans rapport avec sa pathologie.

<sup>652</sup> V. article L. 1121-16 Code de la santé publique.

**238. Le champ d'application de la recherche : le maintien de la surprotection des personnes vulnérables.** Toute personne peut librement se prêter à une recherche biomédicale en vertu du principe de libre participation<sup>653</sup> à la recherche dont la loi fait état, dans les limites des exceptions légales. En effet, la loi nouvelle maintient l'existence de catégories surprotégées<sup>654</sup>, dites les personnes vulnérables<sup>655</sup>. À ce titre, les femmes enceintes ne peuvent être sujet d'une recherche que dans certaines conditions relatives au bénéfice escompté pour elles ou d'autres femmes enceintes<sup>656</sup>. Il en va de même pour les personnes privées de leur liberté, individus détenus et internés ainsi que celles hospitalisées sans leur consentement<sup>657</sup>. Concernant les mineurs et les majeurs incapables ou hors d'état d'exprimer leur consentement, ils peuvent se prêter à des recherches au regard des mêmes conditions relatives au bénéfice escompté et seulement s'il n'existe pas d'alternative pouvant impliquer : une personne majeure, si on parle de recherche portant sur un mineur<sup>658</sup>, ou une autre catégorie de la population, s'agissant des personnes majeures<sup>659</sup>. Enfin, la loi de 2004 interdit la recherche

---

<sup>653</sup> Lantrès O., « Recherche biomédicale : évolution ou révolution des normes ? », LPA, 11 juillet 2002, n° 138, p. 18.

<sup>654</sup> Lantrès O., « Recherche biomédicale : évolution ou révolution des normes ? », LPA, 11 juillet 2002, n° 138, p. 19.

<sup>655</sup> Pour plus de précisions sur le traitement des personnes vulnérables par la loi de 2004 v. Giocanti D., « Recherches biomédicales et personnes vulnérables : incidences de la loi 2004-806 du 9 août 2004 », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, pp. 90-116.

<sup>656</sup> L. 1121-5 Code de la santé publique : « *Les femmes enceintes, les parturientes et les mères qui allaitent ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales que dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour elles-mêmes ou pour l'enfant est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres femmes se trouvant dans la même situation ou pour leur enfant et à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal* ».

<sup>657</sup> L. 1121-6 Code de la santé publique : « *Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative, les personnes hospitalisées sans consentement en vertu des articles L. 3212-1 et L. 3213-1 qui ne relèvent pas des dispositions de l'article L. 1121-8 et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que celle de la recherche ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales que dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes se trouvant dans la même situation juridique ou administrative à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal* ».

<sup>658</sup> L. 1121-7 Code de la santé publique : « *Les mineurs ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches biomédicales que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures et dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal* ».

<sup>659</sup> L. 1121-8 Code de la santé publique : « *Les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection légale ou hors d'état d'exprimer leur consentement ne peuvent être sollicitées pour des recherches biomédicales que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population et dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté* ».

sur une personne décédée, sauf si cette personne a donné son consentement de son vivant<sup>660</sup> ou, si cette personne est mineure, si les titulaires de l'autorité parentale sont en mesure de le donner<sup>661</sup>.

**239. Les conditions légales de la recherche biomédicale.** La loi de 2004 ajoute aux conditions scientifique et au bénéfice escompté une condition supplémentaire à la recherche, dans le souci d'une protection accrue de la personne qui s'y prête. En effet, désormais est inscrite dans la loi l'obligation de réduire la douleur, les désagréments, la peur ou tout autre inconvénient pouvant naître de la recherche, dans la mesure où « *l'intérêt de la personne prime toujours l'intérêt de la science et de la société* »<sup>662</sup>. Les conditions de mise en œuvre de la recherche mentionnent toujours la présence d'un médecin expérimenté et le respect des conditions technique et matérielle de sécurité<sup>663</sup>. L'article est complété par quelques précisions concernant les recherches biomédicales autres que celles portant sur les produits prévus par décret en Conseil d'Etat, qui ne comportent que des risques négligeables et qui n'ont pas d'influence sur la prise en charge médicale<sup>664</sup>. De plus, les recherches sur les médicaments sont soumises au respect des règles de bonnes pratiques cliniques fixées par arrêté du ministre de la Santé sur proposition de l'AFSSAPS<sup>665</sup>. Enfin, la loi encadre l'accès aux données personnelles en vue du contrôle de qualité de la recherche<sup>666</sup>.

---

*pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».*

<sup>660</sup> L. 1121-14 al. 1 Code de la santé publique : « *Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur une personne décédée, en état de mort cérébrale, sans son consentement exprimé de son vivant ou par le témoignage de sa famille* ».

<sup>661</sup> L. 1121-14 al. 2 Code de la santé publique : « *Toutefois, lorsque la personne décédée est un mineur, ce consentement est exprimé par chacun des titulaires de l'autorité parentale. En cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, la recherche peut être effectuée à condition que l'autre titulaire y consente* ».

<sup>662</sup> L. 1121-2 Code de la santé publique : « *Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain : - si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ; - si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ; - si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition ; - si la recherche biomédicale n'a pas été conçue de telle façon que soient réduits au minimum la douleur, les désagréments, la peur et tout autre inconvénient prévisible lié à la maladie ou à la recherche, en tenant compte particulièrement du degré de maturité pour les mineurs et de la capacité de compréhension pour les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement.*

*L'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société ».*

<sup>663</sup> L. 1121-3 Code de la santé publique.

<sup>664</sup> L. 1121-2 al. 4 Code de la santé publique : « *Par dérogation au deuxième alinéa, les recherches biomédicales autres que celles portant sur des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 et figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat, qui ne comportent que des risques négligeables et n'ont aucune influence sur la prise en charge médicale de la personne qui s'y prête, peuvent être effectuées sous la direction et la surveillance d'une personne qualifiée* ».

<sup>665</sup> L. 1121-2 al. 5 Code de la santé publique : « *Les recherches biomédicales portant sur des médicaments sont réalisées dans le respect des règles de bonnes pratiques cliniques fixées par arrêté du ministre chargé de la*

**240.** Les dispositions de la loi de 2004 se substituent à celle de la loi Huriet-Sérusclat en vertu de la loi Santé du 4 mars 2002<sup>667</sup>. Toutefois, la directive de 2001 a été abrogée par le Règlement de 2014<sup>668</sup>, mais la loi du 9 août 2004 demeure applicable en vertu de l'absence de décrets d'application pour la loi de 2012 qui ne parvient pas à entrer en vigueur.

## **§2. L'adaptabilité du droit aux évolutions biotechnologiques dans les limites de la dignité humaine**

**241.** Ce besoin d'adaptation du droit à la science se manifeste d'abord en 2012, par l'apparition du terme « personne humaine » dans l'intitulé de la loi relative à la recherche impliquant la personne humaine (A) puis par la régularité de la mise à jour des dispositions juridiques relative à la recherche (B).

### **A. L'apparition de la notion de personne humaine dans la loi du 5 mars 2012<sup>669</sup> relative à la recherche**

**242.** Malgré quelques difficultés dans les mécanismes mis en place, notamment l'absence ponctuelle de dispositions précises et propres à la recherche non interventionnelle, un cadre juridique unifié et simplifié paraissait nécessaire afin de cerner l'ensemble des protocoles de recherche.

**243. L'élargissement de la typologie de la recherche : l'inclusion des recherches non interventionnelles.** Tout d'abord, la recherche biomédicale devient la « *recherche impliquant la personne humaine* ». Le législateur distingue désormais trois catégories de recherches, fondées sur la notion de risque, à savoir : la recherche interventionnelle avec intervention sur la personne non justifiée par sa prise en charge, la recherche interventionnelle

---

*santé sur proposition de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. Pour les autres recherches, des recommandations de bonnes pratiques sont fixées par arrêté du ministre chargé de la santé, sur proposition de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé pour les produits mentionnés à l'article L. 5311-1 ».*

<sup>666</sup> L. 1121-2 al. 6 Code de la santé publique : « Les personnes chargées du contrôle de qualité d'une recherche biomédicale et dûment mandatées à cet effet par le promoteur ont accès, sous réserve de l'accord des personnes concernées, aux données individuelles strictement nécessaires à ce contrôle ; elles sont soumises au secret professionnel dans les conditions définies par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ».

<sup>667</sup> Loi n° 2002-303, 4 mars 2002, JO, 5 mars.

<sup>668</sup> Règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain.

<sup>669</sup> Loi n° 2012-300, 5 mars 2012, NOR : SASX0901817L : JO, 6 mars.

qui ne porte pas sur des médicaments et ne comporte que des risques et contraintes minimales et enfin, la recherche non interventionnelle ou observationnelle dans laquelle tous les actes sont pratiqués et tous les produits utilisés de manière habituelle<sup>670</sup>. Cet élargissement est logiquement conduit par la diversité des techniques scientifiques, applicables et utilisées à l'heure de la loi de 2012, mais alors inconnues en 1988 et trop nouvelles en 2004<sup>671</sup>. Les recherches interventionnelles qui ne portent pas sur des médicaments et les recherches non interventionnelles sont recensées dans un répertoire rendu public dans des conditions fixées par le ministre de la Santé. Les résultats des recherches sont rendus publics dans un délai raisonnable et doivent préciser le lieu de leur réalisation si celle-ci est entreprise hors Union européenne<sup>672</sup>. La loi apporte également une précision quant à la recherche à finalité non commerciale, qui correspond à celle « *dont les résultats ne sont pas exploités à des fins lucratives, qui poursuivent un objectif de santé publique et dont le promoteur ou le ou les investigateurs sont indépendants à l'égard des entreprises qui fabriquent ou qui commercialisent les produits* »<sup>673</sup>. La prise en charge, par les caisses d'assurance maladie, des produits soumis à une telle recherche est soumise à plusieurs conditions<sup>674</sup>.

**244. Le volet financier de la recherche.** La recherche impliquant la personne humaine garde les mêmes exigences concernant l'absence de contrepartie financière, prévoyant l'indemnité en compensation des contraintes subies, due par le promoteur<sup>675</sup>. Cette indemnité, à l'instar de la loi précédente, ne peut être versée aux personnes dites vulnérables et pour lesquelles la loi organise des modalités particulières afin de participer à une recherche scientifique<sup>676</sup>. De son côté, l'indemnisation des conséquences dommageables résultant de la

---

<sup>670</sup> Art. L. 1121-1 Code de la santé publique : « *les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre et sont désignées ci-après par les termes "recherche impliquant la personne humaine". Il existe trois catégories de recherches impliquant la personne humaine : 1° Les recherches interventionnelles qui comportent une intervention sur la personne non justifiée par sa prise en charge habituelle ; 2° Les recherches interventionnelles qui ne portent pas sur des médicaments et ne comportent que des risques et des contraintes minimales, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ; 3° Les recherches non interventionnelles dans lesquelles tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle, sans procédure supplémentaire ou inhabituelle de diagnostic, de traitement ou de surveillance* ».

<sup>671</sup> Laude A., « La réforme de la loi sur les recherches biomédicales », D. 2009, p. 1150 : « *or, la diversité de ces techniques, hier invasives, aujourd'hui bien souvent non interventionnelles, conduit à appréhender la notion de recherche de manière plus large* ».

<sup>672</sup> V. art. L. 1121-15 Code de la santé publique modifié par la loi de 2012.

<sup>673</sup> Art. L. 1121-16-1 al. 1 Code de la santé publique.

<sup>674</sup> Pour ces conditions, voir L. 1121-16-1 al. 3 Code de la santé publique. Et pour une recherche qui, en cours de route, sort de la catégorie des recherches à finalité non commerciale, voir les alinéas suivants.

<sup>675</sup> Art. L. 1121-11 al. 1 Code de la santé publique.

<sup>676</sup> Art. L. 1121-11 al. 2 Code de la santé publique.



recherche répond toujours à un régime de responsabilité pour faute, qui est à prouver par le promoteur ou tout autre intervenant fautif<sup>677</sup>. Les conditions relatives à l'Etat quand il a qualité de promoteur restent inchangées<sup>678</sup>. Toutefois, la loi de 2012 a recréé des types de recherches soumis à des régimes légaux différents. Par exemple, considérant l'obligation de garantie en responsabilité civile souscrite par le promoteur, elle ne concerne que les recherches interventionnelles<sup>679</sup> et la loi est dépourvue de précision supplémentaire.

**245. Un examen préalable partiellement facultatif.** Désormais et contrairement à la loi précédente, l'examen préalable n'est imposé qu'en cas de « *recherches interventionnelles qui comportent une intervention sur la personne non justifiée par sa prise en charge habituelle* »<sup>680</sup>, correspondant à la première catégorie de recherches visée par le législateur.

**246. L'exigence variable de l'information et du consentement libre et éclairé de la personne.** Le régime de l'information et du consentement de la personne est différent selon le type de recherche<sup>681</sup> et est encadré par un chapitre différent des dispositions générales. En effet, l'information et le recueil du consentement « *varient selon le degré d'intervention* »<sup>682</sup>, en vertu de la volonté du législateur de renforcer la protection des personnes qui se prêtent à la recherche, cette protection commençant par son respect absolu. De plus, le comité de protection des personnes a l'obligation, dans son avis concernant un projet de recherche, de veiller au respect de ce consentement éclairé et de s'assurer de l'« *absence d'opposition* »<sup>683</sup> de la personne, faisant de cette exigence, une condition *sine qua non* de la recherche. Ce consentement éclairé est exigé pour tout acte médical ou de soin, sauf décision légale contraire. Or, il semble important de le mentionner dans la mesure où cette exigence, ne concernant pas uniquement la recherche sur l'être humain, sert notamment d'obstacle à la reproduction des situations précédemment engendrées par la médecine nazie.

---

<sup>677</sup> Art. L. 1121-10 al. 1 Code de la santé publique.

<sup>678</sup> V. al. 5 du même article.

<sup>679</sup> Art. L. 1121-10 al. 3 et 4 Code de la santé publique.

<sup>680</sup> Art. L. 1121-11 al. 3 Code de la santé publique.

<sup>681</sup> Voir les articles du chapitre suivant, à savoir L. 1122-1 à -2 Code de la santé publique.

<sup>682</sup> Leroyer A.-M., « Recherches sur la personne humaine – Autorisation – Protection – Examen des caractéristiques génétiques – Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine (JO du 6 mars 2012, p. 4138) », RTD civil, 2012, p. 384.

<sup>683</sup> Art. L. 1123-7 Code de la santé publique, 2<sup>ème</sup> condition de validité que le comité doit observer dans son avis avant toute recherche : « *l'adéquation, l'exhaustivité et l'intelligibilité des informations écrites à fournir ainsi que la procédure à suivre pour obtenir le consentement éclairé, et la justification de la recherche sur des personnes incapables de donner leur consentement éclairé ou, le cas échéant, pour vérifier l'absence d'opposition* ».

**247. La nouvelle spécificité de l'obligation d'affiliation à la sécurité sociale.** La loi de 2012 crée un article unique concernant l'obligation d'affiliation à la sécurité sociale et permet aux personnes de déroger à cette exigence pour les seules recherches non interventionnelles. Elle précise qu'à titre dérogatoire, le comité peut même autoriser ces personnes à se prêter à des recherches interventionnelles. Dans ce cas, l'autorisation doit se fonder sur une des deux conditions relatives au bénéfice pour ces personnes qui doit justifier le risque encouru ou au bénéfice pour d'autres personnes se trouvant dans la même situation juridique, exigeant dans ce cas que le risque soit nul et les contraintes minimales<sup>684</sup>.

**248. La confirmation du fichage des données personnelles issues de la recherche.** Le droit s'adapte aux évolutions biotechnologiques. Ainsi, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) est chargée d'établir et d'alimenter la base des données nationales des recherches pour la première catégorie de recherches interventionnelles uniquement. Elle est en lien avec l'organisme s'occupant de la base européenne de données pour les recherches portant sur des médicaments<sup>685</sup>. Les deux autres types de recherches figurent dans un répertoire rendu public par le ministre de la santé<sup>686</sup>. Enfin et toujours dans un souci d'adaptation du droit à la science, est constitué un fichier national veillant au recensement des personnes malades et saines se prêtant à la recherche. Ce fichage est imposé par la loi pour les recherches interventionnelles de première catégorie portant sur des médicaments tels qu'entendus à l'article L. 5311-1 dressant la liste des produits de santé tombant sous la juridiction de l'ANSM, autorité compétente<sup>687</sup>. Cependant, la loi laisse aux

---

<sup>684</sup> L. 1121-8-1 nouveau du Code de la santé publique : « Les personnes qui ne sont pas affiliées à un régime de sécurité sociale ou bénéficiaires d'un tel régime peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches non interventionnelles. A titre dérogatoire, le comité de protection des personnes peut autoriser une personne qui n'est pas affiliée à un régime de sécurité sociale ou bénéficiaire d'un tel régime à se prêter à des recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1. Cette autorisation est motivée. Elle doit se fonder au moins sur l'une des conditions suivantes : 1° L'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; 2° Ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes se trouvant dans la même situation juridique. Dans ce cas, le risque prévisible doit être nul et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minime ».

<sup>685</sup> L. 1121-15 al. 1 Code de la santé publique.

<sup>686</sup> L. 1121-15 al. 4 Code de la santé publique.

<sup>687</sup> L. 1121-16 al. 1 Code de la santé publique : « En vue de l'application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 1121-11 et de l'article L. 1121-12 et pour les recherches mentionnées au 1° de l'article L. 1121-1 portant sur les produits mentionnés à l'article L. 5311-1, un fichier national recense les personnes qui ne présentent aucune affection et se prêtent volontairement à ces recherches ainsi que les personnes malades lorsque l'objet de la recherche est sans rapport avec leur état pathologique ».

comités de protection le soin d'élargir ce fichage à d'autres personnes se prêtant à d'autres recherches<sup>688</sup>, lui accordant ainsi une certaine autonomie dans la constitution de ce fichier.

**249. L'autorité compétente**<sup>689</sup>. Il existe un partage de compétences en ce domaine entre l'ancienne AFSSAPS devenue l'ANSM<sup>690</sup> et le ministre chargé de la santé, l'Agence nationale étant considérée comme l'autorité de régulation de droit commun<sup>691</sup>. De plus, la loi nouvelle est à l'origine de la création d'une commission nationale des recherches sur la personne humaine auprès du ministre de la Santé, laquelle est « *chargée d'assurer la coordination, l'harmonisation et l'évaluation des pratiques des comités de protection des personnes* »<sup>692</sup>. Ces derniers sont en effet consultés pour avis sur une recherche<sup>693</sup>. À la demande du promoteur, la commission nationale peut désigner un autre comité que celui prévu pour l'examen du projet de recherche, ce qui lui était impossible auparavant. De même qu'en cas d'avis défavorable d'un comité, le promoteur peut saisir la commission afin d'obtenir le réexamen de son projet devant un autre comité, alors qu'avant et en cas d'avis défavorable, il ne pouvait demander un nouvel avis au même comité qu'après modification du projet de recherche. Ces procédures sont légalement encadrées<sup>694</sup>. L'avis du comité est rendu au regard d'une série de conditions de validité de la recherche<sup>695</sup>, listées à l'article L. 1123-7

---

<sup>688</sup> L. 1121-16 al. 2 Code de la santé publique : « *Toutefois, le comité de protection des personnes peut décider dans d'autres cas, compte tenu des risques et des contraintes que comporte la recherche impliquant la personne humaine, que les personnes qui y participent doivent être également inscrites dans ce fichier* ».

<sup>689</sup> Voir le chapitre correspondant « Comité de protection des personnes et autorité compétente » codifié aux articles L. 1123-1 à -14 du Code de la santé publique.

<sup>690</sup> Depuis la loi de 2012, cet établissement public est connu sous le nom d'Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM). Or, elle était anciennement appelée Agence du médicament de sa date de création en 1993 jusqu'en 1999, puis Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé jusqu'en 2012.

<sup>691</sup> Mouralis J.-L., « Le cadre juridique de la recherche biomédicale en droit positif français », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, p. 53.

<sup>692</sup> L. 1123-1-1 al. 1 du Code de la santé publique.

<sup>693</sup> L. 1121-4 Code de la santé publique fait la distinction entre les deux catégories de recherches interventionnelles et impose aux recherches non interventionnelles la procédure requise pour les secondes recherches interventionnelles. En cas de doute sérieux quant à la qualification d'une recherche, le Comité saisit pour avis l'autorité compétente : l'ANSM (v. al. 5).

<sup>694</sup> L. 1123-6 Code de la santé publique : « *Avant de réaliser une recherche impliquant la personne humaine, le promoteur en soumet le projet à l'avis d'un comité de protection des personnes désigné de manière aléatoire par la commission nationale mentionnée à l'article L. 1123-1-1. Il ne peut solliciter qu'un avis par projet de recherche. Avant que le comité rende son avis, le promoteur peut demander à la commission nationale de désigner un autre comité de protection des personnes pour l'examen du projet. La commission nationale désigne ce second comité de manière aléatoire dans un délai ne pouvant excéder un mois à compter de la demande. En cas d'avis défavorable du comité, le promoteur peut demander à la commission nationale de soumettre le projet, pour un second examen, à un autre comité de protection des personnes. La commission nationale désigne cet autre comité de manière aléatoire dans un délai ne pouvant excéder un mois à compter de la demande* ».

<sup>695</sup> L'article L. 1123-7-1 du Code de la santé publique précise que le comité rend son avis sur les conditions de validité de la recherche prévues aux articles L. 1121-2 et L. 1123-7 alinéas 2 à 11.

du Code<sup>696</sup>. L'autorité compétente en matière d'autorisation de la recherche impliquant la personne humaine est l'ancienne AFSSAPS devenue l'ANSM<sup>697</sup>.

**250. Le champ d'application de la recherche, le maintien de la surprotection des personnes vulnérables.** La loi de 2012 permet à toute personne de se prêter à l'une des trois recherches définies par la loi, dans la limite des conditions particulières réservées à certaines personnes vulnérables. Dans tous les cas, ces personnes particulièrement protégées ne peuvent pas faire l'objet de recherches non interventionnelles. Tout d'abord et concernant les femmes enceintes, la loi nouvelle reprend les conditions particulières prévues en 2004<sup>698</sup>. Ensuite, la loi reprend les anciennes conditions concernant les personnes privées de liberté, dans la limite des recherches interventionnelles<sup>699</sup>. Enfin, le régime demeure inchangé s'agissant des mineurs<sup>700</sup> et majeurs incapables ou hors d'état d'exprimer leur volonté<sup>701</sup>. Considérant la

---

<sup>696</sup> Voir L. 1123-7 du Code de la santé publique, qui ajoute une 2<sup>ème</sup> condition de vérification de l'absence d'opposition de la personne. Puis après ajoute deux conditions supplémentaires à celles préexistantes en vertu de la loi de 2004 : la pertinence scientifique et éthique des projets de Constitution de collections d'échantillons biologiques, la méthodologie de la recherche au regard de la loi de 1978 sur l'informatique et les libertés et la nécessité du recours à la collecte et au traitement de données à caractère personnel ainsi que leur pertinence par rapport à l'objectif de la recherche.

<sup>697</sup> L. 1123-12 Code de la santé publique.

<sup>698</sup> L. 1121-5 Code de la santé publique : « Les femmes enceintes, les parturientes et les mères qui allaitent ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches mentionnées aux 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup> de l'article L. 1121-1 que dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour elles-mêmes ou pour l'enfant est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres femmes se trouvant dans la même situation ou pour leur enfant et à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».

<sup>699</sup> L. 1121-6 Code de la santé publique : « Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative, les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en vertu des articles L. 3212-1 et L. 3213-1 qui ne relèvent pas des dispositions de l'article L. 1121-8 et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que celle de la recherche ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches mentionnées aux 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup> de l'article L. 1121-1 que dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes se trouvant dans la même situation juridique ou administrative à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».

<sup>700</sup> L. 1121-7 Code de la santé publique : « Les mineurs ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches mentionnées aux 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup> de l'article L. 1121-1 que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures et dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».

<sup>701</sup> L. 1121-8 Code de la santé publique : « Les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection légale ou hors d'état d'exprimer leur consentement ne peuvent être sollicitées pour des recherches mentionnées aux 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup> de l'article L. 1121-1 que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population et dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».

personne décédée, les conditions créées en 2004 demeurent et la loi Jardé ne distingue pas de régime différent selon les catégories de recherches<sup>702</sup>.

### **251. Les conditions de validité de la recherche impliquant la personne humaine.**

La loi dite « Jardé » du 5 mars 2012 relative aux « *recherches impliquant la personne humaine* »<sup>703</sup> soumet la recherche à plusieurs conditions de validité. Les premières tiennent au protocole de la recherche biomédicale en lui-même. Les secondes aux acteurs de la recherche biomédicale, incluant ainsi les auteurs et les sujets de la recherche. Les troisièmes relèvent de la régulation et du contrôle de cette recherche biomédicale, appartenant pour avis aux comités de protection des personnes et à l'autorité compétente en la matière. La loi nouvelle ne modifie pas les conditions de validité de la recherche prévues en 2004<sup>704</sup>, participant fortement à la protection accrue des personnes en ce domaine. Il en va de même concernant les conditions scientifiques posées depuis la loi de 2004 à propos de l'obligation de la présence d'un médecin expérimenté, en rapport avec la spécialité liée à la recherche entreprise, et à propos des conditions matérielles, techniques et de sécurité des personnes à respecter<sup>705</sup>.

**252.** Toutefois, la Commission européenne a publié le 17 juillet 2012 un projet de règlement relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain destiné à abroger la directive de 2001 transposée aux articles 88 à 92 de la loi santé de 2004 modifiant le régime de la recherche biomédicale. Ce projet fait naître le règlement européen de 2014 abrogeant la directive de 2001<sup>706</sup>. De plus, plusieurs mises à jour légales récentes confirment un certain souci d'adaptabilité du droit.

---

<sup>702</sup> V. L. 1121-14 Code de la santé publique.

<sup>703</sup> Loi n° 2012-300, 5 mars 2012, NOR : SASX0901817L : JO, 6 mars.

<sup>704</sup> L. 1121-2 du Code de la santé publique : « *Aucune recherche impliquant la personne humaine ne peut être effectuée : - si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ; - si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ; - si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition ; - si la recherche impliquant la personne humaine n'a pas été conçue de telle façon que soient réduits au minimum la douleur, les désagréments, la peur et tout autre inconvénient prévisible lié à la maladie ou à la recherche, en tenant compte particulièrement du degré de maturité pour les mineurs et de la capacité de compréhension pour les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement* ».

<sup>705</sup> L. 1121-3 Code de la santé publique.

<sup>706</sup> Règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain.

## B. Le mécanisme d'adaptabilité du droit confirmé par l'ampleur des mises à jour

### 253. La confirmation des bonnes pratiques cliniques par la loi du 26 janvier 2016.

La loi santé du 26 janvier 2016<sup>707</sup> aborde partiellement la recherche impliquant la personne et modifie notamment l'article L. 1121-3 relatif aux conditions de mise en œuvre de la procédure, ce qui aurait dû être le fait du législateur de 2012. En effet, la législation nouvelle précise le régime correspondant aux bonnes pratiques cliniques, lesquelles sont d'une manière générale fixées par l'ANSM, en distinguant les recherches interventionnelles<sup>708</sup> des recherches non interventionnelles<sup>709</sup>. Plus précisément encore, au sein de la première catégorie de recherches interventionnelles, le texte fait la différence entre celles qui portent sur des médicaments et les autres<sup>710</sup>. L'article 155 de la loi santé crée également un nouvel article dans le Code de la santé publique à propos de la réalisation de la « *recherche biomédicale à finalité commerciale* »<sup>711</sup>. Cependant, cet article sera abrogé quelques mois plus tard<sup>712</sup>.

En vertu de l'absence des textes d'application de la loi Jardé<sup>713</sup>, l'article 216 (II°) de la loi du 26 janvier 2016 autorise le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance<sup>714</sup>.

---

<sup>707</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, voir article 157.

<sup>708</sup> Ces recherches sont scindées en deux et sont prévues pour partie au 1°, l'autre partie étant prévue au 2° de l'article L. 1121-1 du Code de la santé publique.

<sup>709</sup> Les recherches non interventionnelles sont prévues au 3° de l'article L. 1121-1 du Code de la santé publique.

<sup>710</sup> L. 1121-3 al. 7 Code de la santé publique : « *Les recherches mentionnées au 1° de l'article L. 1121-1 portant sur des médicaments sont réalisées dans le respect des règles de bonnes pratiques cliniques fixées par décision de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Pour les autres recherches mentionnées au 1° de l'article L. 1121-1, des recommandations de bonnes pratiques sont fixées par décision de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Pour les recherches mentionnées au 2° du même article L. 1121-1 et les recherches non interventionnelles, des recommandations de bonnes pratiques sont fixées par voie réglementaire* ».

<sup>711</sup> L. 1121-13-1 nouveau Code de la santé publique : « *Lorsqu'une recherche biomédicale à finalité commerciale est réalisée dans des établissements de santé ou des maisons ou des centres de santé, les produits faisant l'objet de cette recherche sont, pendant la durée de celle-ci, fournis gratuitement ou mis gratuitement à disposition par le promoteur. Le promoteur prend en charge les frais supplémentaires liés à d'éventuels fournitures ou examens spécifiquement requis par le protocole. La prise en charge de ces frais supplémentaires fait l'objet d'une convention conclue entre le promoteur, le représentant légal de chacune de ces structures et, le cas échéant, le représentant légal de la structure destinataire des contreparties versées par le promoteur. La convention, conforme à une convention type définie par arrêté du ministre chargé de la santé, comprend les conditions de prise en charge de tous les coûts liés à la recherche, qu'ils soient ou non relatifs à la prise en charge du patient. Cette convention est transmise au conseil national de l'ordre des médecins. Elle est conforme aux principes et garanties prévus au présent titre. Elle est visée par les investigateurs participant à la recherche. Les modalités d'application du présent article, notamment les conditions auxquelles se conforment, dans leur fonctionnement et dans l'utilisation des fonds reçus, les structures destinataires des contreparties mentionnées au troisième alinéa, sont précisées par décret* ».

<sup>712</sup> Voir article 1 de l'ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016.

<sup>713</sup> Le décret n° 2016-1537 du 16 novembre 2016 relatif aux recherches impliquant la personne humaine, pris pour l'application de la loi Jardé du 12 mars 2012, n'intervient qu'après la loi santé du 26 janvier 2016 et l'ordonnance du 16 juin 2016.

**254. L'ordonnance du 16 juin 2016, remède aux carences textuelles supportées par la législation de 2012 et la réglementation européenne relative aux essais cliniques de médicaments du 16 avril 2014.** Afin de prévenir la réitération d'une fâcheuse négligence, l'ordonnance du 16 juin 2016 relative aux recherches impliquant la personne<sup>715</sup> fixe l'entrée en vigueur de ses textes d'application au 31 décembre 2016 maximum<sup>716</sup>. Néanmoins, le décret d'application de la loi Jardé du 12 mars 2012 a été pris après la rédaction de cette ordonnance, le 16 novembre 2016<sup>717</sup>. Cet événement ne doit pas enlever à la réglementation son caractère pertinent : le vote de la loi Santé du 26 janvier 2016 et l'établissement de l'ordonnance du 16 juin suivant témoignent de la multiplication des textes en ce domaine et ont ainsi révélé l'urgence qu'il y avait à se préoccuper de l'application de la loi Jardé qui pratique une refonte de la recherche impliquant la personne.

Ainsi, l'ordonnance apporte quelques modifications substantielles concernant les différentes catégories de recherches et plus particulièrement la création d'un régime propre aux essais cliniques de médicaments<sup>718</sup>. Elle intervient notamment sur les dispositions encadrant l'autorité compétente et les comités de protection. En effet, elle ôte la faculté, anciennement accordée au promoteur, de demander à la commission nationale le changement du comité désigné avant même que celui-ci n'ait procédé à son évaluation. Le promoteur garde néanmoins le droit de réclamer un second examen de son projet de recherche par un autre comité, en cas d'avis défavorable en premier lieu<sup>719</sup>. De plus, le comité doit rendre un avis sur les projets de recherche en s'attachant à une série d'exigences dont la liste reste inchangée. Cependant, l'ordonnance ajoute une précision, incluant le traitement des données personnelles et renforçant les attributions du comité qui peut « *saisir le comité d'expertise pour les recherches, les études et les évaluations dans le domaine de la santé* »<sup>720</sup>. Puis,

---

<sup>714</sup> Recherche – Personne humaine – Dispositif législatif – Ordonnance 16 juin 2016 – Règlement européen 16 avril 2016, RGDM n° 60, septembre 2016, pp. 296-297.

<sup>715</sup> Ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016.

<sup>716</sup> V. art. 8 de l'ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016. Il abroge par là même l'article 11 de la loi du 5 mars 2012 qui prévoyait l'entrée en vigueur des textes d'application.

<sup>717</sup> Le décret n° 2016-1537 du 16 novembre 2016 relatif aux recherches impliquant la personne humaine, pris pour l'application de la loi Jardé du 12 mars 2012, n'intervient qu'après la loi santé du 26 janvier 2016 et l'ordonnance du 16 juin 2016.

<sup>718</sup> L'ordonnance ajoute un dernier alinéa à l'article L. 1121-1 Code de la santé publique : « *Les dispositions du présent titre, à l'exception de celles mentionnées au chapitre IV, ne sont pas applicables aux essais cliniques de médicaments régis par les dispositions du règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014* ».

<sup>719</sup> V. art. L. 1123-6 Code de la santé publique.

<sup>720</sup> L. 1123-7 al. 13 Code de la santé publique : « *Pour les recherches impliquant la personne humaine incluant le traitement de données à caractère personnel défini au I de l'article 54 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, le comité de protection des personnes peut, selon des modalités fixées par le décret prévu à l'article L. 1123-14, saisir le comité d'expertise pour les recherches, les études et les évaluations dans le domaine de la santé* ».

concernant un projet de recherche non interventionnelle portant sur un médicament, l'avis du comité doit être rendu au regard de l'article L. 1124-1 régissant les essais cliniques de médicaments<sup>721</sup>. En outre, l'autorité compétente en la matière est l'ANSM<sup>722</sup>. Le texte poursuit, prévoyant que l'Agence se prononce sur la sécurité des personnes qui se prêtent à la première catégorie de recherches interventionnelles, distinguant en leur sein, la recherche classique<sup>723</sup> et celle portant sur un produit de santé entrant dans le champ de compétence de ladite Agence<sup>724</sup>. L'ordonnance ignore ainsi les deux autres catégories de recherche s'agissant de l'observation et du respect de la sécurité des personnes.

L'ordonnance organise la prise en compte par le droit français de la réglementation européenne des essais cliniques de médicaments. Elle procède à l'insertion de deux régimes spéciaux portant d'une part sur les médicaments classiques et d'autre part sur les médicaments de thérapie innovante. Les premiers sont régis par les dispositions du règlement du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014<sup>725</sup>. Cette norme supranationale est introduite en droit français et la modification d'un article L. 1124-1 spécial<sup>726</sup> y faisant expressément référence. Les essais cliniques de médicaments sont soumis à une évaluation en deux parties, témoignant d'un renforcement de la compétence d'autorité et de contrôle, étant partagée entre l'ANSM et les comités de protection des personnes<sup>727</sup>. Le troisième point du

---

<sup>721</sup> L. 1123-7-1 Code de la santé publique.

<sup>722</sup> L. 1123-12 al. 1 Code de la santé publique : « I.- L'autorité compétente pour les recherches impliquant la personne humaine prévues à l'article L. 1121-1 est l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ».

<sup>723</sup> L. 1123-12 al. 2 Code de la santé publique : « II.- Elle se prononce au regard de la sécurité des personnes qui se prêtent à une recherche mentionnée au 1° de l'article L. 1121-1, en considérant : 1° La sécurité et la qualité des produits utilisés au cours de la recherche conformément, le cas échéant, aux référentiels en vigueur ; 2° Les conditions d'utilisation des produits et la sécurité des personnes au regard des actes pratiqués et des méthodes utilisées ; 3° Les modalités prévues pour le suivi des personnes ».

<sup>724</sup> L. 1123-12 al. 3 Code de la santé publique : « III.- Pour les recherches mentionnées au 1° de l'article L. 1121-1 et portant sur un produit mentionné à l'article L. 5311-1, elle se prononce en outre sur : 1° La pertinence de la recherche ; 2° Le caractère satisfaisant de l'évaluation des bénéfices et des risques attendus ; 3° Le bien-fondé des conclusions ».

<sup>725</sup> Règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014.

<sup>726</sup> L. 1124-1 issu de la rédaction de l'article 4 de l'ordonnance du 16 juin 2016.

<sup>727</sup> I et II de L. 1124-1 du Code de la santé publique : « I.- Les essais cliniques de médicaments sont régis par les dispositions du règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014. L'autorité compétente pour effectuer l'évaluation de la partie I du rapport d'évaluation prévue à l'article 6 de ce règlement est l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. L'évaluation de la partie II prévue à l'article 7 de ce règlement relève de la compétence et de la responsabilité des comités de protection des personnes mentionnés à l'article L. 1123-1. L'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé notifie au promoteur la décision unique relative à l'essai clinique mentionnée au paragraphe 1 de l'article 8 de ce règlement.

II.- En cas de refus d'autorisation d'un essai prévu au paragraphe 4 de l'article 8 du règlement précité, le promoteur peut saisir d'une demande de réexamen les autorités suivantes : 1° L'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, lorsque cette demande porte sur des éléments relevant de la partie I prévue à l'article 6 du règlement mentionné ci-dessus ; 2° Le ministre chargé de la santé lorsque cette demande porte sur des éléments relevant de la partie II prévue à l'article 7 du règlement mentionné ci-dessus. La demande de réexamen est présentée et instruite dans des délais et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat ».



même article unique mentionne le régime des essais cliniques de médicaments de thérapie innovante issu du règlement du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007<sup>728</sup>, consacrant ainsi un sous régime spécial dans le régime particulier des médicaments. Ce point encadre tout particulièrement les lieux de la recherche impliquant la personne et spécialement ceux réservés à ce type d'essais cliniques<sup>729</sup>. Enfin, la réglementation spéciale des essais clinique de médicaments oblige les personnes à être affiliées à un régime de sécurité sociale<sup>730</sup>.

Enfin, l'ordonnance impose son entrée en vigueur avant la fin de l'année 2016 afin de remédier au défaut d'application de la loi précédente<sup>731</sup>.

**255.** La personne humaine qui souhaite se prêter à une recherche biomédicale, devenue recherche impliquant la personne, connaît une protection voire une surprotection, en raison du respect qui lui est dû. Le traitement scientifique de la matière humaine doit également s'observer sous l'angle de la brevetabilité du vivant, inhérente à la recherche impliquant la personne humaine.

---

<sup>728</sup> Règlement (CE) n° 1394/2007 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2001/83/CE et le règlement (CE) n° 726/2004.

<sup>729</sup> III de L. 1124-1 Code de la santé publique : « *III.- La première administration d'un médicament à l'homme ne peut être effectuée que dans des lieux ayant été autorisés conformément au deuxième alinéa de l'article L. 1121-13. Les essais cliniques de médicaments de thérapie innovante tels que définis à l'article 2 du règlement (CE) n° 1394/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, concernant les médicaments de thérapie innovante et modifiant la directive 2001/83/CE ainsi que le règlement (CE) n° 726/2004 et les essais cliniques de médicaments de thérapie innovante tels que définis au 17° de l'article L. 5121-1 ne peuvent être réalisés que dans des établissements de santé ou de transfusion sanguine, dans les services de santé des armées ou dans le centre de transfusion sanguine des armées* ».

<sup>730</sup> IV de L. 1124-1 Code de la santé publique.

<sup>731</sup> Article 8 de l'ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016 : « *I.-A l'exception des dispositions du a et c du 2° et du 6° de son article 1er et de son article 4, les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur à compter de la publication des décrets prévus par le code de la santé publique pour son application et au plus tard le 31 décembre 2016. A abrogé les dispositions suivantes : article 11 Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012.*

*II.- Les dispositions des a et c du 2° et du 6° de l'article 1er et de l'article 4 de la présente ordonnance entrent en vigueur à la date d'entrée en vigueur des dispositions du règlement européen (UE) n° 536/2014 susvisé.*

*III.- Les essais cliniques de médicaments réalisés entre la date d'entrée en vigueur mentionnée au I et la date d'entrée mentionnée au II sont régis par les dispositions du titre Ier du code de la santé publique relatif aux recherches impliquant la personne humaine dans sa rédaction résultant de la loi du 5 mars 2012 susvisée.*

*IV.- Les recherches régulièrement autorisées ou déclarées à la date d'entrée en vigueur mentionnée au I se poursuivent pendant cinq ans conformément à la législation qui leur était initialement applicable. A l'issue de ce délai, elles sont soumises à un nouvel examen par le comité de protection des personnes et, le cas échéant, par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé dans les conditions prévues par le code de la santé publique dans sa rédaction résultant de la présente ordonnance.*

*V.- Les recherches dont la demande est en cours d'instruction auprès du comité de protection des personnes ou, le cas échéant, de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé à la date d'entrée en vigueur mentionnée au I font l'objet d'un nouvel examen par le comité de protection des personnes et, le cas échéant, par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé dans les conditions prévues par le code de la santé publique dans sa rédaction résultant de la présente ordonnance ».*

## Section 2. L'exploitation commerciale individuelle opposée à l'utilisation collective des éléments et produits du corps humain : la brevetabilité du vivant

256. À propos de la matière humaine, doit-on désirer se l'approprier de façon commerciale et pour son propre chef ? Doit-on, au contraire, partant du constat qu'il existe un patrimoine génétique commun à l'humanité, laisse cette matière à l'usage et à la connaissance de tous ? La brevetabilité correspond à l'action de breveter, de déposer un brevet. Elle se révèle être à la fois une conséquence et un moteur de la recherche sur la personne humaine. En droit commercial, « *le brevet d'invention est le titre délivré par les pouvoirs publics, conférant un monopole temporaire d'exploitation (en principe 20 ans) sur une invention à celui qui la relève, en donne une description suffisante et complète, et revendique ce monopole* »<sup>732</sup>. Ainsi, par définition avoir le monopole sur un produit vivant semble incompatible avec la dignité humaine et le principe du respect de la vie dès son commencement. Aussi, « (...) *le droit français (...) considère que le corps est la personne elle-même dans sa matérialité. Conformément à cette conception de la personne humaine, le corps se trouve donc placé hors du patrimoine, ce qui devrait constituer une garantie de protection maximale* »<sup>733</sup>. La relation entre la brevetabilité et la dignité mène à la réification et à l'instrumentalisation de la vie humaine et la soumet à la propriété au moins de façon temporaire. Ainsi, la vie humaine connaît des frontières qui ne doivent pas être confondues avec celles de la vie juridique<sup>734</sup> et la question de la brevetabilité peut se poser avant la naissance d'un individu, à propos d'une découverte résultant de la recherche sur l'embryon<sup>735</sup>. Or, l'heure est à la question des brevets portant sur des inventions impliquant de la matière humaine. En recherchant sur l'homme, on espère réaliser des avancées et en découvrir davantage sur la santé de l'être humain. Il peut assurément y avoir une part d'invention qui soulève alors la question du brevet et engendre celle du brevetable. De ces éléments découle la problématique de l'incorporation du génome humain au monde industriel des brevets. Ainsi, les gènes humains sont-ils inclus dans le champ européen de la brevetabilité du vivant (§1) ? Quelles sont ensuite les limites françaises à cette faculté de breveter (§2) ?

---

<sup>732</sup> Lexique des termes juridiques, 2013. V. « brevet d'invention ».

<sup>733</sup> Kernaleguen F., « Le principe de non-patrimonialité du corps humain à l'épreuve de la réalité. Le difficile maintien du corps humain hors du patrimoine », in Feuillet-Liger B. et Oktay-Özdemir S. (sous la dir. de), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité, Panorama international*, Bruylant, 2017, p. 87.

<sup>734</sup> La vie juridique commence à la naissance et s'achève à la mort.

<sup>735</sup> Cf. chapitre 2 à propos de la brevetabilité des inventions résultant de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

## **§1. La brevetabilité du vivant remise en cause par la question houleuse de l'introduction des gènes humains dans la sphère de la propriété industrielle européenne**

257. La question de l'introduction du gène humain dans la sphère de la brevetabilité du vivant semble très délicate, en vertu de la contradiction qui s'établit entre les caractères de l'exploitation commerciale et le principe de dignité humaine qui engendre la non commercialité et la non marchandisation du corps humain et de ses éléments. Ainsi, la place de l'éthique dans cette question (A) rend finalement incertaine la volonté du législateur européen (B).

### **A. La place de l'éthique dans l'incorporation des gènes humains dans le domaine des brevets**

258. Si l'éthique peut se définir comme un « *instrument intellectuel qui permet d'une façon rationnelle de trancher entre des points de vue moraux différents* »<sup>736</sup>, elle correspond plus généralement à l'« *ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (codes de bonne conduite, de déontologie ou de bonnes pratiques) ou juridiques (lois dites bioéthiques)* »<sup>737</sup>. Par ailleurs, l'éthique biomédicale, appliquée à la bioéthique, est envisagée comme un « *ensemble des règles déontologiques et juridiques qui dominent l'activité de la recherche médicale et qui tendent à prévenir les crimes contre l'espèce humaine, notamment sous forme d'eugénisme ou de clonage reproductif* »<sup>738</sup>. En l'espèce, une partie de la discussion concerne la place de l'éthique dans ces questions. En effet, la question de l'incorporation des gènes dans la sphère de la brevetabilité soulève trois principes éthiques : la non commercialisation du corps humain, le libre accès à la connaissance du gène et le partage des connaissances. Le premier principe permet le respect du deuxième et encourage la réalisation du troisième. Ainsi, le Comité Consultatif National d'Ethique saisi pour avis en 2000<sup>739</sup>, propose d'ouvrir le monde

---

<sup>736</sup> B. Lemennicier, « Bioéthique et propriété de soi », *Droit : Revue Française de Théorie Juridique*, 1991.

<sup>737</sup> G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011, v. éthique.

<sup>738</sup> Guinchard S. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques 2013*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> édition, 2012, v. éthique biomédicale.

<sup>739</sup> CCNE, avis n° 64 sur l'avant-projet de loi portant transposition, dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, 8 juin 2000.

des brevets aux inventions qui laissent libre accès à la connaissance<sup>740</sup>, alors qu'il renonce à la brevetabilité de tout ou partie d'une séquence d'un gène humaine, conciliant ainsi les trois principes précités. « *Il est clair, selon le CCNE, que l'importance des connaissances sur le génome et les précautions que suggèrent le respect des enjeux éthiques devraient conduire à une conception largement ouverte, généreuse et compréhensible de tous, du domaine relevant de la découverte* »<sup>741</sup>. En effet, le droit des brevets distingue la découverte, non brevetable, de l'invention, brevetable. On ne peut pas soutenir avoir inventé un gène, on le découvre, et il en va de même pour sa structure. Au stade de la découverte, un brevet n'est pas déposable. En procédant à l'élargissement du champ des découvertes, le Comité réduit celui de la brevetabilité. De plus, il réclame la création d'une « *instance habilitée à concilier la nécessaire protection des inventions biotechnologiques avec des principes éthiques* »<sup>742</sup>, ce qui ne serait pas superflu et participerait au progrès de façon incontestable. Cependant, la directive européenne et les détracteurs du Comité Consultatif National d'Ethique pensent qu'au contraire, les questions éthiques n'ont pas leur place dans le débat, le droit des brevets devant respecter une logique purement industrielle<sup>743</sup>. Néanmoins, la directive européenne intègre au fil des versions les principes éthiques même si sa version définitive votée prône l'indépendance du droit des brevets par rapport à l'éthique<sup>744</sup>. Elle justifie certaines exclusions à la brevetabilité en vertu du respect imposé de principes éthiques renvoyant à des principes fondamentaux qui garantissent la dignité et l'intégrité de la personne. Il semble important que le texte n'ignore par complètement l'importance et la nécessité de maintenir une place précieuse à l'éthique dans ces questions qui ne semblent pas pouvoir être traitées correctement sans y avoir recours<sup>745</sup>.

---

<sup>740</sup> « *La connaissance du gène ne peut être préservée jalousement pour le compte des pays les plus riches, d'autant plus qu'elle peut se fonder sur un "pillage" d'un matériau génétique obtenu à partir des pays les plus pauvres* », CCNE, avis n° 64 du 8 juin 2000.

<sup>741</sup> CCNE, avis n° 64 sur l'avant-projet de loi portant transposition, dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, 8 juin 2000, p. 4.

<sup>742</sup> CCNE, avis n° 64 sur l'avant-projet de loi portant transposition, dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, 8 juin 2000, p. 7.

<sup>743</sup> Cassier M., « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », in *Ethique médicale et biomédicale. Débats, enjeux, pratiques*, Revue française des affaires sociales, La Documentation française, n° 3, juillet-septembre 2002, p. 236.

<sup>744</sup> Considérant 14 directive 98/44/CE : « *le droit des brevets n'est pas susceptible de remplacer ni de rendre superflues les législations nationales, européennes ou internationales, fixant d'éventuelles limitations ou interdictions, ou organisant un contrôle de la recherche et de l'utilisation ou de la commercialisation de ses résultats, notamment par rapport aux exigences de santé publique, de sécurité, de protection de l'environnement, de protection des animaux, de préservation de la diversité génétique et par rapport au respect de certaines normes éthiques* ».

<sup>745</sup> « Il existe de solides raisons éthiques pour exclure le génome humain de la brevetabilité », Comité international de bioéthique de l'UNESCO, le 14 septembre 2001.

259. En conséquence, l'éthique devant garder une place fondamentale dans cette question, la volonté du législateur européen montre quelques incertitudes qui ne feront néanmoins pas obstacle à une réglementation européenne en la matière.

## **B. L'introduction des gènes humains dans le domaine des brevets ?**

260. Le critère de la licéité de la brevetabilité a vivement suscité le débat, en Europe et ailleurs, et notamment la brevetabilité des cellules souches embryonnaires<sup>746</sup>. Dans le monde, des chercheurs souhaitent breveter toute la matière vivante humaine. Or, l'Europe prévoit, par le biais de la directive européenne de 1998, que la brevetabilité du corps humain et de ses éléments ne peut être entendue en raison de la non commercialisation du corps humain<sup>747</sup>. Toutefois, l'Europe a prévu des dérogations, notamment au deuxième alinéa de l'article 5 de la directive<sup>748</sup> qui soumet la brevetabilité à quelques conditions. Néanmoins, la législation française procède, en 2004, à une mauvaise transposition dans la mesure où elle ignore cette disposition européenne<sup>749</sup>. Ceci ne fait pas obstacle à la prise en compte de la directive dans son ensemble mais traduit le souci pour la loi française de faire obstacle à l'incorporation des gènes humains dans la sphère de la brevetabilité. Pourtant, à leur manière les deux textes tentent de concilier les principes éthiques et la volonté de breveter une invention génétique en respectant une logique industrielle, porteuse en elle-même d'une contrariété face à l'éthique.

**261. Les justifications liées à la volonté d'incorporer les gènes humains dans la sphère des brevets.** Tout d'abord, les séquences génétiques sont fortement intégrées à la science et prennent place sur le marché. Résultat : les firmes multiplient les dépôts des brevets afin de mobiliser des fonds sur les marchés financiers, vendre des droits aux laboratoires pharmaceutiques ou encore, se réserver des marchés notamment sur les tests génétiques. Le

---

<sup>746</sup> Cf. chapitre suivant à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

<sup>747</sup> V. article 5-1 de la directive.

<sup>748</sup> Art. 5.2 directive 98/44/CE : « un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ».

<sup>749</sup> Kernaleguen F., « Le principe de non-patrimonialité du corps humain à l'épreuve de la réalité. Le difficile maintien du corps humain hors du patrimoine », in Feuillet-Liger B. et Oktay-Özdemir S. (sous la dir. de), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité, Panorama international*, Bruylant, 2017, p. 90 : « la considération de l'intégrité du corps conduit à étendre le principe de non-patrimonialité aux composants du corps : c'est bien ce que prévoit l'article 16-1 qui vise conjointement le corps humain, ses éléments et ses produits ».

caractère nouveau et récent de la matière encourage davantage ce phénomène<sup>750</sup>. Le droit de la propriété industrielle cherche à attirer le gène humain et compte ainsi sur deux éléments pour y parvenir : l'équivalence constatée entre les molécules d'ADN et les autres et l'isolation préalable d'un gène humain par l'homme, en dehors du corps humain, quand on en trouve une utilité industrielle<sup>751</sup>. De ce fait, la directive permet la protection de toute matière humaine, excepté le corps en lui-même, par un brevet, « *dans laquelle le produit est incorporé et dans laquelle l'information génétique est contenue et exerce sa fonction* » et ce sous réserve de l'article 5-1<sup>752</sup>. Sa version définitive en 1998 ne met pas fin à de nombreuses controverses<sup>753</sup> mais témoigne d'une évolution et fait taire les esprits momentanément. Son article 5-1 est transposé par la loi de 2004 et repris dans le Code de la propriété intellectuelle<sup>754</sup>. À l'inverse, le 5-2 n'est pas transposé, car il prévoit qu'un élément isolé, même s'il s'agit d'une séquence génétique, peut constituer une invention brevetable, que cet élément soit isolé du corps ou produit par un procédé technique<sup>755</sup>, ce qui est contraire au paragraphe précédent. À propos de cet article 5, Madame Lenoir reconnaît qu'il comprend des incohérences, mais demande à ce qu'il soit lu dans sa globalité. Pour elle, c'est l'utilité potentielle du gène qui intéresse le brevet, pas le gène lui-même<sup>756</sup>. Le paragraphe 2 de l'article 5 peut conduire à une confusion capitale : « *un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est*

---

<sup>750</sup> Leca A., « Faut-il vraiment breveter toutes les inventions biomédicales ? », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, p. 120.

<sup>751</sup> Comme par exemple une application diagnostic ou thérapeutique.

<sup>752</sup> Article 9 de la directive : « *La protection conférée par un brevet à un produit contenant une information génétique ou consistant en une information génétique s'étend à toute matière, sous réserve de l'article 5, paragraphe 1, dans laquelle le produit est incorporé et dans laquelle l'information génétique est contenue et exerce sa fonction* ».

<sup>753</sup> La directive de 1998 a fait l'objet d'une longue et houleuse discussion dans les années 1990 avant de connaître sa forme définitive. En effet, en 1993, le Parlement européen était hostile à l'inclusion des gènes dans la question des brevets. La Commission tenta plusieurs conciliations entre la non commercialisation du corps et la brevetabilité du vivant en mentionnant les éléments ou le corps « *en tant que tels* ». L'expression est jugée trop interprétable et refusée. En janvier 1995, le Parlement proposa un amendement plus clair en excluant le gène du brevet quand il était « *à l'état naturel dans le corps humain ou isolé de celui-ci* ». Nouvel échec. En mars 1995, la directive est rejetée par le Parlement en raison de la question délicate de l'introduction des gènes humains dans la sphère des brevets. En 1996, le GEE se prononçait prudemment, dans un avis, en faveur de la brevetabilité des inventions issues de la connaissance d'un gène ou d'une séquence quand leur fonction ouvrait de nouvelles possibilités et que l'application donnant lieu à un brevet était assez précise. Les critères de la nouveauté et de la précision étaient ainsi avancés. C'est en 1998 que la version finale a enfin été adoptée.

<sup>754</sup> V. Code de la propriété intellectuelle L. 611-18.

<sup>755</sup> Donc pas de brevet pour un vrai élément du corps mais accorde un brevet pour un faux élément produit par l'homme ou si cet élément est naturel mais qu'il a été isolé.

<sup>756</sup> Cassier M., « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », in *Ethique médicale et biomédicale. Débats, enjeux, pratiques*, Revue française des affaires sociales, La Documentation française, n° 3, juillet-septembre 2002, p. 241.

*identique à celle d'un élément naturel* ». En effet, une lecture rapide de cette disposition peut laisser entendre que le gène fait l'objet d'un brevet. Or, l'article manque de précision, c'est effectivement le procédé d'isolement ou le mode de production de la séquence du gène qui est visé en l'espèce<sup>757</sup>, et qui se trouve brevetable. Par extrapolation, si le gène était lui-même visé, on affirmerait l'entrée de la découverte dans le champ des brevets<sup>758</sup>.

Par ailleurs, un régime spécial des médicaments est prévu par la directive européenne. Le texte impose une licence d'office pour la santé publique, étendue aux méthodes de diagnostic alors qu'elle était anciennement réservée aux médicaments. Ceci est réalisé dans le but de « *faire prévaloir l'intérêt public, notamment celui de la santé publique, corriger un éventuel abus des droits que confère le brevet à son titulaire* »<sup>759</sup>.

**262. Le cas particulier des Etats-Unis.** Dans leur course au libéralisme, les Etats-Unis ont saisi la question de la brevetabilité des gènes humains au début des années 1980. En effet, la Cour suprême américaine dans sa décision *Diamond v. Chakrabarty*<sup>760</sup> « *a admis la brevetabilité d'un être vivant parce qu'il était artificiel, ouvrant ainsi largement la voie à la protection par brevet des inventions dans le domaine des biotechnologies* »<sup>761</sup>. Néanmoins, la Cour a rendu un arrêt le 13 juin 2013 à propos de l'affaire *Myriad Genetics*<sup>762</sup> précisant qu'« *un brevet ne pouvait revendiquer des séquences génétiques, en l'espèce, des gènes humains, parce qu'ils étaient naturels* »<sup>763</sup>, entérinant la distinction des caractères naturel ou artificiel de l'invention concernée. En conséquence, le droit américain prévoit la brevetabilité d'un produit artificiel mais interdit celle d'un « *produit de la nature* »<sup>764</sup>.

Aussi, les droits américain et européen des brevets présentent une contradiction, l'article 5 paragraphe 2 de la directive précitée instituant la brevetabilité d'un élément isolé du corps humain même si sa structure « *est identique à celle d'un élément naturel* »<sup>765</sup>.

---

<sup>757</sup> Thèse liberté de la recherche, p. 300 version électronique.

<sup>758</sup> La séquence totale ou partielle d'un gène peut être « *découverte* » mais pas « *inventée* ».

<sup>759</sup> Cassier M., « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », in *Ethique médicale et biomédicale. Débats, enjeux, pratiques*, Revue française des affaires sociales, La Documentation française, n° 3, juillet-septembre 2002, p. 251.

<sup>760</sup> V. Cour suprême américaine, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 US 303, 1980.

<sup>761</sup> Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », D. 2014. 843.

<sup>762</sup> V. Cour suprême américaine, *Myriad Genetics*, 569 US 398, 2013.

<sup>763</sup> Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », D. 2014. 843.

<sup>764</sup> Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », D. 2014. 843.

<sup>765</sup> Art. 5.2 directive 98/44/CE : « *un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel* ».

263. La directive européenne de 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques prévoit quelques nuances qui ne semblent pas avoir été transposées par la loi française de 2004, dans un souci de protection des gènes humains et des droits individuels découlant d'un brevet.

## **§2. La détermination de limites françaises du champ de la brevetabilité du vivant contre l'exploitation commerciale des éléments et produits du corps humain**

264. Le législateur français oppose une résistance face à la législation européenne qu'il doit pourtant inclure dans son ordre juridique. Il procède volontairement à une mauvaise transposition de la directive communautaire de 1998 qui présente certaines contradictions (A). La France érige alors des limites de nature à faire obstacle à l'instrumentalisation du corps humain (B), notamment prohibée par le Code civil.

### **A. Le choix du défaut de transposition de la directive européenne par la France dans l'organisation de la protection des inventions biotechnologiques**

265. Toute invention a vocation à être brevetée si son père le désire et que les conditions légales sont réunies<sup>766</sup>. Aussi, la question se pose concernant les inventions relevant du vivant et tout particulièrement celles qui revêtent des caractères génétique et biotechnologique. Pendant longtemps, la communauté internationale s'est accordée à reconnaître l'impossibilité de breveter les séquences de l'ADN humain, avant de rencontrer des points de divergence à l'aube des années 1990<sup>767</sup>. En France, et depuis les premières lois de bioéthique de 1994 qui créent l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle, la brevetabilité du génome humain est interdite. Ainsi, le législateur choisit la libre circulation

---

<sup>766</sup> Gaumont-Prat H., « La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches », D. 2005, p. 3087 : v. la première partie de l'article « *la brevetabilité des inventions issues de cellules souches, élément biologique humain* », qui décrit bien le processus applicable à la technique.

<sup>767</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2014, chercher page dans édition 2014, notamment avec un chercheur américain qui dépose la première demande de brevet en la matière en 1991, alors que la communauté internationale s'est mise d'accord pour empêcher cette réalisation ; v. Galloux J.-C., « La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen », D. 1996, p. 44, également en Europe ; ceci pourrait se justifier par le fait que breveter un microorganisme était possible bien auparavant. L'inventeur Louis Pasteur a déposé sa demande de brevet en France le 13 mars 1873 notamment pour protéger une levure, cité in Gallochat A., « La brevetabilité du vivant : de la bactérie au génome humain », in Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, 1997, p. 206.



de l'information génétique favorable à la science et à la santé<sup>768</sup>, au lieu d'en faire la propriété d'un seul. La loi *Bioéthique* du 6 août 2004 intervient à son tour afin de procéder à la transposition d'une directive européenne importante, remettant la question en débat. Ainsi, certaines dispositions légales sont issues de la directive du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques<sup>769</sup>. La loi de 2004 a modifié et créé respectivement les articles L. 611-17<sup>770</sup> et L. 611-18 du Code de la propriété industrielle. Le premier prévoyait initialement que n'étaient pas brevetables « *les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (...)* ». Aujourd'hui, il exclut la brevetabilité des « *inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». Ainsi, les expressions « *publication* » ou « *mise en œuvre* » sont devenues plus généralement « *l'exploitation commerciale* » et la loi de 2004 a ajouté la dignité à la liste des obstacles au brevet<sup>771</sup>. L'article L. 611-18 quant à lui, est créé par la loi *Bioéthique* de 2004 qui reprend les éléments exclus de la brevetabilité énoncés par l'article 6 §2 de la directive 98/44<sup>772</sup>. Il en ressort que le corps humain et la simple découverte de l'un de ses éléments, ou d'une séquence partielle d'un gène, ne font pas partie des inventions brevetables<sup>773</sup>. En revanche, semble brevetable l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain, dans

<sup>768</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2014, chercher page dans édition 2014.

<sup>769</sup> La directive du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques, transposée en France par la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004, JORF n°286 du 9 décembre 2004, page 20801.

<sup>770</sup> L'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle modifié par la loi de 2004 énonçait que : « *ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire* ».

<sup>771</sup> Avant la loi de 2004 et l'ajout de la dignité humaine avant l'ordre public et les bonnes mœurs, l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle était rédigé ainsi : « *Ne sont pas brevetables : a) Les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (...)* ».

<sup>772</sup> L'article 6 §2 de la directive 98/44/CE ainsi rédigé : « *1. Les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont exclues de la brevetabilité, l'exploitation ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire. 2. Au titre du paragraphe 1 ne sont notamment pas brevetables : a) les procédés de clonage des êtres humains ; b) les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain ; c) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ; d) les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés* ».

Le troisième alinéa de L. 611-18 les reprend : « *Ne sont notamment pas brevetables : a) Les procédés de clonage des êtres humains ; b) Les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain ; c) Les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ; d) Les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles* ».

<sup>773</sup> CPI, art. L. 611-18 al. 1 : « *Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables* ».

les limites de cette application spéciale<sup>774</sup>. Il est toutefois regrettable que la loi manque de précision pour distinguer la « réalisation » de l' « exploitation », les deux pouvant en pratique être confondues<sup>775</sup>. En conséquence, la loi ne définit et ne distingue pas précisément la découverte de l'invention, alors qu'en principe, seule l'invention peut faire l'objet d'un brevet. Pourtant, l'article transposant la directive laisse à penser que la découverte est ici visée. De plus, la législation autorise la brevetabilité dans le but d'ouvrir la recherche : seuls les techniques et procédés et tout ce qui semble utile en amont d'une découverte ou la permettant peuvent être brevetés. À ce titre, la loi aurait d'ailleurs du définir le « procédé technique ». Les exceptions servent notamment à améliorer les conditions de la recherche. Néanmoins, d'autres objectifs sont poursuivis par la législation française. En effet, les anciennes exceptions issues des lois de 1994 semblent légitimes dans la mesure où d'une part, la brevetabilité ne porte pas directement sur un élément ou produit du corps humain. La loi poursuit alors une finalité commerciale, parce que ces techniques et produits visés sont utiles au commerce et à l'industrie, ainsi qu'un objectif de santé publique<sup>776</sup>. D'autre part, la seconde dérogation profite au droit pénal, la finalité poursuivie étant la sécurité et la protection des personnes. La loi de 2004 à son tour prohibe le dépôt d'un brevet concernant le corps humain, la découverte d'un de ses éléments et la séquence totale ou partielle d'un gène humain. Ceci exclut, et rend alors brevetable, l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain. De plus, il faut noter que l'article spécial L. 613-16 du Code de la propriété intellectuelle ajoute trois exceptions, si la santé publique l'exige, concernant les médicaments, les dispositifs médicaux et produits thérapeutiques ainsi que leurs procédés et les produits nécessaires à leur obtention et les méthodes de diagnostic *ex vivo*<sup>777</sup>. Ces dérogations sont légitimes en ce qu'elles concernent des techniques et procédés et non pas directement un élément ou produit issu du corps humain. Ces exceptions sont autorisées en cas d'intérêt de santé publique en jeu uniquement, comme le précise l'article en question. En conséquence, la législation française se montre permissive quand est poursuivie une finalité de santé publique et notamment de sécurité des personnes. Ces différents objectifs sont

---

<sup>774</sup> CPI, art. L. 611-18 al. 2 : « Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet ».

<sup>775</sup> Leca A., « Faut-il vraiment breveter toutes les inventions biomédicales ? », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, p. 126.

<sup>776</sup> Les lois de bioéthique de 1994 interdisent le dépôt de brevet sur le génome humain en ce qu'il représente le patrimoine génétique de l'humanité. Ceci excluait et rendait donc brevetable les produits commercialisés issus de la connaissance du génome et les techniques d'identification génétique.

<sup>777</sup> CPI, art. L. 613-16.

poursuivis dans une finalité unique correspondant à l'humanité. La France fait preuve de conciliation entre le droit de propriété et l'exploitation commerciale de la matière humaine et l'éthique, sous tendant l'idée d'un patrimoine commun de l'humanité<sup>778</sup> et ainsi ne devant servir que la santé publique dans l'intérêt général de la communauté humaine.

**266.** Pour autant, ces dispositions sont le résultat de la transposition de la directive européenne de 1998, en ce qu'elle a été transposée de façon partielle. En effet, le régime juridique français reprend les interdictions et dérogations prévues par la directive de façon aléatoire. La loi de 2004 ne reprend pas l'article 5 de la directive dans son intégralité en raison de son incohérence. En effet, le premier alinéa de l'article 5<sup>779</sup> est repris à l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle. En revanche, le deuxième alinéa de l'article n'est pas repris par la législation française, en vertu de sa contrariété à l'alinéa précédent : « *un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel* ». Il est intégré à la loi dans une version radicalement opposée et contraire à la disposition européenne, puisque seul le premier alinéa est transposé. Comme il a été vu précédemment, la contrariété des dispositions de la directive<sup>780</sup> empêche de la prendre au sérieux et de la transposer dans son intégralité. Dans ce contexte, « *la doctrine et la jurisprudence doivent clairement interpréter le texte afin d'interdire la brevetabilité d'un élément artificiel si la structure du dit élément est identique à celle d'un élément naturel* », ce procédé étant une « *manière de tricher avec la règle de non brevetabilité des éléments naturels* »<sup>781</sup>.

**267.** Les limites du droit des brevets sont tracées, notamment au regard de la non marchandisation du corps humain et du monopole de l'exploitation commerciale dont

---

<sup>778</sup> L'article 1 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme du 11 novembre 1997 emploie ces termes : « *le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité* ». Dans sa version initiale, retrouvée in Lenoir N., Comité international de bioéthique (CIB), 3<sup>e</sup> session : « Esquisse révisée d'une déclaration sur la protection du génome humain », *Gaz. Pal.*, 1996. 2. Chron. 822, l'article était rédigé de la façon suivante : « *le génome humain est une composante fondamentale du patrimoine commun de l'humanité (...)* ».

<sup>779</sup> Article 5 alinéa 1 de la directive n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques : « 1. *Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables* ».

<sup>780</sup> Au sein de l'article 5 et avec le considérant 21 de la directive.

<sup>781</sup> Leca A., « Faut-il vraiment breveter toutes les inventions biomédicales ? », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, p. 126.

bénéficie le titulaire d'un brevet. La résistance française s'inscrit dans une démarche volontaire et double. D'abord, la mise en commun de la matière humaine plutôt que la « propriété » d'un seul suggère la surprotection des gènes humains.

Ensuite, la faveur accordée à la communauté scientifique au détriment de l'industrie, en faisant échapper à la logique industrielle le génome humain et préférant une logique d'intérêt général afin de favoriser l'échange d'informations et de matériels génétiques dans une finalité unique : l'humanité. Malgré une réelle résistance française, il faut reconnaître l'importance de la norme européenne en ce domaine et dans la régulation de la recherche<sup>782</sup>.

**268.** Néanmoins, l'obtention d'un brevet est soumise à quatre conditions légales. Tout d'abord, le demandeur doit avoir réalisé une invention<sup>783</sup>, répondant à un problème technique. De plus, cette invention doit présenter un caractère nouveau, c'est-à-dire qu'elle ne peut se retrouver dans ce qui existe déjà comme accessible au public<sup>784</sup>. Puis, cette invention doit correspondre à « *une activité inventive (...) et ne doit pas être une évidence pour l'homme du métier* »<sup>785</sup>, en ce sens elle doit demander du temps, de la réflexion et du travail. Ensuite, une invention, pour être brevetée, doit faire l'objet d'une future application industrielle<sup>786</sup>, c'est-à-dire que l'objet de l'invention doit pouvoir « *être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie* »<sup>787</sup>. Enfin, le Code de la propriété intellectuelle exige que l'invention soit licite, c'est-à-dire qu'elle entre dans le champ légal de la brevetabilité.

**269.** Cette résistance française se manifeste également pour contrer une éventuelle instrumentalisation du corps humain, qui serait provoquée si le législateur français ouvrait totalement le champ de la brevetabilité du vivant à l'ensemble des éléments et produits du corps humain, encourageant la poursuite d'un profit certain.

---

<sup>782</sup> Dubouis L., « La protection de la personne et la recherche biomédicale en droit européen », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, pp. 159-160.

<sup>783</sup> CPI, art. L. 611-1, al. 1 : « Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation ».

<sup>784</sup> CPI, art. L.611-11 al. 1 : « *Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique* ».

<sup>785</sup> CPI, art. L. 611-14 : « *une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique* ».

<sup>786</sup> CPI, art. L. 611-10 : « *Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* ».

<sup>787</sup> CPI, art. L. 611-15.

## B. Les limites françaises remparts à l'instrumentalisation du corps humain

270. La prohibition française est « conforme à notre parti-pris éthique sur la sacralité de tout ce qui est humain et à la liberté de la recherche qui pourra se poursuivre sans se heurter à des prises de brevets stratégiques »<sup>788</sup>. En l'espèce, la place de l'éthique est confirmée.

### 271. Le refus de la commercialisation des éléments et produits du corps humain.

La France ne peut tolérer une commercialisation privée dans la mesure où le génome humain est un patrimoine commun de l'humanité, un bien commun, qui doit servir l'intérêt général et la santé publique uniquement<sup>789</sup>. La commercialisation a été récemment définie par le Comité Consultatif National d'Éthique et s'entend comme une « démarche consistant à transformer une chose ou un produit en objet mercantile et à le diffuser dans un système d'échange concurrentiel. C'est dire que la commercialisation exige en général deux conditions : 1) une offre et une demande, donc un marché ; 2) la fixation d'un prix qui assure l'équilibre de ce marché »<sup>790</sup>. Or, dans ce contexte, la commercialisation évoque l'instrumentalisation du corps, le profit restant la règle fondamentale du commerce<sup>791</sup>. Si la dignité en matière de santé correspond au corpus inséré dans le Code civil par les lois de bioéthique, la non marchandisation du corps humain, au même titre que la sacralité de la vie et que la primauté de la personne, apparaît lié à la dignité de la personne humaine en qualité de corollaire. Ainsi, le champ de la brevetabilité semble délimité par les remparts formés par l'ensemble de ces principes qui forment dans leur ensemble le respect de la dignité de la personne humaine telle qu'elle est inscrite dans le droit français. L'article 16-1 du Code civil interdit au corps humain et à ses éléments et produits de faire l'objet d'un droit patrimonial<sup>792</sup>. Si le corps et la personne ne font qu'un, que le corps est la personne et que la personne correspond à son corps, alors la dignité inhérente à la personne l'est aussi au corps humain, à ses éléments et

---

<sup>788</sup> Leca A., « Faut-il vraiment breveter toutes les inventions biomédicales ? », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, p. 125.

<sup>789</sup> « C'est ce qu'a voulu exprimer la Déclaration universelle sur le génome humain de l'UNESCO, que la France a soutenue jusqu'à son adoption et sa prise en compte par les Nations Unies. Celle-ci dit du génome que, dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité », CCNE, avis n° 64 du 8 juin 2000.

<sup>790</sup> CCNE, avis n° 93 du 22 juin 2006, relatif à la commercialisation des cellules souches humaines et autres lignées cellulaires, p. 4.

<sup>791</sup> Attention, ce principe de non commercialisation n'est pas incompatible avec tous les produits : on connaît les commerces du sang, du sperme etc. régis par le Code de la santé publique et donnant lieu à des profits.

<sup>792</sup> Code civil art. 16-1 al. 3 : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

ses produits<sup>793</sup>. De plus, on ne peut déterminer un prix au corps humain, car il est rattaché à la personne, qui, contrairement à une chose, n'a pas de valeur pécuniaire. Malgré sa volonté de faire entrer la matière humaine dans la sphère de la brevetabilité, la directive européenne fait implicitement référence à la non commercialisation du corps humain, en dépit des discussions houleuses qui ont eu lieu à propos de cette incorporation et de la place qui devait y être réservée à l'éthique. En l'espèce, le brevet doit être envisagé comme une exploitation commerciale plus qu'une appropriation par son titulaire. En effet, le brevet correspond à la « *création d'un monopole au bénéfice du breveté. Il protège toute utilisation du gène, connue et inconnue au moment de la découverte* »<sup>794</sup>. Néanmoins, une exploitation commerciale exclusive s'oppose à la mise en commun des informations génétiques et semble contraire à la législation française qui favorise la mise en commun plutôt que l'« *appropriation* » d'un seul. Les informations génétiques doivent servir à la communauté internationale en ce que le génome humain est moralement reconnu comme patrimoine commun de l'humanité. La législation actuelle se borne à faire primer les droits de la collectivité et l'intérêt général de santé publique, sur les droits des brevetés<sup>795</sup>.

**272. La brevetabilité, conséquence ou frein à la recherche impliquant la personne humaine ?** Le droit des brevets en matière de biotechnologie peut être perçu comme la conséquence de la recherche, dans la mesure où il est commun de supposer qu'en cas d'invention issue d'une recherche biomédicale, un scientifique désire la protéger juridiquement. Si on peut facilement apparenter la brevetabilité à une conséquence normale de la recherche, elle n'est néanmoins pas incompatible avec un autre aspect de la recherche. En effet, en plus d'être une éventuelle conséquence, la brevetabilité peut s'observer comme une entrave à la recherche elle-même. Il faut alors se positionner différemment et situer le problème avant la réalisation de la recherche. Un brevet peut avoir pour conséquence de subordonner une recherche voire de l'empêcher. En effet, « *une société peut hésiter à*

---

<sup>793</sup> Kernaléguen F., « Le principe de non-patrimonialité du corps humain à l'épreuve de la réalité. Le difficile maintien du corps humain hors du patrimoine », in Feuillet-Liger B. et Oktay-Özdemir S. (sous la dir. de), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité, Panorama international*, Bruylant, 2017, p. 98 : « *le principe de non-patrimonialité du corps humain constitue assurément un élément essentiel de protection de la personne (...) il n'est pas un bien, (...) il est la personne. Ensuite, il manifeste avec force le refus de commercialisation qui ferait du corps une source de profit et un stock de pièces (détachables !) enjeu de marché* ».

<sup>794</sup> Cassier M., « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », in *Ethique médicale et biomédicale. Débats, enjeux, pratiques*, Revue française des affaires sociales, La Documentation française, n° 3, juillet-septembre 2002, p. 250.

<sup>795</sup> Leca A., « Faut-il vraiment breveter toutes les inventions biomédicales ? », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, p. 124.

*s'engager dans le développement d'une nouvelle méthode de diagnostic génétique si elle est dépendante du titulaire des droits d'exploitation économique portant sur le gène* »<sup>796</sup>. Ce risque d'« *abus monopolistique* »<sup>797</sup> est souligné par le Comité Consultatif National d'Ethique. En effet, l'exclusivité d'un droit d'exploitation, conférée par le brevet d'invention, peut engendrer des difficultés dans l'application pratique de certaines techniques de recherche<sup>798</sup>.

---

<sup>796</sup> Leca A., « Faut-il vraiment breveter toutes les inventions biomédicales ? », in Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005, p. 123.

<sup>797</sup> CCNE, avis n° 93 du 22 juin 2006, relatif à la commercialisation des cellules souches humaines et autres lignées cellulaires, p. 7.

<sup>798</sup> « Par exemple, si un brevet est déposé sur un gène ciblé, les laboratoires préféreront se détourner de la recherche à mener sur ce gène », CCNE avis n° 93, p. 7.

## **Conclusion du chapitre premier**

**273.** La personne humaine est incontestablement protégée par plusieurs outils et principes juridiques dont la dignité qui lui est inhérente. Aussi, le législateur concilie la liberté de la recherche et le droit à la santé avec la dignité et la primauté de la personne. De plus, il prend en considération la liberté de se prêter aux recherches par les personnes.

**274.** Dans la recherche impliquant la personne, l'information doit être donnée et le consentement doit être recueilli par le professionnel de santé afin de s'assurer de la volonté de la personne impliquée de participer à une recherche biomédicale. Une personne consentante ne devrait pas connaître d'atteinte à sa dignité, sauf en cas de mauvais déroulement de la procédure et d'éventuelle atteinte à son intégrité physique. Enfin, une succession de conditions à remplir est établie par un législateur soucieux d'encadrer strictement la recherche. Une fois remplies, les conditions permettent d'entamer la procédure de recherche elle-même également encadrée légalement.

Une fois la recherche terminée, une invention peut en découler. Une partie de la communauté scientifique réclame le droit de breveter. Ainsi se pose la question de l'exploitation commerciale du vivant opposée à son utilisation collective. Aussi, le droit européen des brevets tente d'introduire le gène humain dans la sphère des brevets. La France refuse et procède volontairement à une mauvaise transposition de la directive européenne concernée en raison notamment du rejet de l'instrumentalisation du corps humain.

**275.** Le droit français affirme sa volonté de prendre en compte les progrès et évolutions génétiques en acceptant d'une part d'encadrer avec cohérence la recherche impliquant une personne et, d'autre part, en limitant la brevetabilité du vivant afin de maintenir la préservation du principe de dignité humaine. Ainsi, entre les diverses manifestations des biotechnologies, le droit sait trouver un équilibre permettant à l'humanité de bénéficier de certains progrès sans dénaturer l'idée que le droit de la santé se fait de la dignité humaine. Pourtant, la partie génomique de l'homme, son patrimoine génétique, pourrait bien remettre en cause les rapports stabilisés que la dignité humaine et le droit de la génétique entretiennent. Afin de protéger la vie humaine de façon complète, le droit suit le cours des évolutions biotechnologiques, incluant les difficultés rencontrées avec l'ère du numérique et organise avec prévention les divers usages des données génétiques humaines.





## Chapitre 2. L'exploitation scientifique de l'ADN : le traitement biotechnologique de la dignité humaine

276. Si la dignité est inhérente à la personne humaine, alors le respect de cette personne impose le respect de sa dignité, notamment dans la collecte des informations génétiques humaines et dans leurs différentes utilisations. Avant tout, il semble important de rappeler que l'Acide DésoxyriboNucléique (ADN)<sup>799</sup> est un matériau scientifique humain riche en informations intéressant sensiblement le corps scientifique. Néanmoins, si les caractéristiques génétiques d'une personne la définissent en partie, elles ne doivent pas être appréhendées en tant qu'élément unique de définition de l'individu concerné. Comme le rappellent différents instruments internationaux, nous ne sommes pas déterminés uniquement par nos gènes : « *chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques ; cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité* »<sup>800</sup>. Les informations corporelles peuvent être scindées en deux : il y aurait d'un côté les éléments biologiques, constitués par l'ADN ; et, d'un autre, les éléments comportementaux et mentaux. Ces éléments sont fiables par nature, mais la façon de collecter et de manipuler les éléments biologiques peut entraîner des erreurs et engendrer des situations juridiquement et éthiquement dangereuses. Ainsi, leur utilisation peut constituer une atteinte à certains droits fondamentaux et naturels d'une personne. De son côté, l'ADN est appréhendé par le droit de deux manières. D'une part, il y a l'ADN « *non codant* », qui soulève peu de questions éthiques car il ne détermine pas les caractéristiques d'une personne. D'autre part, il existe l'ADN « *codant* », qui lui est plus difficile à appréhender. En effet, le législateur n'autorise son exploitation que pour des raisons médicales ou de recherches scientifiques avec le consentement de la personne intéressée. Les informations génétiques utiles à la

---

<sup>799</sup> *Le Larousse médical*, 2012, v. ADN : « *Acide Désoxyribonucléique. Acides nucléiques, support du contrôle des activités cellulaires et de la transmission des caractères héréditaires. La molécule d'ADN comporte deux brins enroulés l'un autour de l'autre en double hélice. Chacun est constitué par une succession de nucléotides, les désoxyribosnucléotides, formés par l'enchaînement d'un acide phosphorique, d'un glucide et d'une base purique ou pyrimidique.*

*Les deux bras ne sont pas identiques ; chaque base d'un brin est en regard d'une base, de l'autre bras selon une règle précise de complémentarité : ainsi, une adénine est toujours en face d'une thymine, et une guanine en face d'une cytosine.*

*L'ADN est le principal constituant chimique des chromosomes. Sur un des deux bras se trouvent les informations qui permettent à des enzymes de synthétiser les protéines, lesquelles contrôlent les activités cellulaires.*

Lors de la division cellulaire, des enzymes séparent les deux brins et en synthétisent deux nouveaux en regard des anciens. Deux nouvelles molécules d'ADN se forment ainsi, identiques à l'ancienne, destinées chacune à une cellule fille. Ce phénomène assure l'identité génétique lors de la multiplication cellulaire. Ceci est appelé répllication de l'ADN ».

<sup>800</sup> Article 2 de la Déclaration Universelle sur le génome humain et les Droits de l'Homme du 11 novembre 1997.

détermination des caractéristiques génétiques se trouvent dans les séquences dites « *codantes* », et non pas dans l'ensemble du génome<sup>801</sup> d'une personne. La question peut alors se poser de savoir si l'exploitation de l'ADN humain par les sciences à l'aide des techniques et biotechnologies peut constituer un élément de remise en cause de la dignité humaine et des droits fondamentaux dans leurs rapports avec la génétique. À ce titre, la Déclaration universelle sur le génome humain adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO en 1997 réserve ses quatre premiers articles à « *la dignité humaine et [au] génome humain* »<sup>802</sup>, rappelant l'intérêt spécifique qui doit lui être porté en ce domaine.

**277.** Considérant l'exploitation de l'ADN, il ne faut pas confondre les notions d'identification par empreintes génétiques et d'examen des caractéristiques génétiques. En effet, l'identification peut être effectuée sur des segments non codants de l'ADN, dépourvus d'informations relatives au patrimoine génétique. Ainsi, ces segments, propres à chacun, servent uniquement à comparer deux empreintes génétiques afin de vérifier qu'elles appartiennent à la même personne. *A contrario*, l'examen des caractéristiques génétiques se fait sur des segments codants et révèle des informations sur le patrimoine génétique de la personne qui s'y prête<sup>803</sup>. Ainsi et dans ce contexte, l'information génétique doit nécessairement être collectée, dans le respect des procédures établies (section 1), afin d'être utilisée. De surcroît, l'utilisation des données génétiques collectées connaît un cadre légal particulier en vertu des conséquences douteuses qu'un mauvais usage (section 2) aurait sur la protection des personnes.

---

<sup>801</sup> Le Larousse médical, 2012, v. génome humain : « ensemble du matériel génétique, c'est-à-dire des molécules d'ADN, d'une cellule. Il est constitué de l'ensemble des gènes et des autres séquences, dites non codantes, qui constituent la plus grande partie de l'ADN chromosomique.

En 1990 en France, on projette d'élaborer la carte du génome humain. Sa réalisation est effective fin 1993 et depuis, il devient possible de connaître l'ensemble des gènes qui constituent le génome. En 2003 il est entièrement décrypté et comprend 25 000 gènes ».

<sup>802</sup> V. les articles 1 à 4 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, UNESCO, 11 novembre 1997. La déclaration rappelle dans ses premiers articles que la dignité est intrinsèque et inhérente à la famille humaine, que chacun a droit au respect de sa dignité, et que ceci doit être assuré même et particulièrement en ce domaine de la génétique, que personne ne doit être victime de discrimination basée sur les caractéristiques génétiques, en vertu de l'existence de cette dignité et que, concernant le génome humain, la dimension pécuniaire devait en être éloignée.

<sup>803</sup> Danet J., « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au « portrait-robot génétique » (mais approximatif) est validé », RSC 2014, p. 595.

## **Section 1. L'encadrement restrictif de la collecte des données génétiques humaines**

**278.** Le matériel génétique contenant les informations génétiques, c'est-à-dire l'ADN codant, relève d'un intérêt particulier pour l'ensemble du corps scientifique. Ainsi, ces informations font l'objet d'une collecte selon différents modes (§1), correspondant à différentes finalités (§2). Le fait de récolter les informations génétiques ou de les répertorier dans une base de données numérisée est encadré juridiquement. Néanmoins, depuis la loi *Bioéthique* du 7 juillet 2011 et pour éviter toute prolifération en dehors du cadre légal, les conditions de cette récolte sont renforcées<sup>804</sup>. Ainsi, le législateur crée une nouvelle infraction pénale qui condamne le fait de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne en dehors des conditions prévues par la loi<sup>805</sup>.

### **§1. Les modes de collecte légaux des données génétiques humaines : la bioinformatique au service du droit**

**279.** Les données génétiques humaines sont définies par l'UNESCO dans sa Déclaration internationale sur les données génétiques humaines comme les « *informations relatives aux caractéristiques héréditaires des individus, obtenues par l'analyse d'acides nucléiques ou par d'autres analyses scientifiques* »<sup>806</sup>. Leurs modes de collecte peuvent globalement se classer selon deux ordres. D'une part, on peut associer les tests génétiques à une finalité médicale et de recherche scientifique ; d'autre part, cet examen des caractéristiques génétiques peut se poursuivre dans l'identification d'une personne en droit pénal. Les résultats des premiers tests génétiques font l'objet d'une récolte et d'un stockage différents des informations génétiques issues de l'examen poursuivi dans le but d'identifier un individu suspect. Les uns sont répertoriés dans des bases de données génétiques (A), tandis que les autres sont enregistrés dans un fichier national réservé aux empreintes génétiques (FNAEG) de certaines catégories de la population. Le consentement pose peu de problèmes dans le premier domaine, car la personne doit consentir sans équivoque à la réalisation de tests génétiques, qu'ils soient thérapeutiques ou prédictifs, et peut révoquer son consentement

---

<sup>804</sup> Concernant la révision de la loi *Bioéthique* entamée par la loi du 7 juillet 2011, la structure principale de la bioéthique semble maintenue et l'aspect génétique n'est pas profondément bouleversé, v. Binet J.-R., « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée de la bioéthique », *Dr. Famille*, octobre 2011, étude 21 p. 17-22 ; v. aussi Cheynet de Beaupré A., « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, chron. p. 2217-2224.

<sup>805</sup> V. art. 226-28-1 du Code pénal.

<sup>806</sup> Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, UNESCO, 16 octobre 2003, article 2 (i).

librement. Néanmoins la question du consentement de la personne concernée par l'examen des caractéristiques génétiques en vue d'une identification semble plus délicate. En principe, afin que ces empreintes soient collectées, traitées, utilisées et conservées dans le fichier, le consentement exprès de la personne concernée semble exigé depuis la loi de bioéthique de 2004. Cependant, des exceptions subsistent (B).

#### **A. L'alimentation des bases de données génétiques par le stockage des résultats de tests génétiques**

**280.** Le test génétique est défini par le droit international comme une « *méthode permettant de déceler la présence, l'absence ou la modification d'un gène ou d'un chromosome donné, y compris un test indirect pour un produit génique ou autre métabolite spécifique indicateur essentiellement d'une modification génétique spécifique* »<sup>807</sup>. La réalisation de tests génétiques pour accomplir un examen des caractéristiques génétiques obéit à une finalité médicale double. Elle peut être thérapeutique et donc servir d'aide au diagnostic après une recherche scientifique<sup>808</sup> menée sur une personne consentante : l'article 1 de l'ordonnance du 16 juin 2016 met en place un répertoire public des recherches impliquant la personne et leurs résultats<sup>809</sup>. Elle peut également être prédictive et ainsi permettre de déceler par anticipation un risque médical génétique, éventuel ou futur. De ce fait, sont répertoriés dans des bases de données prévues à cet effet<sup>810</sup> deux types d'informations génétiques : celles résultant des tests génétiques prédictifs et les données humaines issues d'une recherche impliquant une personne, mise en œuvre dans une démarche thérapeutique ou de recherche scientifique.

---

<sup>807</sup> Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, UNESCO, 16 octobre 2003, article 2 (xii).

<sup>808</sup> Nous pouvons renvoyer ici à la section précédente relative à la recherche biomédicale, appelée depuis la loi Jardé de 2012 « *recherche impliquant la personne humaine* ». En effet, la collecte des données génétiques peut notamment découler de ce type de recherche.

<sup>809</sup> L'ordonnance modifie l'article L. 1121-15 du Code de la santé publique : « Les recherches impliquant la personne humaine et leurs résultats sont inscrits dans un répertoire d'accès public selon des règles déterminées par décret ».

<sup>810</sup> Il existe en France et dans le monde, plusieurs types de bases de données génétiques. Les scientifiques et médecins du monde ont la possibilité d'alimenter des bases de données spécialement créées pour stocker les informations relatives à des maladies génétiques, ou encore à des pathologies plus classiques et pas nécessairement héréditaires comme le cancer, ou encore, comme il en existe en France, des bases de données génétiques propres aux personnes se prêtant à une recherche impliquant la personne humaine, comparables au système de recensement ; v. notamment Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », D. 2014. 843.

**281. Les conditions légales de réalisation d'un examen des caractéristiques génétiques.** Un test doit d'abord être prescrit<sup>811</sup> par le médecin lors d'une consultation médicale individuelle. Ce dernier l'accorde pour entamer une recherche soit sur une personne présentant les symptômes d'une maladie génétique, soit sur une personne asymptomatique mais disposant d'antécédents familiaux. Ensuite, le consentement<sup>812</sup> de la personne doit être recueilli par le médecin qui atteste avoir donné les informations nécessaires concernant les tests et leurs résultats, à l'occasion de la consultation pendant laquelle il fait sa prescription. Enfin, la loi précise que dans le cas de ces tests génétiques réalisés à des fins médicales, l'examen doit être fait par des praticiens agréés par l'ABM et dans un laboratoire agréé par l'ARH après avis de l'ABM<sup>813</sup>.

Les résultats de ces examens renseigneront sur diverses informations génétiques répertoriées en données personnelles de santé, collectées dans des conditions définies par la loi. Ces données génétiques entrent dans le champ de protection des données personnelles en vertu de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés de 1978<sup>814</sup>. De plus, le Comité Consultatif National d'Ethique rappelle en 2016 qu'il veille à ce que les données génétiques soient protégées, il réitère la volonté de limiter leur utilisation et revoit la question de la transparence à adopter quant à leur contenu<sup>815</sup>.

**282. L'évolution des tests génétiques<sup>816</sup> : le risque de généralisation des tests génétiques prédictifs.** Le Comité Consultatif National d'Ethique insiste sur les enjeux qui

---

<sup>811</sup> Sur les conditions de prescription des tests génétiques et les questions qui peuvent en découler, notamment à propos des différents enjeux (personnels, familiaux et sociétaux) que représentent ces tests génétiques, v. Manouvrier-Hanu S. et Nivelon-Chevalier A., « Les tests et empreintes génétiques : enjeux de société », in Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, pp. 525-537.

<sup>812</sup> V. art. L. 1131-1 du Code de la santé publique, reprise des conditions habituellement relatives au consentement.

<sup>813</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, pp. 692-694.

<sup>814</sup> Actualités, RGDM, n° 59, juin 2016, Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, pp. 273 : « Les données génétiques, données personnelles de santé, "sont stockées en masse et partagées en permanence", et relèvent des "principes généraux applicables aux traitements, tels qu'ils sont définis aux articles 6 et 7 de la loi du 6 janvier 1978" : finalité, proportionnalité, pertinence, durée limitée, sécurité, transparence, respect du droit des personnes ».

<sup>815</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, pp. 54-56. Il propose de promouvoir le « droit à l'autodétermination informationnelle », concept dégagé par la Cour constitutionnelle allemande en 1983.

<sup>816</sup> À propos de leur utilisation et de la mise en garde nécessaire les concernant v. notamment les actes du colloque « Accès aux tests génétiques en Europe : droit et protection des utilisateurs », Table ronde 1<sup>er</sup>-3 septembre 2011, Université Paris 8, RGDM, n° 42, mars 2012, pp. 13-54.

pourraient motiver le développement des tests génétiques<sup>817</sup>, et consacre la troisième partie de son avis du 21 janvier 2016 à « *l'avenir de l'information génétique à l'heure du séquençage ADN à très haut débit* »<sup>818</sup> en vertu de l'évolution constatée en ce domaine. Cette évolution semble encouragée par l'émergence d'une fusion, finalement prévisible, entre les données personnelles dématérialisées et internet, quand le monde des biotechnologies s'est emparé du numérique. Ainsi, ces tests génétiques pourraient se généraliser à l'ensemble du territoire français et devenir obligatoires. En effet et sur le fondement du droit à la santé, si « *le renforcement de la fiabilité des tests génétiques et le développement de mesures de prévention corrélatives conduisent la collectivité à inciter les individus à recourir à ce type de tests* »<sup>819</sup>, alors le système bascule vers la contrainte et entre en contradiction avec les libertés individuelles et fondamentales. Le Comité Consultatif National d'Ethique met en garde contre le développement de cette pratique début 2016 en soulevant que « *cette évolution technique risque de nous faire passer d'une génétique, dont l'objectif principal deviendrait la prédiction de cette maladie, avec le risque d'atteinte à la liberté que cela comporte dans un objectif de santé publique possiblement interventionniste* »<sup>820</sup>. De toute évidence, certains ont déjà trouvé des arguments favorables à cette évolution plus envisageable que souhaitable. Il est vrai que cela représenterait une économie sur le long terme, qui plus est utile au système de santé et de soins actuel. Des économies seraient également réalisables dans un domaine voisin, ce qui pourrait éveiller le désir de certains de réprimer financièrement un comportement risqué dans un contexte génétique défavorable : en effet, la connaissance d'une information génétique dans le cadre familial par exemple pourrait s'avérer utile à l'ensemble de la parenté. On s'interrogerait donc en l'espèce en terme de respect de la vie privée et on mettrait en balance les intérêts collectifs suscités par cette nouvelle finalité d'une « *médecine personnalisée* »<sup>821</sup>.

---

<sup>817</sup> Actualités, RGDM, n° 59, juin 2016, Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, p. 265 : « *la gestion, le stockage et surtout l'interprétation de ces données requièrent des moyens informatiques, mais aussi statistiques mathématiques considérables, qui constituent de réels enjeux de pouvoirs, notamment économique* ». Et de poursuivre, p. 267 que « *le défi de l'archivage et de la bio-information est aussi un défi économique de ces techniques de séquençage* ».

<sup>818</sup> V. Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, pp. 31-48.

<sup>819</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 698.

<sup>820</sup> Actualités, RGDM, n° 59, juin 2016, Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, pp. 265.

<sup>821</sup> Cf. infra « *une finalité nouvelle : la médecine personnalisée* » qui commence à se développer en France avec notamment le Plan France Génétique initié par Madame Touraine, ministre de la santé, en 2016.

**283.** Concernant l'intérêt qu'il y aurait à les légaliser, il en existerait un minime<sup>822</sup> qui paraît insuffisant au regard notamment du caractère potentiellement dangereux que peuvent présenter les tests génétiques réalisés sur internet. Aussi, un généticien<sup>823</sup> déplore l'absence de conseil génétique et de précautions requises dans le processus dématérialisé et virtuel de ces tests. Pour l'heure, ils demeurent illégaux en France mais rien n'empêche un français de les réaliser au vu du support par lequel ils sont impulsés : internet. L'interdiction française est-elle toujours utile, au regard du dépassement des limites légales permis par ce réseau informatique mondial. En l'espèce, l'Etat français ne semble pas être en mesure d'assurer de façon effective et absolue la protection des personnes et de leur patrimoine génétique.

**284.** La collecte des données génétiques issues de la recherche scientifique se distingue toutefois de celle réalisée dans le cadre d'une enquête pénale : le prélèvement d'ADN ne porte que sur les séquences non codantes du génome et obéit donc à d'autres règles.

## **B. L'encadrement légal du consentement dans la collecte de la preuve par ADN**

**285.** Le principe, issu des premières lois de bioéthique de 1994, veut que le consentement de la personne qui se prête à l'examen de ses caractéristiques génétiques soit expressément recueilli<sup>824</sup>. Toutefois, le Code de la santé publique prévoit une exception pour la personne qui se trouve dans l'impossibilité de donner son consentement de façon directe ou indirecte et permet que, dans son intérêt uniquement, soit fait abstraction de l'absence de consentement<sup>825</sup>. Le Code pénal sanctionne notamment le fait de ne pas recueillir ce consentement dans les conditions prévues par le Code civil, dans trois articles différents selon les finalités de l'examen mis en œuvre<sup>826</sup>.

---

<sup>822</sup> Les tests génétiques sur internet peuvent présenter un avantage pratique pour les personnes curieuses de leur généalogie et de leurs origines génétiques, ces intérêts sont donc purement personnels et individuels.

<sup>823</sup> Entendu au journal télévisé de France 2.

<sup>824</sup> Art. 16-10 al. 2 du Code civil : « le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment ».

<sup>825</sup> Art. L. 1131-1 al. 2 du Code de la santé publique : « toutefois, lorsqu'il est impossible de recueillir le consentement de cette personne ou, le cas échéant, de consulter la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches, l'examen ou l'identification peuvent être entrepris à des fins médicales, dans l'intérêt de la personne ».

<sup>826</sup> V. art. 226-25, -27 et -28 du Code pénal selon les finalités de l'examen. Les dispositions des articles 226-27 et -28 du Code pénal sont reprises par le Code de la santé publique aux articles L. 1133-3 et -4.



**286. La preuve par ADN dans la constitution du FNAEG.** Par dérogation et selon le mode de collecte, ce consentement exprès et éclairé, peut, dans des circonstances bien précises, ne pas être exigé mais contourné. À l'occasion d'une enquête pénale par exemple la question du consentement fait débat. En effet, l'examen des caractéristiques génétiques peut servir à identifier un individu et apporter ainsi la preuve de sa culpabilité grâce à son ADN laissé sur une scène de crime<sup>827</sup>. Les caractéristiques génétiques récoltées sont stockées dans le FNAEG selon des conditions particulières<sup>828</sup>. Ce fichier est issu de la loi du 17 juin 1998<sup>829</sup>. À l'origine, sa création est uniquement destinée à récolter puis conserver les empreintes génétiques des individus condamnés pour une infraction de nature sexuelle<sup>830</sup>. Avec le temps et une succession de lois<sup>831</sup>, la liste des infractions s'étend à plusieurs infractions de natures différentes comme les crimes et délits punissables d'une peine privative de liberté d'au moins dix ans<sup>832</sup>. Son alimentation s'assure par la collecte de plusieurs informations<sup>833</sup>. Désormais, le fichier sert à comparer les empreintes génétiques des suspects à celles du fichier<sup>834</sup>.

**287. Les cas d'absence de consentement pénalement tolérés.** Si le consentement de l'intéressé est présumé indispensable en matière de preuve par ADN<sup>835</sup>, la loi de 1998 demeurait jusqu'à récemment silencieuse en ce domaine. Pourtant, le Code civil, qui impose

---

<sup>827</sup> V. infra, à propos du matériel biologique détaché du corps humain qui peut être « prélevé » sans le consentement de l'intéressé.

<sup>828</sup> Le Code de procédure pénal encadre le FNAEG aux articles 706-54 à 706-56-1-1.

<sup>829</sup> Loi dite Guigou n° 98-468 du 17 juin 1998, relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs.

<sup>830</sup> Sur le FNAEG originel, alimenté uniquement par les données génétiques des auteurs d'infraction sexuelle v. Bellivier F., « Infractions sexuelles et empreintes génétiques », RTD civ., 2000, p. 648.

<sup>831</sup> D'abord la loi du 17 juin 1998, ensuite les lois du 15 novembre 2001, du 18 mars 2003 et du 9 mars 2004.

<sup>832</sup> V. art. 706-55 du Code de procédure pénale.

<sup>833</sup> Debove F., Falletti F., Dupic E., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2016 : il ya d'abord les traces biologiques (dites non résolues) relevées sur les lieux d'un crime ou délit, mais aussi les profils génétiques des personnes condamnées pour des infractions susceptibles d'engendrer le fichage et enfin les empreintes génétiques issues des traces biologiques recueillies à l'occasion d'une procédure de recherche d'une personne décédée ou disparue, situation où une infraction pénale est supposée.

V. également Pradel J., *Procédure pénale*, Cujas, 18<sup>e</sup> éd., 2015, pp. 459-463 : les hypothèses dans lesquelles le prélèvement est possible pour alimenter le fichier : les traces biologiques retrouvées sur les lieux du crime et les empreintes génétiques des personnes coupables d'une infraction mentionnée à l'article 706-55 du Code de procédure pénale. Puis, les empreintes génétiques des personnes poursuivies pour une des infractions précitées mais dont la poursuite est irrecevable en raison d'un trouble mental. Ensuite, les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants de la commission d'une infraction susmentionnée. Enfin, les empreintes génétiques recueillies pendant la procédure de recherche des causes de la mort ou de la disparition d'une personne, ou à l'occasion des recherches aux fins d'identification dont l'identité n'a pas pu être établie. La loi du 4 mars 2004 y ajoute le suspect pour comparaison avec le fichier mais ne prévoit pas de conserver ses empreintes génétiques.

<sup>834</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, 986 p.

<sup>835</sup> Concernant l'exigence du consentement aux empreintes génétiques v. Pigache C., « L'utilisation des empreintes génétiques à des fins probatoires », RGDM, n° 27, 2008, pp. 89-92.

le recueil du consentement exprès de la personne avant de pouvoir examiner ses caractéristiques génétiques, ne prévoit rien concernant les mesures d'enquête et d'instruction. En pratique et en raison du besoin de découvrir la vérité dans une affaire pénale, recourir à l'ADN, par le biais d'une collecte, ne devrait pas porter atteinte aux droits de l'Homme<sup>836</sup>. Ainsi, la question opposant prélèvement et analyse est réglée par la circulaire du 14 décembre 1998 qui établit une distinction claire entre le consentement au prélèvement, qui est obligatoire, et le consentement à l'analyse, qui n'est pas requis<sup>837</sup>. Néanmoins, la procédure pénale connaît des dérogations spéciales en matière de consentement et de preuve par ADN, puisque l'article 706-56 du Code de procédure pénale<sup>838</sup> prévoit que le prélèvement peut être réalisé sans l'accord de l'intéressé pour les personnes condamnées ou poursuivies pour des crimes ou délits punissables de plus de dix ans d'emprisonnement<sup>839</sup>. La jurisprudence exige une condamnation et refuse de l'assimiler à une dispense de peine<sup>840</sup>. Néanmoins, le Code de procédure pénale prévoit depuis la loi du 14 mars 2011 la récolte des informations génétiques même en cas de soupçons, mais refuse leur conservation<sup>841</sup>. L'article 706-56 du même code sanctionne également le refus par la personne obligée d'y consentir et double la peine si la personne a été condamnée pour un crime<sup>842</sup>. Désormais, la jurisprudence française considère que les articles 16-10 et 16-11 du Code civil « *n'ont pas vocation à s'appliquer dès lors qu'ils*

---

<sup>836</sup> Pradel J., *Procédure pénale*, Cujas, 18<sup>e</sup> éd., 2015, pp. 461-462.

<sup>837</sup> Cité in Bellivier F., « Infractions sexuelles et empreintes génétiques », RTD civ., 2000, p. 648. L'auteur se demande, déjà en 2000, quand le fichage est alors limité aux auteurs d'infraction sexuelle, si ce fichier n'est pas liberticide en vertu des ambiguïtés qu'elle relève concernant le consentement de la personne concernée et le stockage des données.

<sup>838</sup> Créé par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

<sup>839</sup> Art. 706-56-I du Code de procédure pénale « (...) lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut être effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du procureur de la République. Il en va de même pour les personnes poursuivies pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale en application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133 ou 706-134 ». Cet article fait écho à l'article 706-54 al. 1 qui détermine le champ d'application du FNAEG : « *Le fichier national automatisé des empreintes génétiques, placé sous le contrôle d'un magistrat, est destiné à centraliser les empreintes génétiques issues des traces biologiques ainsi que les empreintes génétiques des personnes déclarées coupables de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs de ces infractions. Sont conservées dans les mêmes conditions les empreintes génétiques des personnes poursuivies pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale en application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133 ou 706-134* ».

<sup>840</sup> Crim. 9 avril 2008.

<sup>841</sup> Art. 706-54 al. 1 du Code de procédure pénale : « les officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée ».

<sup>842</sup> Art. 706-56-II du Code de procédure pénale : « *Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

ont pour seul fondement le respect et la protection du corps humain », si le matériel biologique est détaché du corps humain, ces articles ne s'appliquent pas, justifiant ainsi que le consentement exprès du suspect n'a pas été recueilli<sup>843</sup>. En effet, si l'échantillon biologique est retrouvé sur les lieux d'une infraction il n'y a vraisemblablement pas besoin de procéder à un prélèvement et le recours au consentement de la personne paraît inutile.

**288. Le recours à un usage proportionné de la contrainte validé par la Cour de Strasbourg.** Le caractère proportionné sert, à juste titre, à légitimer les prélèvements contraints. En effet et du côté de la jurisprudence européenne, le juge semble favorable à l'« usage de la contrainte »<sup>844</sup> quand celle-ci apparaît justifiée. Tout d'abord, l'ancienne Commission EDH rappelait dans un arrêt du 13 décembre 1979<sup>845</sup>, que « l'ingérence constituée par un prélèvement corporel obligatoire est justifiée si elle est prévue par la loi, nécessaire dans une sociale démocratie et proportionnée au but recherché »<sup>846</sup>. Plus tard, la Cour EDH, dans l'affaire *Saunders* du 17 décembre 1996 évoque le droit au silence comme n'étant pas un procédé coercitif, à l'instar du prélèvement sanguin ou des tissus du corps humain en vue d'une analyse, qui elle, se montrera coercitive<sup>847</sup>. Ensuite, dans l'affaire *Marper c. Royaume-Uni* en 2008, la Cour admet la conservation de profils ADN tout en la rejetant dans le cas de la personne soupçonnée mais non condamnée<sup>848</sup>. Enfin, il en va de même dans la décision de la Cour du 18 avril 2013 dans laquelle les empreintes digitales ne sont pas conservées en cas de non lieu<sup>849</sup>. Le contraire serait considéré comme représentant une atteinte disproportionnée à la vie privée.

**289.** En réalité, les modes de collecte des informations génétiques dépendent fondamentalement de la finalité poursuivie de la récolte en question.

---

<sup>843</sup> Crim. 25 juin 2014, n° 13-87.493, D. 2014, p. 1453. Conformément à l'article 706-56-I qui précise notamment que « lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne mentionnée au premier alinéa, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé ».

<sup>844</sup> Pradel J., *Procédure pénale*, Cujas, 18<sup>e</sup> éd., 2015, pp. 461-462.

<sup>845</sup> Comm. EDH, 13 décembre 1979, n° 8378/78.

<sup>846</sup> Cité in Pradel J., *Procédure pénale*, Cujas, 18<sup>e</sup> éd., 2015, p. 462.

<sup>847</sup> CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, n° 19187/91.

<sup>848</sup> CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, § 125.

<sup>849</sup> CEDH, 18 avril 2013, n° 19522/09.

## §2. Les finalités de la collecte de données génétiques humaines déterminées par la loi

**290.** Depuis les premières lois Bioéthique adoptées en 1994, les finalités de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne sont mentionnées dans le Code de la santé publique qui renvoie au Code civil<sup>850</sup>. Celui-ci limite l'examen des caractéristiques génétiques à deux finalités : « *l'examen (...) ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique* »<sup>851</sup>. De plus la loi prévoit une disposition particulière concernant la finalité d'identification qui ne peut être justifiée que dans trois cas : « *l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; 2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ; 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées (...)* »<sup>852</sup>. À ce titre, le Code pénal sanctionne le non respect de ces finalités<sup>853</sup>. Ainsi, l'examen des caractéristiques génétiques est légalement autorisé dans trois finalités précises. Les premières peuvent être classées selon leur nature médicale (A) tandis que la dernière correspond à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à l'occasion d'une enquête pénale (B).

### A. Les finalités médicales et de recherche scientifique de l'examen des caractéristiques génétiques : de la thérapie à la médecine personnalisée

**291. La finalité thérapeutique ou de recherche scientifique.** L'examen des caractéristiques génétiques peut avoir une finalité purement thérapeutique, permettant à la personne d'intervenir sur une éventuelle pathologie ou malformation génétique à l'aide d'un diagnostic approprié. La recherche scientifique peut également être un moteur de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne.

---

<sup>850</sup> Art. L. 1131-1 al. 1 du Code de la santé publique : « *l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou son identification par empreintes génétiques sont régis par les dispositions du chapitre III du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent titre, sans préjudice des dispositions du titre II du présent livre* ».

<sup>851</sup> Art. 16-10 al. 1 du Code civil.

<sup>852</sup> Art. 16-11 du Code civil.

<sup>853</sup> Art. 226-25 du Code pénal : « *le fait de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique, ou à des fins médicales ou de recherche scientifique, sans avoir recueilli préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article 16-10 du Code civil, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». L'article suivant sanctionne également le fait de vouloir détourner les finalités de l'examen. Art. 226-26 du Code pénal « *le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'examen de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Cette finalité thérapeutique peut également être préventive, permettant à la personne d'opter pour un nouveau mode de vie, adapté à un diagnostic déterminé grâce à l'examen des caractéristiques génétiques.

**292. La finalité prédictive des tests génétiques.** L'examen des caractéristiques génétiques peut également mener à une médecine prédictive notamment à l'occasion de la réalisation des tests génétiques<sup>854</sup> à l'initiative de la personne concernée. À ce titre, l'examen génétique n'est pas un acte biologique normal, en ce sens qu'il revêt deux particularités. D'une part, il peut toucher l'homme dans sa nature biologique actuelle, et ainsi confirmer un diagnostic ; ou sa biologie future et donc révéler une maladie à venir, détecter les risques de la développer. D'autre part, cette médecine prédictive sert à entretenir le lien entre cet individu et sa famille, passée, présente et future<sup>855</sup>. Néanmoins, des incertitudes subsistent s'agissant de la valeur des prédictions et de la possibilité de déjouer l'apparition de la pathologie prédite.

**293. L'extension de la finalité prédictive : le nouvel objectif d'une médecine personnalisée.** Madame Touraine, à l'époque ministre de la santé, avait annoncé en juin 2016 que la France se lançait dans le projet « *Plan France médecine génomique* » et envisageait l'ouverture de centres de séquençage de l'ADN. L'objectif est de développer la médecine personnalisée<sup>856</sup> dont le premier enjeu serait la santé publique et qui poursuivrait des buts scientifiques, cliniques, technologiques et économiques de taille<sup>857</sup>. Dans cette mesure, elle affirme dangereusement que « *nous avons besoin de connaître le génome de chaque individu* »<sup>858</sup>. Le rapport de Monsieur Lévy indique notamment que ce plan représente un enjeu économique qui permettrait de réaliser des « *économies massives dans notre système de soins* »<sup>859</sup>. Ce plan prévoit que d'ici à 2021, douze plateformes françaises soient mises en place afin d'assurer ledit séquençage génomique. Le ministre a lancé un appel à projets national le 19 décembre 2016, amorçant le financement des deux premiers centres d'analyse du génome humain, appelées également plateformes génomiques, sur les douze prévus. En

---

<sup>854</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 690 : Les tests génétiques correspondent aux « *examens qui utilisent le gène comme moyen d'investigation* ».

<sup>855</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, 986 p.

<sup>856</sup> V. le rapport de Monsieur Y. Lévy, remis en juin 2016 au premier ministre Monsieur M. Valls, « France Médecine Génomique 2025 : permettre l'accès au diagnostic génétique sur tout le territoire ».

<sup>857</sup> V. le rapport de Monsieur Y. Lévy, remis en juin 2016 au premier ministre Monsieur M. Valls, « France Médecine Génomique 2025 : permettre l'accès au diagnostic génétique sur tout le territoire », pp. 1-2.

<sup>858</sup> Thibert C., « Pourquoi Marisol Touraine veut "connaître le génome de chaque individu" ? », Le Figaro, 30 décembre 2016.

<sup>859</sup> V. le rapport de Monsieur Y. Lévy, remis en juin 2016 au premier ministre Monsieur M. Valls, « France Médecine Génomique 2025 : permettre l'accès au diagnostic génétique sur tout le territoire », p. 5.

juin 2017 est dévoilée la liste des établissements hospitaliers qui seront visés par le séquençage à très haut débit de nombreux patients, après l'appel à projet lancé par le ministère pour les équipes hospitalières<sup>860</sup>.

**294.** Alors qu'en 2003, décrypter l'ensemble du génome du humain a demandé plusieurs années et trois milliards de dollars, le séquençage du génome humain aujourd'hui peut se faire pour mille dollars. Ainsi, l'homme peut parvenir à faire encore moins cher et plus rapide. En effet, Monsieur de Souza, à la tête de la société Illumina, annonce le lancement de nouvelles machines permettant d'analyser le génome en une heure et pour une centaine de dollars seulement<sup>861</sup>. Pour ce faire, un chercheur du CNRS a mis au point une nouvelle technique permettant de séquencer l'ADN en quelques minutes, déjà testée dans certains hôpitaux de Paris et dans l'industrie pharmaceutique. L'objectif est de faire bénéficier l'ensemble de la population d'un séquençage d'ADN tant sur le plan diagnostic que sur le plan de la médecine personnalisée. Cette information rejoint le Plan France génomique de Madame Touraine. En effet, lors de son lancement, Yves Lévy, président de l'INSERM et de l'Alliance Nationale pour les Sciences de la Vie et de la Santé, a déclaré que « *le plan [était] assez simple : mettre en place des plateformes de séquençage à haut débit (...), collecter ces données pour avoir un système centralisé et nous permettre d'avoir une masse d'informations* »<sup>862</sup>. De plus, des chercheurs américains et chinois se sont également lancés dans une « *course à l'ADN* » afin de soigner par l'édition génétique. Les chercheurs américains ont eu l'autorisation, en juin 2016, d'utiliser CRISPR-cas9 pour valider la faisabilité d'une thérapie génique au moyen de cette même technique<sup>863</sup>.

Ce dispositif, au cœur de l'innovation, participe notamment à l'ancrage et à la mise en œuvre d'une médecine génomique, vantant les mérites du progrès scientifique. De toute évidence, cette évolution n'avait pas échappé au Comité Consultatif National d'Ethique<sup>864</sup> qui prévient un engagement important de la sécurité juridique et des personnes.

---

<sup>860</sup> « Connaître le génome de chacun : le plan national est en marche », Genethique.org, 2 janvier 2017.

<sup>861</sup> Clapaud A., « La France dans la course à l'ADN grâce au numérique », L'atelier, 14 février 2017 in « La France lancée dans la course à l'ADN », Genethique.org, 15 février 2017.

<sup>862</sup> Propos repris in « La France lancée dans la course à l'ADN », Genethique.org, 15 février 2017.

<sup>863</sup> V. chapitre sur l'eugénisme abordant dans une section la thérapie génique et l'outil révolutionnaire CRISPR-cas9 servant à l'édition du génome.

<sup>864</sup> Actualités, RGDM, n° 59, juin 2016, Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, p. 264 : « la génomique, à l'heure du séquençage d'ADN à très haut débit, participe à la mise en place de gigantesques bases de données concernant la santé des personnes qui représentent des enjeux considérables dans le domaine du droit à la vie privée ».

**295.** L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne se réalise donc sur prescription médicale pour des raisons thérapeutiques, médicales ou de recherche scientifique. Elle se distingue alors de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, finalité envisagée par le législateur dans l'idée d'une génétique au service du droit pénal.

### **B. L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques légitimée par le concours apporté à l'enquête pénale**

**296. La finalité du FNAEG : l'identification par la comparaison.** Les données génétiques humaines utilisées par les forces de l'ordre chargées de la sécurité des personnes servent à l'identification d'une personne grâce aux empreintes génétiques fichées au FNAEG. Elles peuvent ainsi apporter leur concours aux forces de police dans la recherche d'un suspect inconnu lors d'une enquête pénale concernant un crime ou un délit. La technique des empreintes génétiques peut notamment servir à l'identification d'un individu et visualiser sous la forme d'un système de code barre certaines régions spéciales d'un patrimoine génétique de l'homme. Cette technique est plus précise que celle des empreintes digitales ou de l'analyse sanguine. Les empreintes génétiques sont la carte d'identité physique de l'être humain. Ces empreintes se trouvent dans différents fragments biologiques : le sang, le sperme, la salive, les cheveux ou la peau. Dans ce contexte, deux domaines juridiques sont concernés ; d'abord l'enquête pénale, à l'occasion de laquelle on compare l'ADN retrouvé sur une scène de crime, un corps, une victime, à celui obtenu chez un suspect, puis, la filiation pour paternité, domaine qui n'intéresse pas le sujet<sup>865</sup>. Avant l'intervention des lois *Bioéthique*, la pratique était mal maîtrisée et pouvait mener en droit pénal à une violation des droits de la défense ou à une erreur judiciaire – qui pourraient engendrer des conséquences sur la dignité de la personne concernée. En effet, *quid* de la dignité de la personne dans l'enquête pénale quand la preuve par ADN s'avère défailante par la modification d'une scène de crime ou à cause d'une mauvaise manipulation de l'ADN ?

Afin d'être utilisées par les services de police de façon pratique, ces preuves par ADN une fois collectées sont enregistrées au FNAEG. Ce fichage sert à trouver l'auteur d'une infraction pénale ou une personne disparue, son objectif principal relève donc de l'intérêt général. Néanmoins, une partie de la doctrine se pose la question de l'élargissement de la liste des personnes susceptibles d'y être fichées, mentionné *supra*. Un fichage infini et généralisé

---

<sup>865</sup> V. Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, 986 p., v. aussi Pigache C., « L'utilisation des empreintes génétiques à des fins probatoires », RGDM, n° 27, 2008, pp. 82-83.

de la population pourrait avoir pour conséquence le contrôle et non la protection des personnes, même dans l'intérêt général.

**297. La conformité à la Constitution du fichage des empreintes génétiques.** À l'occasion d'une QPC en date du 16 septembre 2010<sup>866</sup>, le Conseil reconnaît que les articles du Code pénal 706-54, -55 et -56 correspondant au fichage des empreintes génétiques ne sont pas contraires à la Constitution et ne portent pas atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi la conformité dudit fichier à la Constitution, affirmant sa constitutionnalité<sup>867</sup>. Aussi, le fait de contraindre certaines personnes au prélèvement de leurs empreintes génétiques sans leur consentement n'est pas «  *attentatoire à la dignité des personnes* »<sup>868</sup>. Le refus de prélèvement, évoqué à l'article 706-56 du Code de procédure pénale<sup>869</sup>, ne peut pas être légitimé par le droit à l'intégrité du corps, comme en témoigne la décision de la Cour de cassation en date du 18 décembre 2013<sup>870</sup>.

**298. La validation par le juge pénal français du recours au portrait-robot génétique dans un but d'identification de la personne.** La preuve par ADN constituait déjà une révolution dans l'enquête judiciaire, faisant disparaître la culture de l'aveu<sup>871</sup>. En effet, la

---

<sup>866</sup> Conseil constitutionnel, DC n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 ; Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC, D. 2012. 308, obs. H. Gaumont-Prat ; AJ pénal 2010. 545, étude J. Danet.

<sup>867</sup> D. 2010, Actu, 2160, 545, obs. J. Danet : la preuve par ADN ne porte pas atteinte au respect de la liberté individuel ni à la présomption d'innocence, ni au respect de la dignité humaine ni à l'inviolabilité du corps humain, ni à la nécessité des peines.

<sup>868</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, considérant 13 : «  *considérant, en deuxième lieu, que le prélèvement biologique visé aux deuxième et troisième alinéas de l'article 706-54 ne peut être effectué sans l'accord de l'intéressé ; que, selon le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 706-56, lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché de son corps ; qu'en tout état de cause, le prélèvement n'implique aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comporte aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes* ». De plus, le considérant 25 reconnaît qu'en condamnant le refus de prélèvement pour les personnes concernées «  *le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée (...) qu'il s'ensuit que les dispositions du paragraphe II de l'article 706-56 ne portent atteinte à aucun des droits et libertés invoqués* ».

<sup>869</sup> Art. 706-56 du Code de procédure pénale : «  *II.- Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

<sup>870</sup> Crim. 18 décembre 2013, n° 13-90.028 ; Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », D. 2014. 843 : «  *les refus de prélèvements sont fréquents, notamment pour la prise d'empreintes génétiques, et les efforts des récalcitrants pour paralyser l'application de ces dispositions à l'aide du principe d'inviolabilité du corps humain restent vains, en témoigne l'arrêt de la chambre criminelle du 18 décembre 2013* » ; v. également Crim. 19 mars 2013, n° 12-81. 533 qui a rejeté le pourvoi formulé par le prévenu qui avait refusé de se soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques aux fins d'enregistrement au FNAEG et poursuivi sur le fondement des articles 706-54 à 56 et R. 53-10 du Code de procédure pénale. Une QPC avait été portée devant la Cour qui n'a pas renvoyé la question au Conseil en raison de l'existence de la QPC du 16 septembre 2010.

<sup>871</sup> Dixit le Capitaine T. Lezeau de la Gendarmerie nationale, Forum européen de bioéthique, Strasbourg, éd. 2013.



comparaison d'un fragment d'ADN retrouvé sur une scène de crime avec les empreintes génétiques enregistrées dans le FNAEG était jusqu'à il y a peu, la seule technique autorisée par le législateur pouvant apporter son concours aux services de police. Néanmoins, l'aide apportée à l'enquête pénale s'agrandit avec l'apparition du portrait-robot génétique. Auparavant interdit en France, repoussé par les défenseurs de la protection de la vie privée, l'établissement d'un tel portrait-robot réalisé à partir d'un fragment d'ADN abandonné sur une scène de crime permettrait aux experts scientifiques une meilleure identification du suspect inconnu grâce à son aspect physique, déduit de ses caractéristiques génétiques<sup>872</sup>. Pour l'instant, ceci ne concerne qu'une partie des critères morphologiques<sup>873</sup>, à savoir, la couleur de la peau, des yeux et des cheveux de la personne. D'un point de vue légal, ni expressément interdit, ni explicitement autorisé, cet instrument est dépourvu de cadre juridique. Il semble pour l'instant toléré pour un usage strictement réservé aux services de police. Il est né de l'analyse jurisprudentielle, en vertu du pouvoir d'interprétation du juge, des articles 16-10 et -11 du Code civil, le 25 juin 2014<sup>874</sup>. Cet arrêt rendu par la Cour de cassation est le premier en la matière à approuver la technique du morphotype dans le seul but de faciliter l'identification d'une personne. En l'espèce, le juge d'instruction avait demandé, le 27 mai 2013, au laboratoire d'hématologie médico-légale de Bordeaux de faire ressortir « *tout élément utile relatif aux caractéristiques morphologiques du suspect* ». C'est à cette occasion que la jurisprudence française valide le recours au portrait-robot génétique, à la seule fin de faciliter l'identification de l'auteur inconnu d'un crime à partir de l'ADN laissé sur les lieux.

Madame Bourgain, généticienne à l'INSERM, parle alors de « *vision géocentrée du vivant* »<sup>875</sup>, en ce sens que, cet important intérêt pour cette nouvelle méthode place le génome humain au cœur des préoccupations entourant l'être humain. Elle témoigne ensuite des

---

<sup>872</sup> V. Seelow S., « Le portrait-robot génétique arrive en France », Le Monde.fr, 18 décembre 2014.

<sup>873</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, 21 janvier 2016, p. 12 : « *Le phénotype est l'ensemble des caractères observés chez un individu, par opposition à la composition génétique sous-jacente (génotype). Le phénotype relève de traits morphologiques ou physiologiques, voire comportementaux. La relation entre phénotype et génotype n'est pas univoque puisqu'il n'y a pas d'identité phénotypique totale entre deux jumeaux vrais (monozygotes)* ».

<sup>874</sup> Crim. 25 juin 2014, n° 13-87.493, D. 2014 p. 1453 : « *les articles 16-10 et -11 qui ont pour seul fondement, tout comme l'article 226-25 du CP, le respect et la protection du corps humain, n'ont pas vocation à s'appliquer à une expertise ordonnée par un magistrat instructeur visant exclusivement à révéler, à partir d'un matériel biologique s'étant naturellement détaché du corps humain, les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu d'un crime à partir de l'ADN qu'il avait laissé sur les lieux, à seule fin de faciliter son identification* ».

<sup>875</sup> Citée in Seelow S., « Le portrait-robot génétique arrive en France », Le Monde.fr, 18 décembre 2014.

insuffisances de la technique<sup>876</sup>, préconisant une attitude prudente à son égard. La probabilité de réussite et d'absence d'erreur de la technologie en question demeure visiblement insuffisante. Néanmoins, et à titre comparatif, le portrait-robot classique n'apporte pas plus de certitude, étant le fruit d'un témoignage réalisé par un individu qui peut humainement se tromper, douter et se montrer incertain. Monsieur Laurent, responsable Recherche et développement à l'Institut National de Police Scientifique de Lyon voit au contraire un « *double intérêt à ce procédé* » : donner un tournant particulier à une enquête mais également obtenir une information rationnelle, dépourvue d'émotion<sup>877</sup>, ce qui le distingue immédiatement du portrait-robot obtenu de façon traditionnelle.

**299.** Néanmoins, un mauvais usage de la collecte d'informations génétiques peut s'avérer dangereux pour certains droits fondamentaux. Ainsi, la médecine prédictive et l'identification d'une personne par ses caractéristiques génétiques doivent être utilisées avec précaution.

## **Section 2. L'anticipation juridique des risques générés par une mauvaise utilisation des données génétiques humaines collectées**

**300.** Une fois collectées, que deviennent ces informations génétiques ? Elles doivent être traitées avec prudence. Le FNAEG, contenant les empreintes génétiques d'une partie de la population, même si le prélèvement concerne les séquences non codantes de l'ADN, ne dévoilant que le sexe de la personne, doit disposer d'un accès sécurisé. La totalité des informations génétiques doit être stockée mais aussi conservée, utilisée et exploitée dans le respect de la dignité de la personne humaine. En effet, des risques pour la paix sociale, la vie privée et la dignité peuvent être engendrés par une mauvaise utilisation des empreintes et caractéristiques génétiques, en tant que carte d'identité génétique individuelle. Ainsi, la société exige que la médecine de demain ne soit pas seulement prédictive. Elle doit aussi être personnalisée, préemptive, c'est-à-dire être capable de faire des avancées, et participative,

---

<sup>876</sup> « On est encore loin de pouvoir prédire certaines caractéristiques apparentes avec une probabilité satisfaisante, explique-t-elle. A métissage égal, vous pouvez avoir deux résultats morphologiques très différents. Idem pour la taille, qui dépend de l'environnement, ou les cheveux, dont la couleur peut évoluer au cours d'une vie », in Seelow S., « Le portrait-robot génétique arrive en France », Le Monde.fr, 18 décembre 2014.

<sup>877</sup> Cité in Blavignat Y., « Le recours au portrait-robot génétique se généralise en France », Le Figaro.fr, 20 avril 2016.

aussi bien entre patients que dans le rapport avec les pouvoirs publics<sup>878</sup>. Cette nouvelle médecine représente une avancée thérapeutique majeure pour l'humanité entière. De ce fait, certains effets ont pour objectif de protéger la collectivité humaine plutôt qu'un individu en particulier, ce qui implique que la santé et la sécurité collectives prévalent sur la liberté individuelle (§1). Aussi, il n'est pas impossible qu'elle s'accompagne, sur le plan social, de discriminations fondées sur des caractéristiques génétiques dans le domaine des droits du travail et des assurances (§2).

### **§1. La preuve par l'ADN oppose intérêt général et protection individuelle**

**301.** Quelle est la limite entre la protection de la sécurité et de la santé publiques et le respect des droits fondamentaux ? L'idéal serait de trouver un équilibre entre les deux et de parvenir à une protection modérée entre ce qui est bon pour la société en général et ce qui ne doit pas nuire à un individu en particulier. Le principe de dignité interdit « *toute discrimination qui conduirait à ne pas reconnaître en chaque homme une égale dignité, il n'interdit pas, par lui-même, toute forme de discrimination* »<sup>879</sup>. En cas d'échec d'équilibre après mise en balance d'intérêts constitutionnels, dans quelle mesure l'un peut-il l'emporter sur l'autre et quelle en serait la portée ? La communauté humaine vaut-elle plus qu'un seul de ses membres ? Ce sont les intérêts des parents, de la sécurité sociale, des familles, des laboratoires ou encore de l'individu qui se prête aux tests génétiques qui peuvent être discutés. Ils se doivent « *d'être hiérarchisés par la société afin d'encadrer les pratiques* »<sup>880</sup>. Il ne faudrait pas que le pouvoir scientifique prenne le dessus<sup>881</sup>.

**302. Sécurité publique.** À ce propos, l'aide apportée aux services de police dans le cadre d'une procédure pénale devrait être regardée comme une conséquence positive de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques au regard notamment de la sécurité publique. Néanmoins, cette aide peut se trouver biaisée en raison du caractère

---

<sup>878</sup> Sadek Béloucif, Président du Conseil d'orientation de l'Agence de Biomédecine, Pr. AP-HP, affirme ceci pendant le Forum européen de bioéthique de 2013 à l'occasion du débat intitulé « identifier par le corps, la biométrie médicale ».

<sup>879</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3.

<sup>880</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3.

<sup>881</sup> Mazen N.-J., « Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique », Petites affiches, n° 149, 14 décembre 1994, p. 70.

faillible de cette preuve scientifique<sup>882</sup>, pouvant entraîner des erreurs judiciaires à l'encontre du justiciable. Elle doit donc être appréciée comme une conséquence négative du recours à la preuve par ADN. En voulant protéger la population, la commission d'une erreur la mettrait paradoxalement en situation d'insécurité. Ainsi, en souhaitant protéger la communauté, on risque de porter atteinte à un individu en particulier. La fragilité des empreintes génétiques peut se manifester de différentes façons. D'abord, une personne pourrait détourner une scène de crime afin de focaliser l'attention sur un autre individu<sup>883</sup>. Dans ce cas et si la police scientifique ne s'en aperçoit pas, le risque de l'erreur judiciaire est encouru par la société au travers d'un procès pénal qui incriminerait à tort un innocent. Ensuite, il existe un « *risque de coïncidence fortuite entre deux empreintes ADN* »<sup>884</sup> dont la probabilité demeure faible mais pas inexistante. Puis, une erreur peut survenir pendant l'analyse ou l'enregistrement de l'empreinte dans le fichier<sup>885</sup>. De plus, le prélèvement peut être pollué par un autre ADN<sup>886</sup>. Enfin, le facteur émotionnel n'est pas à exclure : le « *biais contextuel dans l'analyse génétique* »<sup>887</sup> est envisageable. En effet, si l'analyste connaît déjà l'identité génétique d'un éventuel suspect, il pourrait être tenté d'orienter son interprétation des résultats. Dans chaque circonstance évoquée, la communauté humaine aurait prévalu sur l'être humain pris dans son individualité, sur le fondement d'une preuve par ADN erronée. Enfin, la garantie de la sécurité publique est également mise en balance avec la liberté individuelle sur la question de l'élargissement des conditions du fichage des empreintes génétiques. La question peut se poser des éventuels dangers d'un élargissement illimité du fichage qui engendrerait des conséquences dommageables sur la vie privée en cas de disproportion. À ce titre c'est à raison que les empreintes génétiques d'un suspect ne sont pas conservées en l'absence de condamnation<sup>888</sup>.

---

<sup>882</sup> À propos des incertitudes de la science perçues sous le prisme de l'ADN, v. Puigelier C., « Science et droit : réflexions sur un malentendu », Semaine juridique Notariale et Immobilière, n° 31, 30 juillet 2004, 1386. Dans le même sens, certains auteurs recommandent de ne « *pas recourir aveuglément à la preuve génétique* », in Pigache C., « L'utilisation des empreintes génétiques à des fins probatoires », RGDM, n° 27, 2008, p. 99.

<sup>883</sup> V. Girault C., « Identification et identité génétique », AJ pénal 2010, p. 224, cité par Supiot E., « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », RSC 2015, p. 827.

<sup>884</sup> Supiot E., « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », RSC 2015, p. 827.

<sup>885</sup> V. Reviron P., « L'ADN : la preuve parfaite ? », AJ pénal 2012, 590, cité par Supiot E., « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », RSC 2015, p. 827.

<sup>886</sup> V. l'affaire du « Fantôme d'Heilbronn », citée par Supiot E., « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », RSC 2015, p. 827.

<sup>887</sup> Supiot E., « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », RSC 2015, p. 827 : « le biais contextuel est un phénomène inconscient, connu en psychologie : le cerveau (...) est obligé de trier les données présentées. Lors de ce tri, il retient (...) les indices en faveur de sa thèse, ignore les indices contraires et interprète les données dans le sens de son hypothèse de départ ».

<sup>888</sup> Art. 706-54 al. 1 du Code de procédure pénale : « les officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de

**303. Santé publique**<sup>889</sup>. Au regard de la santé publique, les effets sont également partagés. L'identification génétique permet, au delà de la reconnaissance d'un patient, de recenser les personnes qui se prêtent à la recherche, malades ou saines. Dans un sens, cette technique contribue positivement au développement de la science et des biotechnologies. Chacun a une identité génétique proprement liée à ses caractéristiques, à laquelle il ne faut cependant pas réduire l'être humain. Elle doit être incluse dans un tout comprenant la personne, ses capacités et caractéristiques génétiques ainsi que son environnement personnel, professionnel et social. De plus, la concrétisation du Plan France génomique, initié par Madame Touraine en 2016 en sa qualité de ministre chargé de la santé, doit s'accompagner de réserves. Ce plan prévoit que d'ici à 2025 soit collecté un maximum de caractéristiques génétiques françaises dans le cadre d'une médecine personnalisée grandissante<sup>890</sup>. Or, malgré l'accord des personnes concernées et le caractère volontaire de l'opération, il faut faire attention à ce genre de pratiques qui pourraient ressembler à une collecte massive et contraignante, dans un intérêt principalement financier. Le caractère incitatif de cette récolte des caractéristiques génétiques de la population française qui semble réjouir les autorités à l'origine du *Plan* peut avoir sur certaines personnes un effet négatif et un sentiment de surveillance disproportionnée et de fichage intensif des informations génétiques humaines. Dans ce contexte, « *la collectivisation des risques est susceptible de faire peser sur l'individu des contraintes (...). La solidarité ne protège alors plus seulement l'individu, elle en fait l'instrument de la protection de la santé publique ou de celle de tiers* »<sup>891</sup>. Enfin et comme pour entretenir un parallèle avec le Plan France génomique, le Comité Consultatif National d'Ethique explique « *le passage du diagnostic au dépistage dans le domaine prénatal, ainsi que le passage du dépistage biologique au dépistage génétique* », retraçant ainsi l'évolution technique des moyens pouvant alimenter la curiosité humaine et faciliter la prévention, soulevant le « *problème de la liberté de l'enfant et du futur adulte* »<sup>892</sup>, en vertu

---

l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée ».

<sup>889</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, p. 57 : « *Sous couvert de faire progresser la santé publique, de sérieuses intrusions pourraient être portées sur la vie privée pour mieux caractériser les comportements* ».

<sup>890</sup> V. le rapport de Monsieur Y. Lévy, remis en juin 2016 au premier ministre Monsieur M. Valls, « France Médecine Génomique 2025 : permettre l'accès au diagnostic génétique sur tout le territoire ».

<sup>891</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3.

<sup>892</sup> Actualités, RGDM, n° 59, juin 2016, Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, p.

d'une prétendue santé publique. Le Comité Consultatif National d'Ethique poursuit, à propos de cette liberté laissée ou non aux personnes par les progrès techniques et scientifiques, et évoque le dépistage *préconceptionnel*<sup>893</sup>, notion faisant référence à l'ingérence de la génétique avant la conception même de l'enfant, ce qui se distingue des dépistages anténataux, intervenant sur l'enfant conçu. Comme pour protéger la collectivité humaine plutôt qu'un individu en particulier, ces illustrations attestent que le collectif semble supplanter le particulier. Néanmoins et notamment par cette dernière technique, il semblerait que la santé publique ne poursuive plus un objectif d'anticipation mais soit plutôt dans le contrôle d'une éventuelle transmission génétique : peut alors se poser la question de savoir s'il existera à l'avenir une technique permettant de contrôler le désir de concevoir un enfant, sous le prisme des risques génétiques.

**304.** Cependant, les risques associés à un mésusage de l'information génétique ne s'arrêtent pas là et peuvent provoquer chez l'individu, d'autres effets que l'atteinte à sa liberté individuelle. Ainsi, ce sont les droits fondamentaux et naturels qui peuvent être mis en dangers tels que la sauvegarde de la dignité humaine, principe à valeur constitutionnelle.

## **§2. La prévention contre les risques de discriminations en raison des caractéristiques génétiques d'une personne**

**305.** Dans un but prédictif, thérapeutique ou de recherche scientifique, il est possible de réaliser un examen des caractéristiques génétiques. Les données génétiques collectées à ces occasions alimentent des bases de données dématérialisées, faisant du patrimoine génétique un objet de supermarché virtuel via le *e-santé*<sup>894</sup>. Ce phénomène est particulièrement vérifiable dans le cas des tests génétiques prédictifs, aujourd'hui proposés en accès libre sur Internet, à des prix abordables. En effet, le secteur de la santé, hissé au rang des valeurs

---

270 ; Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, v. « du diagnostic au dépistage, de l'individuel au collectif », pp. 36-38.

<sup>893</sup> Actualités, RGDM, n° 59, juin 2016, Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, p. 270 : « Limités à certains couples, ils pourraient "concerner, à l'avenir, la population générale a priori non à risques", (...) "ce qui déplacerait l'identification d'un risque du fœtus vers ses futurs parents" » ; V. Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, v. « du diagnostic au dépistage, de l'individuel au collectif », pp. 38-40.

<sup>894</sup> Ou encore, la *santé électronique*, concerne l'ensemble des aspects numériques touchant d'une façon quelconque à la santé.

sociales fondamentales et l'ère du numérique, encouragent les sociétés à proposer leurs services en matière de santé électronique. Que deviennent les résultats d'un examen des caractéristiques génétiques ? Comment sont exploitées les données collectées après un test génétique proposé sur Internet ? Monsieur Mossé, parle d'un « *eugénisme numérique* »<sup>895</sup> pour illustrer, au cœur d'une souveraineté numérique apparente, le phénomène qui consiste à sélectionner les personnes en fonction de leurs caractéristiques génétiques. L'accès au patrimoine génétique humain étant favorisé par l'ère du numérique et facilité par les multiples bases de données génétiques et personnelles existantes, la question des critères de traitement et d'utilisation de ces données confiées par des individus à des sociétés détenant des bases de données virtuelles par le biais des biotechnologies se pose<sup>896</sup>. Ainsi, le droit intervient en prévention de ce genre de risques et interdit les discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques en matière de travail et d'assurances. Sans parler du développement de ces tests sur Internet, le patrimoine génétique peut représenter une source de discriminations génétiques, contre lesquelles il fallait ériger des remparts juridiques afin de les prévenir<sup>897</sup>.

### **306. La prévention juridique équivalente à la hauteur des risques existants.**

Madame Lenoir, à l'occasion de sa présidence de la 3<sup>e</sup> session du Comité International de Bioéthique (CIB), consacré notamment à l'examen de la future Déclaration sur le génome humain, et à propos des progrès réalisés en matière de génétique, prévient le monde des dangers qui pourraient en découler : « *ces avancées sont riches de promesse sur le plan thérapeutique, mais pourraient ouvrir la voie à de graves dérives, telles que l'eugénisme, la discrimination en fonction des caractéristiques génétiques, ou même la violation de l'intégrité*

---

<sup>895</sup> Monsieur Mossé, directeur juridique de Microsoft France, rencontré à l'occasion du colloque sur la « Souveraineté numérique », organisé à la Faculté de droit et de sciences politiques de Nice par le CERDACFF sous la direction du Pr. Türk, le 7 octobre 2016.

<sup>896</sup> Actualités, RGDM, n° 59, juin 2016, Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, pp. 266 : Le Comité Consultatif National d'Ethique s'intéresse au défi de la gestion des données : « *les moyens de gestion informatique des masses importantes de données, nécessitant de la puissance informatique et des logiciels adaptés, sont évoqués, ainsi que le stockage international des données, le partage sur internet et les réseaux sociaux, présentant d'importants risques en matière de vie privée* ». Et de poursuivre, à propos d'internet et des données personnelles « *les tests génétiques proposés en ligne sur internet, susceptibles d'interagir sur le comportement et le style de vie des consommateurs, l'exactitude des données, leur validité et leur utilité clinique ainsi que "les abus possibles de l'utilisation des données personnelles"* », sont à encadrer dans la mesure où peuvent présenter des risques évidents menant à la sélection des personnes sur leurs caractéristiques génétiques.

<sup>897</sup> V. Daburon C., « Médecine prédictive : les dangers d'un nouveau pouvoir », RDSS, 2001, p. 453 ; V. aussi Vacarie I., « Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques », RDSS, 2005, p. 195.

de l'espèce humaine »<sup>898</sup>. Il paraît important de rappeler qu'aucun individu ne doit être réduit à ses caractéristiques génétiques, en ce sens que la personne humaine ne peut être strictement réduite à son patrimoine génétique. Ceci est d'abord rappelé par la communauté internationale à travers la Déclaration sur les données génétiques de l'UNESCO qui accepte que le contenu de l'identité de chaque personne soit multiple et non pas restreint à la génétique<sup>899</sup>. Le texte met en exergue la proximité évidente qui réside entre le principe de non discrimination et la dignité humaine et impose que « tout » soit mis en œuvre pour que celle-ci ne soit jamais ébranlée<sup>900</sup>. Considérant le génome humain, la Convention d'Oviedo interdit également la discrimination en raison du patrimoine génétique<sup>901</sup>.

307. En France, ce sont les autorités administratives indépendantes (AAI) qui entament le débat. D'abord le CCNE en 1995, dans un avis *Génétique et médecine*<sup>902</sup>, mentionne des éléments de réflexion concernant la dignité de l'individu dans la société et alerte sur les fins de sélection ou de discrimination dans les vies sociale et économique. Puis, c'est la loi du 4 mars 2002 qui anticipe sur les discriminations basées sur les caractéristiques génétiques d'une personne, susceptibles d'être engendrées par la collecte des informations génétiques des individus et qui décide que « nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques »<sup>903</sup>. La même loi inscrit dans le Code de la santé publique l'incompatibilité des informations génétiques avec les domaines des banques et des assurances<sup>904</sup>. Puis, la loi pénale réprime l'infraction de discrimination et l'étend aux

---

<sup>898</sup> Lenoir N., Comité international de bioéthique (CIB), 3<sup>e</sup> session : « Esquisse révisée d'une déclaration sur la protection du génome humain », *Gaz. Pal.*, 1996. 2. Chron. 822.

<sup>899</sup> Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, UNESCO, 16 octobre 2003, article 3 : « Chaque individu a une constitution génétique caractéristique. Toutefois, l'identité d'une personne ne saurait se réduire à des caractéristiques génétiques, puisqu'elle se constitue par le jeu de facteurs éducatifs, environnementaux et personnels complexes, ainsi que de relations affectives, sociales, spirituelles et culturelles avec autrui, et qu'elle implique un élément de liberté ».

<sup>900</sup> Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, UNESCO, 16 octobre 2003, article 7 : « (a) Tout devrait être mis en œuvre pour faire en sorte que les données génétiques humaines et les données protéomiques humaines ne soient pas utilisées d'une manière discriminatoire ayant pour but ou pour effet de porter atteinte aux droits de l'homme, aux libertés fondamentales ou à la dignité humaine d'un individu, ou à des fins conduisant à la stigmatisation d'un individu, d'une famille, d'un groupe, ou de communautés. (b) A cet égard, il faudrait accorder l'attention voulue aux conclusions des études de génétique des populations et des études de génétique du comportement, ainsi qu'à leurs interprétations ».

<sup>901</sup> La Convention sur la protection des droits de l'Homme et la dignité de la personne à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, dite également Convention d'Oviedo, 4 avril 1997, art. 11 : « toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite ».

<sup>902</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 46, *Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention*, 30 octobre 1995.

<sup>903</sup> Art. 16-3 du Code civil issu de la loi n° 2002-303, 4 mars 2002, JO, 5 mars.

<sup>904</sup> Art. L. 1141-1 Code de la santé publique issu de la loi n° 2002-303, 4 mars 2002, JO, 5 mars : « les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir



caractéristiques génétiques<sup>905</sup>, la condamnant sévèrement dans six situations définies<sup>906</sup>. Elle considère néanmoins qu'un assureur peut refuser de contracter avec une personne atteinte d'une pathologie au caractère certain mais non futur et qui serait connue par la réalisation de tests génétiques prédictifs<sup>907</sup>. C'est donc le caractère futur et incertain qui fixe la limite à ce qu'un assureur peut retenir.

**308. La prévention des risques de discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques en droit du travail.** Dans ce contexte, du côté du droit du travail, le principe de non discrimination reprenait peu ou prou, jusqu'à une ordonnance du 12 mars 2007<sup>908</sup>, la disposition pénale définissant la discrimination sous le prisme notamment des caractéristiques génétiques<sup>909</sup>. L'article 12 de l'ordonnance abroge l'article L. 122-45 al. 1 du Code du travail, appartenant à la section « *discriminations* » du chapitre relatif aux règles propres au contrat de travail, pour le remplacer par l'article L. 1132-1<sup>910</sup>, inséré dans un nouveau chapitre consacré au « *principe de non discrimination* », s'inscrivant lui même dans le titre réservé aux « *discriminations* ». Ce nouvel article, qui prohibe les pratiques discriminatoires, ne définit plus directement le contenu et les domaines de la discrimination mais renvoie à l'article 1 de

---

*compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci ».*

<sup>905</sup> Art. 225-1 du Code pénal : « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».

<sup>906</sup> V. art. 225-2 du Code pénal.

<sup>907</sup> Art. 225-3 al. 1 du Code pénal : « *les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables : 1° Aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ou qu'elles se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe tel que défini à l'article L. 1231-1 du code de la santé publique (...)* ». Cette disposition favorise ainsi la protection de l'assureur qui aurait peu d'intérêt à couvrir le risque décès d'une personne mourante.

<sup>908</sup> Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative).

<sup>909</sup> L'ancien article L. 122-45 al. 1 du Code du travail était calqué sur l'article 225-3 al. 1 du Code pénal précité.

<sup>910</sup> Art. L. 1132-1 du Code du travail : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de l'un des motifs énoncés à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée* ».

la loi du 27 mai 2008 distinguant les situations de discrimination directe et indirecte<sup>911</sup>, dans lesquelles les caractéristiques génétiques sont visées. Dans ce contexte, ces divers instruments juridiques servent à anticiper un éventuel risque de voir un individu écarté du marché du travail au regard d'une éventuelle maladie future. Ainsi, la condamnation solennelle du recours aux tests en droit du travail semble fondée sur des exigences impérieuses en matière de droits fondamentaux. Pourtant, l'autorisation restreinte du recours au test dans le domaine de l'emploi pourrait être justifiée par « *la protection de la santé de l'individu et des tiers (...), par les intérêts des employeurs voire par une considération socio-économique d'intérêt général* »<sup>912</sup>. À ce titre, l'ancienne CJCE admettait en 1980 qu'« *un avis d'inaptitude puisse être fondé non seulement sur l'existence de troubles actuels, mais encore sur un pronostic, médicalement fondé, de troubles futurs, susceptibles de mettre en cause, dans un avenir prévisible, l'accomplissement normal des fonctions envisagées* »<sup>913</sup>, aménageant ainsi le principe de non discriminations et notamment dans le cadre des maladies transmissibles susceptibles de mettre en danger la vie d'autrui<sup>914</sup>. Dans cette mesure, la Déclaration internationale sur les données génétiques de 2003 laisse aux législations nationales le soin d'articuler l'interdiction de principe et une ouverture conditionnelle<sup>915</sup>.

**309. La prévention des risques de discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques en droit des assurances.** En l'espèce, le droit des assurances vise l'article L. 1141-1 Code de la santé publique qui précise que les entreprises ne peuvent tenir compte des résultats des tests génétiques, même s'ils sont transmis par la personne concernée, ni obliger

---

<sup>911</sup> Art. 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, lui-même modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

<sup>912</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 696.

<sup>913</sup> CJCE, 10 juin 1980, *Mlle X c. Commission*, aff. 155/78, Rec. p. 1797.

<sup>914</sup> Le Conseil d'Etat prend en compte le risque de mettre en danger la vie d'autrui et conçoit la remise en cause du principe de non discrimination dans ce genre de situation exceptionnelle. V. rapport du Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999, p. 125. V. en ce sens à propos de la séropositivité CJCE, 5 octobre 1994, *X. c. Commission*, aff. C-404/92 P, Rec. p. 4737.

<sup>915</sup> Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, UNESCO, 16 octobre 2003, v. art. 14.

une personne à s'y soumettre<sup>916</sup>. Aujourd'hui, les informations génétiques sont considérées comme «*échappant par nature aux informations auxquelles l'assureur peut avoir l'accès*»<sup>917</sup>. Cependant, certains cas particuliers ont bénéficié ou bénéficient de dérogations. En effet, la Cour de cassation avait exigé en 1998 qu'une personne séropositive devait en informer son assureur<sup>918</sup>. De plus et par ailleurs, le Code pénal autorise un assureur à avoir connaissance d'une maladie existante et confirmée par un test diagnostique mais pas d'une maladie future, empêchant la communication d'informations issues d'un test génétique prédictif<sup>919</sup>.

**310.** Dans ces circonstances, le recours aux tests génétiques prédictifs peut soulever deux menaces d'eugénisme. La première, évoquée précédemment avec l'expression d'«*eugénisme numérique*», employée par Monsieur Mossé, à propos des données génétiques et notamment de la génération *e-santé*. Et l'autre, qualifiée d'«*eugénisme social*»<sup>920</sup>, en vertu des différents aspects négatifs pouvant découler d'une mauvaise utilisation des informations génétiques collectées.

---

<sup>916</sup> V. L. 1141-1 du Code de la santé publique précité.

<sup>917</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 697.

<sup>918</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 1998, D. 1998, n° 39, p.1.

<sup>919</sup> V. art. 225-3 al. 1 du Code pénal précité.

<sup>920</sup> Daburon C., « Médecine prédictive : les dangers d'un nouveau pouvoir », RDSS, 2001, p. 453.

## **Conclusion du second chapitre**

**311.** Le traitement biotechnologique de l'ADN consiste à observer la position de la dignité humaine face au traitement des données génétiques. Celles-ci sont collectées de façons différentes selon la finalité poursuivie par ladite collecte. Toutefois, si les modes de collecte et leurs finalités sont encadrés de façon restrictive, le droit procède à une anticipation souhaitable des risques engendrés par le recours à ces données collectées. En effet, une mauvaise utilisation de ces informations génétiques scrupuleusement collectées peut s'avérer dangereuse. Aussi, l'intérêt général est confronté à la liberté individuelle, concernant spécialement la protection de la santé et de la sécurité publiques.

Le droit prévient également les discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques d'une personne dans les domaines du travail et des assurances, au regard du développement de l'ère numérique, susceptible d'étendre l'ensemble des risques juridiques évoqués.

**312.** En l'espèce, la dignité humaine est confrontée au respect de la vie privée, à la liberté individuelle et à l'identification des individus par leurs caractéristiques génétiques. Ainsi, chaque fois qu'une atteinte est éventuelle, l'utilisation des données génétiques est encadrée voire interdite.

## **Conclusion du second titre**

**313.** La protection juridique de la vie de la personne humaine face aux biotechnologies s'articule autour de la recherche impliquant la personne et du traitement des données génétiques humaines.

La dignité humaine, inhérente à la personne, participe à sa protection et à celle de son patrimoine génétique. Étant née, vivante et viable, la personne dispose d'une dignité lui permettant de s'exprimer et de consentir à tout acte médical l'impliquant. Aussi, contrairement à celle de l'embryon, cette protection est garantie par des mécanismes juridiques « évidents » puisqu'elle bénéficie par ailleurs d'une primauté absolue dans l'ordre juridique français.

## Conclusion de la première partie

**314.** En matière de protection génétique de l'humanité, la dignité humaine devrait « constituer un principe universel reconnu et respecté par tous »<sup>921</sup>, dans le dessein de la sauvegarde de cette humanité protégée et pas seulement de la personne humaine.

**315.** Le premier titre de cette première partie a permis de montrer que le choix du droit français est de ne pas se positionner de façon claire et expresse à propos du début de la vie. Ainsi, l'être humain dépourvu de personnalité juridique ne dispose d'aucun statut juridique déterminé. Pourtant, ce statut s'avère déterminant pour la suite des recherches. Néanmoins, l'enfant conçu, qui se situe entre l'être humain et la personne n'est pour autant pas ignoré par le droit. Il n'est pas encore sujet de droits et obligations, mais bénéficie bien d'une protection juridique, ne relevant pas de sa personnalité encore inexistante mais de son humanité, déjà présente.

Le second titre de cette première partie a permis d'identifier que, disposant d'une personnalité juridique, la personne est à la fois objet et sujet de droits et d'obligations. De ce fait, sa protection juridique est intrinsèquement liée à ce statut juridique existant. De plus, la personne est sans nul doute titulaire de la dignité de la personne humaine et ainsi de la protection qu'elle mérite en vertu de cette distinction. Cette protection de la personne, en droit de la génétique, se manifeste notamment par sa protection relative aux recherches l'impliquant et par la protection de ses données génétiques et du traitement de son ADN.

**316.** Ainsi, le droit de la génétique doit s'assurer du maintien de la protection de l'humanité. En effet, les progrès médicaux et scientifiques impliquant le génome humain doivent être favorisés quand ils permettent eux-mêmes de participer d'une certaine façon à la protection de l'humanité. Pour exemples, la finalité thérapeutique d'une manipulation génétique, la lutte contre la dégradation du patrimoine génétique humain et sa préservation ou encore le partage des découvertes et des fruits de la recherche biomédicale sont autant de raisons de privilégier un certain scientisme aux intentions *a priori* bienveillantes. De toute évidence, ces intentions doivent être compatibles avec la dignité humaine.

---

<sup>921</sup> Tharreau V., « Dignité, éthique et clonage », Travaux de la Commission marchés émergents. Nouvelles technologies du Barreau de Paris, 28 mars 2003.



## SECONDE PARTIE

### **DIGNITE HUMAINE ET MODIFICATION GENETIQUE DE L'ESPECE HUMAINE**

**317.** En 1994, la protection de l'intégrité de l'espèce humaine est rattachée à la dignité de la personne humaine quand les premières lois de bioéthique « *érigent en principe législatif la protection de l'intégrité de l'espèce humaine* »<sup>922</sup>. De ce principe découle l'obligation de ne pas modifier le patrimoine génétique des générations futures. Autrement dit, toute modification sur une cellule germinale est interdite en raison de sa transmission possible aux générations suivantes.

Ainsi, la modification de l'espèce humaine peut concerner son amélioration ou sa création. Pour ce faire, deux types de pratiques biomédicales méritent une attention particulière. Tout d'abord, l'eugénisme, qui comprend un eugénisme classique totalement rejeté par le droit et un eugénisme moderne toléré par le droit français qui précise son encadrement et organise sa mise en œuvre. Mais l'eugénisme s'étend également aux pratiques de thérapie génique et spécialement quand celle-ci est germinale. La thérapie génique est une pratique biomédicale connue du droit qui oscille entre la réparation et l'augmentation de l'homme. Elle nous permet ainsi d'aborder la question inévitable du transhumanisme et du posthumanisme. Les pratiques eugéniques tendent à améliorer l'espèce humaine. Ensuite, le clonage humain, lui-même subdivisé en deux types poursuivant des finalités différentes mais entretenant des procédés techniques communs. Les deux impliquant à échelle variable la dignité humaine et entraînant un risque d'atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine quand la modification engendrée est la suivante : la création de l'homme. Le clonage humain, dans son aspect reproductif, participerait au renouveau de la création des êtres humains. Il constituerait une nouvelle méthode de procréation non naturelle, un nouveau mode de production, distinct du système de reproduction sexuée connu de l'espèce humaine.

**318.** Le clonage humain et l'eugénisme poursuivent un objectif commun d'organisation de la sélection des personnes. Cet objectif ayant pour conséquence de modifier l'humanité entière dans la mesure où la modification du génome d'un individu, en

---

<sup>922</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 334.



tant que membre de l'espèce humaine, entraîne la modification de l'ensemble du génome humain. La modification de l'espèce humaine peut alors se manifester de deux manières. L'homme souhaite d'abord intervenir dans l'amélioration de l'espèce humaine, marquée par une conception large de l'eugénisme (titre premier). Par la suite, l'homme envisage de revoir son mode de conception en proposant de cloner des individus ou des cellules souches embryonnaires dans le but de soigner une personne (titre second).

## TITRE I – DIGNITE HUMAINE ET PRATIQUES EUGENIQUES

*« Parmi les expériences qu'on peut tenter sur l'homme, celles qui ne peuvent que nuire sont défendues, celles qui sont innocentes sont permises, et celles qui peuvent faire du bien sont recommandées »<sup>923</sup>*

**319.** La modification de l'espèce peut être entamée par son amélioration. Cette dernière peut passer par deux phénomènes : d'une part, la sélection des êtres humains, d'autre part, une fois sélectionnés ou participant à la sélection, les membres de l'espèce humaine peuvent être perfectionnés c'est-à-dire augmentés par la biologie génétique. Toutefois, les détracteurs de l'eugénisme sont catégoriques et dénoncent le risque auquel serait exposée l'espèce humaine si la science venait à pratiquer une réelle sélection des individus humains : *« devenir une espèce comme les autres, que l'homme apprend à modifier et à fabriquer comme il modifie et fabrique des espèces animales et végétales »<sup>924</sup>*. Alors que le génome a naturellement vocation à évoluer<sup>925</sup>, il serait dommage, pour une partie de la doctrine, que l'homme scientifique s'en mêle et participe artificiellement à l'évolution de l'espèce par l'augmentation de ses membres.

**320.** Une conception contemporaine des pratiques eugéniques peut être perçue comme comprenant les diagnostics prénataux par le biais notamment des techniques d'assistance médicale à la procréation et à l'aide d'une FIV. Ceci entrerait en conflit avec l'interdiction de l'eugénisme en tant que sélection des êtres humains (chapitre 1). Néanmoins, eugénisme peut rimer avec transhumanisme, eugénisme « futuriste » qui consisterait à augmenter l'homme en vertu de la quête de l'amélioration de l'espèce humaine (chapitre 2). La mise en œuvre des techniques eugéniques et transhumanistes peut engendrer une volonté de modifier la nature humaine, dans le but de la perfectionner, grâce à la génétique et à l'usage des biotechnologies. Toutefois, il semble pertinent de rappeler quelques éléments clés de la notion d'eugénisme, ancienne et complexe (chapitre préliminaire).

---

<sup>923</sup> Bernard C., *Introduction à l'Étude de la Médecine Expérimentale*, 1856, v. *De la vivisection*, chapitre 2, partie 2.

<sup>924</sup> Delmas-Marty M., *Le crime contre l'humanité, les droits de l'Homme et l'irréductible humain*, Revue de science criminelle et de droit comparé, 1994, p. 484.

<sup>925</sup> Art. 3 Déclaration Universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, 11 novembre 1997 : *« le génome humain, par nature évolutif, est sujet à des mutations. Il renferme des potentialités qui s'expriment différemment selon l'environnement naturel et social de chaque individu, en ce qui concerne notamment l'état de santé, les conditions de vie, la nutrition et l'éducation ».*

## Chapitre préliminaire – Éléments clés de la notion d'eugénisme

**320. Les définitions de l'eugénisme selon différents prismes.** L'eugénisme est défini de façon générale comme une « *pratique tendant à l'organisation de la sélection des personnes, constitutive d'un crime contre l'espèce humaine* »<sup>926</sup>. D'un point de vue étymologique, le terme vient du grec « *eu* » signifiant *bien* ou *bon* et « *genos* » qui veut dire *race* ou *genre*<sup>927</sup> et peut ainsi s'entendre comme la science qui a pour but de découvrir les « *secrets d'une bonne naissance* »<sup>928</sup>. Le terme d'eugénisme a été inventé par Sir Francis Galton, en 1883, considéré comme l'un des pères fondateurs de l'idéologie scientifique<sup>929</sup>, qu'il définit dans son œuvre comme la « *science de l'amélioration de la race qui ne se borne nullement aux questions d'unions judiciaires mais qui, particulièrement dans le cas de l'homme, s'occupe de toutes les influences susceptibles de donner aux races les mieux douées un plus grand nombre de chances de prévaloir sur les races les moins bonnes* »<sup>930</sup>. Cette définition implique « *un jugement de valeur et une dimension politique* »<sup>931</sup>, au sein même de la sphère publique. En effet, l'eugénisme est initié par deux volontés. Ainsi, outre la volonté d'améliorer l'espèce en éradiquant les tares, l'eugénisme renvoie manifestement à une volonté politique, à un système proposant aux individus de s'immiscer dans la procréation, qu'elle soit naturelle ou artificielle, pour faire naître des enfants sains, indemnes de toute pathologie génétiquement transmissible. De plus, la définition de Galton peut s'entendre de manière raciste, en référence à l'eugénisme nazi, ou encore comme visant strictement les qualités héréditaires de l'espèce humaine, à l'instar des modèles américain ou scandinave d'eugénisme<sup>932</sup>.

**321. La distinction eugénisme positif et eugénisme négatif.** L'eugénisme est empreint d'une dualité selon la conception retenue. En effet, il peut être qualifié de positif,

---

<sup>926</sup> Guinchard S. (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques 2013*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> édition, 2012 : v. eugénisme.

<sup>927</sup> Thomas J.-P., *Les fondements de l'eugénisme*, Paris, PUF, 1995, 127 p.

<sup>928</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001, p. 4.

<sup>929</sup> V. Galton : père fondateur de l'eugénisme in Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, pp. 121-138 ; sur l'introduction du terme eugénisme en France v. notamment Taguieff P.-A., « Sur l'eugénisme : du fantasme au débat », in *Bioéthique*, revue Pouvoirs, n° 56, 1991, pp. 23-64, spéc. p. 23 note 1.

<sup>930</sup> Galton F., *Inquiries into human faculty and its development*, pp. 24-25. Définition citée in Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, p. 23 et in Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001, p. 4.

<sup>931</sup> Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, p. 23.

<sup>932</sup> Pour aller plus loin sur la distinction entre les eugénismes négatif et positif aux Etats-Unis v. Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, pp. 141-146. Puis, pour plus de détails sur les politiques eugénistes dans les démocraties européennes et l'exemple de la stérilisation scandinave v. Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, pp. 183-190. Enfin, pour les spécificités de l'eugénisme français v. Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, pp. 191-208.

quand il correspond au fait de vouloir améliorer l'espèce humaine et sa condition<sup>933</sup>, ou de négatif, quand il a pour effet d'empêcher l'espèce de se dégrader c'est-à-dire améliorer le patrimoine génétique humain<sup>934</sup>. Toutefois, cette double conception aurait elle-même évolué avec le temps. En ce sens que, l'eugénisme positif aurait pour finalité d'augmenter la fréquence des gènes donnant des caractéristiques supérieures, passant par exemple par l'augmentation de certaines qualités intellectuelles ; tandis que l'eugénisme négatif viserait aujourd'hui à « *réduire la fréquence des gènes pathologiques dans la population* » grâce à des techniques comme les diagnostics anténataux qui « *diminuent la proportion des naissances de sujets porteurs de maladies héréditaires* »<sup>935</sup> dans la société.

**322. La genèse de l'eugénisme saisi par le droit.** L'eugénisme, pourtant antique<sup>936</sup>, n'est saisi par le droit qu'au cours du XX<sup>e</sup> siècle, dans la perspective nouvelle des questions bioéthiques. Celles-ci reposant principalement sur les droits de l'Homme et, au vu de la définition de la notion d'eugénisme proposée par Galton, le droit de la bioéthique ne peut que s'inscrire dans un « *rejet de l'eugénisme* »<sup>937</sup>. Le droit international, qui réprime le crime de génocide, peut servir de fondement à la condamnation de l'eugénisme dans la mesure où le génocide est envisagé comme un « *acte visant à détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux* »<sup>938</sup>, si cette disposition peut être regardée comme touchant un groupe qui se définirait lui-même par ses caractéristiques génétiques.

---

<sup>933</sup> V. également Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82 : « *L'eugénisme positif réside dans la création de surhommes en utilisant au besoin l'insémination artificielle. Il est alors nécessaire de choisir un "sélectionneur humain" à partir de ses caractéristiques génétiques* ».

<sup>934</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001, v. introduction de thèse ; Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82 : « *L'eugénisme négatif tend à éliminer les affections en régulant la procréation humaine* » ; Gonçalves B., « Recherche sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », in *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 233 : évoque la distinction entre l'eugénisme négatif et l'eugénisme positif.

<sup>935</sup> Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, p. 328.

<sup>936</sup> Il existe bien un « eugénisme » originel, né avant la définition de Galton qui invente le terme au XIX<sup>e</sup> et donc bien avant le nazisme. V. « l'eugénisme : un vieux rêve de l'humanité », pour une évolution de l'eugénisme de l'Antiquité à Galton in Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, pp. 115-120.

<sup>937</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 623.

<sup>938</sup> Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ONU, 9 décembre 1948 : art. 2. V. également art. 7 de la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, UNESCO, 16 octobre 2003 : « (a) *Tout devrait être mis en oeuvre pour faire en sorte que les données génétiques humaines et les données protéomiques humaines ne soient pas utilisées d'une manière discriminatoire ayant pour but ou pour effet de porter atteinte aux droits de l'homme, aux libertés fondamentales ou à la dignité humaine d'un individu, ou à des fins conduisant à la stigmatisation d'un individu, d'une famille, d'un groupe, ou de communautés (...)* (b) *A cet égard, il faudrait accorder l'attention voulue aux conclusions des études de génétique des populations et des études de génétique du comportement, ainsi qu'à leurs interprétations* ».

**323. L'eugénisme confronté au principe de dignité de la personne humaine.**

Comme toute pratique biomédicale entraînant une intervention sur l'homme, l'eugénisme entretient une relation conflictuelle avec la dignité de la personne humaine. En effet, les droits de l'Homme trouvent leur fondement dans le principe matriciel de dignité humaine. Ainsi et dans cette conception, l'individu prévaut sur le collectif et la dignité permet notamment de contester toute instrumentalisation de l'être humain<sup>939</sup>.

**324.** Aujourd'hui, les pratiques eugéniques sont encadrées juridiquement selon des critères précis de rejet ou d'acceptation, selon les pratiques visées. En effet, la bioéthique regorge de pratiques qui relèvent d'un eugénisme nouveau.

---

<sup>939</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 623.

## Chapitre 1. L'appréhension juridique des pratiques eugéniques tendant à la sélection des individus

**325. La conception de l'eugénisme renouvelée par le droit.** Une fois saisi par le droit, l'eugénisme connaît un renouveau conceptuel. Si juridiquement, eugénisme et nazisme ne doivent pas être confondus, un lien étroit subsiste entre ces deux notions. L'histoire de l'eugénisme nécessite une certaine distinction temporelle entre l'avant nazisme et l'après nazisme. En effet, les méthodes scientifiques douteuses utilisées par les médecins nazis au cours de la seconde guerre mondiale, permettant la sélection artificielle de certains membres de l'espèce humaine, semblent correspondre au fondement d'un nouvel eugénisme. Ainsi, l'eugénisme est doublement saisi par le droit après cette période charnière de l'histoire de l'expérimentation sur l'homme. Le monde juridique se saisit d'abord de ces questions afin de prévenir les atteintes aux personnes, tentant d'empêcher que l'histoire se répète : la pratique d'un eugénisme tel qu'il est réalisé par les médecins du régime nazi demeure interdite. Néanmoins et depuis les années 1980 le droit français, réalisant un effort de concessions et d'équilibre, opte pour un régime particulier de pratiques eugéniques tolérées, laissant croire à un eugénisme moderne. Un renouveau peut ainsi s'observer : le droit s'efforce d'édifier les bases de normes ayant pour vocation la gestion des risques juridiques eugéniques entrant en confrontation avec les droits fondamentaux et, de surcroît, avec le principe fondateur de la biomédecine : la dignité humaine. Il y aurait alors une conception dite « classique » attachée à la période nazie, liée à la sélection des êtres humains qui connaît un essor particulier pendant la seconde guerre mondiale et remet au goût du jour des pratiques portant atteinte aux individus<sup>940</sup> – celle-ci serait complètement prohibée par la communauté internationale – ; et une conception dite « moderne »<sup>941</sup>, apparue dans les années 1970-1980 avec le

---

<sup>940</sup> En effet, le concept d'eugénisme ne naît pas au moment des pratiques nazies sous la seconde guerre mondiale, mais bien avant. Méconnu du grand public, il est généralement associé à l'histoire de l'Allemagne hitlérienne pour condamner les nouvelles biotechnologies. Or, ceci ne correspond pas à l'histoire réelle de l'eugénisme : v. Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001, introduction de la thèse ; v. également en ce sens Taguieff P.-A., « Sur l'eugénisme : du fantasme au débat », in *Bioéthique*, revue Pouvoirs, n° 56, 1991, pp. 23-64, spéc. p. 28 : « *l'eugénisme est donc aujourd'hui soit oublié, soit condamné. L'eugénisme des fondateurs (Galton, Pearson, Fisher, Muller, Haldane, Huxley...) est ignoré ou méconnu dans la communauté scientifique, et dénoncé de façon consensuelle dans l'espace public, sur la base d'un amalgame avec le racisme aryanniste et les exterminations nazies* ».

<sup>941</sup> Depuis les années 1980, l'eugénisme est empreint d'un renouveau. Certains parlent d'un « *nouvel eugénisme* », voire de « *retour à l'eugénisme* » à l'instar du Professeur de sociologie Troy Duster : v. Duster T., *Retour à l'eugénisme*, traduit de l'anglais, 1992. On peut se demander s'il existe une continuité entre l'eugénisme « *ancien* » et le « *moderne* » ? Ils peuvent être opposés sous le prisme de la contrainte. En effet, les mesures prises au début du siècle étaient autoritaires, contrairement aux nouvelles pratiques issues du progrès génétique et fondées sur le consentement et la liberté de la femme d'avorter ou non à la suite d'un diagnostic

développement des techniques médicales et acceptée par la législation française. Cette nouvelle forme d'eugénisme, née avec le développement des techniques biomédicales et de la médecine fœtale renverse les principes auparavant prohibés et permet de sélectionner des embryons sur des critères génétiques, faisant ainsi ressurgir la question eugénique. Depuis cette période, la médecine fœtale a le pouvoir de sélectionner les « meilleurs » individus voire d'« améliorer » l'espèce humaine<sup>942</sup>. Ainsi, le droit intervient dans le but de s'éloigner de la prohibition initiale justifiées par les dérives liées aux méthodes employées ultérieurement et le législateur commence à réglementer certaines pratiques<sup>943</sup>, nécessitant un encadrement, afin de prévenir un caractère eugénique outrancier.

**326. La double vision du Conseil d'Etat.** Une fois saisi par le droit, le Conseil d'Etat donne sa définition de l'eugénisme et admet qu'il « *peut être désigné comme l'ensemble des méthodes et pratiques visant à améliorer le patrimoine génétique de l'espèce humaine. Il peut être le fruit d'une politique délibérément menée par un Etat et contraire à la dignité humaine (...); il peut aussi être le résultat collectif d'une somme de décisions individuelles convergentes prises par les futurs parents, dans une société ou primerait la recherche de « l'enfant parfait », ou du moins indemne de nombreuses affections graves* »<sup>944</sup>. Par cette acception, le Conseil d'Etat reconnaît que l'eugénisme, tel qu'il est mis en œuvre au cours de la seconde guerre mondiale peut être contraire à la dignité humaine. Dans cette mesure, les pratiques et méthodes mentionnées apparaissent inconstitutionnelles. Néanmoins, le Conseil semble reconnaître le renouveau subi par le concept, ce qui signifie qu'à titre individuel et pour des raisons légitimées par l'objectif constitutionnel de santé, le droit autorise l'organisation de la sélection de certains enfants conçus. Plus que l'enfant « parfait »<sup>945</sup>, c'est d'abord la quête de l'enfant « normal » qui est menée par les diagnostics anténataux reconnus par les lois de bioéthique.

---

prénatal négatif : v. Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001, introduction de la thèse.

<sup>942</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001, p. 4.

<sup>943</sup> Pourtant, la définition d'une pratique eugénique n'est pas évidente. Il faut se placer sur la définition de l'eugénisme lui-même. Le premier conflit consiste à se demander si le concept est né de la définition de Galton ou si une pratique peut être qualifiée d'eugénique de façon rétroactive, pratique qui serait survenue avant la définition de Galton mais dont la qualification serait tardive ? En ce sens, l'eugénisme serait alors « *l'ensemble des discours et pratiques qui prétendent améliorer les conditions de la reproduction* » : v. Roussel F., « L'eugénisme, analyse terminée, analyse interminable », *Esprit*, juin 1996, p. 34. V. également en ce sens le Professeur Jean-Paul Thomas qui « *préfère étudier les fondements théoriques et idéologiques de l'eugénisme* » dans son ouvrage relatif aux fondements de l'eugénisme : v. Thomas J.-P., *Les fondements de l'eugénisme*, Paris, PUF, 1995, 127 p.

<sup>944</sup> Rapport du Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, mai 2009.

<sup>945</sup> Frydman R., « La procréatique », in *Bioéthique*, revue Pouvoirs, n° 56, 1991, pp. 65-72 : v. spéc. p. 69 « *le fantasme d'avoir un enfant parfait* ».

327. Ainsi, l'apparition de cette conception moderne de l'eugénisme, détachée de la définition initiale de Galton fait naître une distinction organisée par la sphère juridique. D'une part, tout eugénisme de confort ou tendant uniquement à la sélection des personnes en vue d'améliorer et parfaire l'humanité ou ciblant volontairement un individu en raison de ses caractéristiques génétiques dans le but de modifier le reste de l'humanité par une pratique qui deviendrait systématique devrait être strictement interdit. D'autre part, il existe des techniques biomédicales autorisées par le législateur et constitutives d'un eugénisme toléré. En effet, les deux diagnostics anténataux prévus par les premières lois *Bioéthique* peuvent se retrouver dans la catégorie eugéniste dans la mesure où ils tendent manifestement à sélectionner certains enfants conçus, en permettant par exemple à un couple de futurs parents de mettre un terme à une grossesse pour des raisons génétiques. Juridiquement, ces méthodes sont justifiées par plusieurs raisons individuelles et propres à chaque famille. Ainsi, le droit français est passé du refus d'un eugénisme collectif (section 1) à la pratique d'un eugénisme individuel (section 2).

### **Section 1. Le rejet de l'ancien eugénisme par le droit de la bioéthique**

328. Le droit de la bioéthique ne peut qu'adopter une position de rejet par rapport à la définition donnée par Galton de l'eugénisme dit « *ancien* »<sup>946</sup>. En effet, issu des premières véritables lois de bioéthique, l'article 16-4 du Code civil prévoit que « *nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite* »<sup>947</sup> et d'ajouter que « *sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* »<sup>948</sup>. Ainsi, la sélection des personnes est interdite par le législateur français. De plus, la loi de 2004 a inséré une disposition dans le Code pénal qui réprime les crimes contre l'espèce humaine, y incluant les pratiques eugéniques<sup>949</sup>. Ainsi, la dignité sert de vecteur à la prohibition de l'eugénisme dit « *ancien* » (§1) et permet au droit français de rejeter les critères d'un eugénisme classique dont la pratique serait juridiquement et moralement intolérable dans un Etat de droit (§2).

---

<sup>946</sup> Battin J., « L'eugénisme, une récurrence transculturelle », RGDM, n° 58, mars 2016, pp. 247-258 : distingue l'eugénisme ancien du nouvel eugénisme.

<sup>947</sup> Article 16-4 al. 1 et 2 du Code civil.

<sup>948</sup> Art. 16-4 al. 4 du Code civil.

<sup>949</sup> Art. 214-1 du Code pénal : « *le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende* ».



## §1. La dignité prohibe la sélection des êtres humains

**329. L'exclusion de la sélection des individus motivée.** L'eugénisme « classique » ou « ancien » correspond à celui qui est habituellement associé à la période nazie. Cette époque charnière entame le développement des questions éthiques soulevées par la communauté internationale et évoque la crainte d'une recrudescence des pratiques eugénistes. De ce fait, la notion d'eugénisme est saisie par le droit. Le premier réflexe du législateur est d'interdire cette pratique sans que la locution « eugénisme » n'apparaisse dans ses divers textes. Le principal fondement de la prohibition est le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. En l'espèce, le lien avec la dignité humaine se précise quand les dispositions législatives interdisent toutes pratiques eugéniques entendues au sens premier et large du terme ; ce qui a pour but exclusif la sélection des membres de l'espèce humaine. En effet, la dignité humaine est intrinsèquement liée à la personne humaine. Néanmoins, dans sa conception collective, est également étroitement liée à la notion d'être humain et il convient d'en conclure qu'en ce domaine, l'humanité est davantage concernée que la personnalité, quelle qu'elle soit. La dignité est alors un principe érigé notamment contre les atteintes à l'espèce humaine<sup>950</sup>, notion plus générale que celle de personne. Dans ce contexte, la question de l'enfant à naître ressurgit sous le prisme de la sélection des embryons<sup>951</sup>. L'ancien eugénisme consiste précisément à organiser la sélection des êtres humains et donc à décider artificiellement et de façon systématique, de la composition de l'espèce humaine, des membres qui méritent d'entrer dans l'espèce humaine et des lignées qui doivent ou non disparaître.

**330. Le respect de l'intégrité de l'espèce humaine.** Le principe d'interdiction<sup>952</sup> de cet ancien eugénisme découle de l'article 16-4 du Code civil. En effet, alors que l'atteinte à l'intégrité corporelle est permise<sup>953</sup>, sous condition de respect de la dignité, celle de l'intégrité de l'espèce humaine est exclue, soutenant ainsi la prohibition des pratiques tendant à la sélection des membres de l'espèce humaine. L'espèce humaine doit demeurer intangible :

---

<sup>950</sup> L'espèce humaine est protégée également par le Code pénal aux articles 511-1 à 511-1-2.

<sup>951</sup> Edelman B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », Dalloz, 1995, p. 208 : « une telle "sélection" contrarie l'évolution naturelle de l'espèce humaine - en ce sens que la suppression de telle ou telle lignée l'infléchit délibérément ».

<sup>952</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, 345 p. : pour le principe d'interdiction détaillé v. pages 251 à 265.

<sup>953</sup> V. article 16-3 c. civ. « en cas de nécessité médicale pour la personne ou (...) dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Pour exemple, l'ensemble des actes de soins médicaux permet, avec le consentement de la personne concernée, de porter atteinte à l'intégrité physique du corps humain.

« par la consécration de cette règle, le législateur protège ce qui fait la dignité de l'homme »<sup>954</sup>. Le Conseil constitutionnel rattache en 1994 la protection de l'intégrité de l'espèce humaine à la dignité de la personne humaine<sup>955</sup>. Dans cette confrontation entre le corps et l'espèce, cette dernière paraît davantage protégée, l'espèce humaine étant « l'essence commune à tous les hommes et propre à eux seuls »<sup>956</sup>. Le collectif humain l'emporte sur l'individualité du corps humain, pour ce que l'humain a de plus singulier<sup>957</sup>. La protection de l'intégrité de l'espèce humaine étant mise en jeu par les pratiques susvisées, le législateur intervient donc en prévention contre toute technique visant la sélection des personnes et toute modification du génome pouvant se transmettre de façon héréditaire<sup>958</sup>, espérant minimiser au maximum les actes pouvant mettre en péril l'intégrité de l'espèce humaine.

**331. La confrontation des valeurs du principe d'intégrité de l'espèce humaine et de la protection du patrimoine génétique de l'humanité.** Le principe d'intégrité de l'espèce humaine hérite de la qualification de corollaire<sup>959</sup> du principe de dignité par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1994 à propos de la constitutionnalité des premières lois *Bioéthique*. Toutefois et dans cette même décision, il peut paraître surprenant que le Conseil ne reconnaisse aucune valeur constitutionnelle à la protection du patrimoine génétique de l'humanité<sup>960</sup>. Il distingue alors ce patrimoine génétique humain de l'intégrité de l'espèce

---

<sup>954</sup> Bateur A., « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », LPA, 14 décembre 1994, n° 149, p. 30.

<sup>955</sup> Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, p. 108 ; Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 337 : il a fallu une intervention extérieure pour lier dignité et intégrité de l'espèce humaine dans la mesure où la dignité de l'humanité n'a « pas de lien direct avec la notion d'espèce, même si l'intégrité de celle-ci peut indirectement protéger la dignité de la personne en instituant l'intangibilité du génome ».

<sup>956</sup> Jurisclasseur civil, fascicule 30, articles 16 à 16-2, p. 7.

<sup>957</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, p. 252 : « l'intégrité de l'espèce humaine renvoie à la double idée d'unité du tout et de totalité du tout, ainsi y porter atteinte revient à l'altérer voire à supprimer sa diversité, ou encore sa mutation et son appauvrissement ». Dans cette mesure, l'article 16-4, dans ses alinéas 2 et 3, « vise alors à protéger d'une part la diversité génétique de l'espèce humaine et sa singularité ».

<sup>958</sup> Cf. section suivante sur la thérapie génique, la germinale étant strictement interdite en droit français.

<sup>959</sup> En effet, l'article 16 du Code civil qui garantit la dignité de la personne humaine, fait office de précurseur voire d'initiateur concernant les divers principes énoncés aux articles 16 et suivants du Code civil. Ainsi s'ajoutent à la liste des corollaires du principe de dignité humaine les composantes suivantes : la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain.

<sup>960</sup> D'après le Conseil constitutionnel, « il n'existe aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité », Cons. const. 27 juillet 1994, D. 1995. 237, note Mathieu. En effet, le « refus de consacrer la reconnaissance de la protection du patrimoine génétique de l'humanité » est relevé par une partie de la doctrine : v. Byk C. (sous la direction de), *La constitution face au défi de la bioéthique, Colloque du Palais du Luxembourg du 3 avril 2008*, LEH, 2008, p. 24. Les auteurs de la saisine ont considéré que cette décision offrait « au juge constitutionnel l'occasion d'affirmer avec éclat que la protection génétique de chaque être humain et de l'humanité dans son ensemble est un principe à valeur constitutionnelle particulièrement nécessaire à notre temps », saisine du Conseil

humaine dont la protection semble privilégiée<sup>961</sup>. Cette dissociation est « absurde »<sup>962</sup> et largement critiquée par une partie de la doctrine qui considère que le Conseil aurait « cédé à des tentations eugéniques »<sup>963</sup>. Le sens de cette distinction peut paraître douteux : quand on entend protéger l'intégrité de l'espèce humaine, on s'attend à une protection de son patrimoine génétique équivalente. En l'espèce, l'idée du Conseil était de donner un statut constitutionnel au principe d'intégrité de l'espèce humaine dans le but de la protéger des dérives et autres « tentations eugéniques », sans se préoccuper de savoir si son patrimoine génétique pouvait être heurté. Toutefois, si sur cette question il distingue les deux notions, ce n'est pas pour autant qu'il les oppose ou qu'il n'admet pas leur complémentarité.

**332. L'organisation de la sélection visée par la prohibition.** L'intérêt réside dans l'interdiction de cet ancien eugénisme qui a pour objectif la sélection réfléchie et organisée des individus humains. Ainsi, « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite »<sup>964</sup> vise strictement le fait de sélectionner afin de restreindre son champ d'interdiction, dans le but de réserver une place pour la législation relative aux diagnostics anténataux. C'est finalement « la mise en œuvre d'un programme eugénique »<sup>965</sup> qui semble concernée par cette prohibition et non pas l'ensemble des pratiques considérées comme eugéniques. Cependant, ni les pratiques eugéniques ni le concept d'eugénisme ne sont définis par le législateur. Tout d'abord, la pratique renvoie à la répétition, mais à partir de quand doit-on considérer cette répétition ? Ensuite, qu'est ce qui peut être observé comme participant à la sélection des êtres ? La question de la qualification juridique des diagnostics anténataux peut se poser, quand ceux-ci sont mis à la disposition de la population, autorisés et encadrés par le législateur et appliqués rigoureusement par la

---

constitutionnel en date du 29 juin 1994 présentée par plus de soixante députés, en application de l'article 61 al. 2 de la Constitution, v. Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343-344, JO du 29 juillet 1994, relative à la constitutionnalité des deux lois de juillet 1994, p. 11033.

<sup>961</sup> Edelman B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », Dalloz, 1995, p. 208 : « ainsi, le Conseil a-t-il dissocié la protection du patrimoine génétique de l'humanité de la protection de l'intégrité de l'espèce humaine ».

<sup>962</sup> Edelman B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », Dalloz, 1995, p. 208 : « stricto sensu, cette dissociation est absurde : comment peut-on sérieusement affirmer que l'intégrité de l'espèce humaine - c'est-à-dire le respect de ce qu'elle est en tant que telle - n'est pas adéquate à son patrimoine génétique, alors qu'il en est la condition même ? »

<sup>963</sup> Edelman B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », Dalloz, 1995, p. 210 : et d'ajouter qu'« en réalité, en distinguant le patrimoine génétique de l'humanité et l'intégrité de l'espèce humaine, le Conseil - contra legem - semble autoriser la sélection des embryons ».

<sup>964</sup> Art. 16-4 al. 2 du Code civil.

<sup>965</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001 : pour l'interdiction de toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes v. p. 252 à 258.

société de santé<sup>966</sup>. Afin d'entrer dans le champ d'application de ladite disposition et de constituer une pratique eugénique, il faut nécessairement cumuler deux conditions : d'une part, une intention sélective, d'autre part, des actes répétés.

**333.** Dans ce contexte, le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine est utilisé comme rempart à la dégradation artificielle et provoquée de l'espèce humaine. Le choix commandé et imposé par l'homme, des membres de la famille humaine est strictement interdit mais néanmoins il reste à apporter quelques précisions quant à cette sélection visée, quant aux caractères répulsifs de l'ancien eugénisme rejeté par le droit.

## **§2. L'exclusion des traits de l'ancien eugénisme**

**334.** Quelle qu'en soit la conception retenue, l'eugénisme consiste à sélectionner les êtres humains selon des critères génétiques. L'intention sélective est interdite et sanctionnée par le législateur français. Néanmoins, certaines précisions méritent d'être soulevées. L'organisation de la sélection est prohibée par le législateur selon deux caractères communs à l'« *ancien* » eugénisme et qui, *de facto*, ne se retrouvent pas dans le « *nouvel* » eugénisme. En effet, la rédaction précise des dispositions civilistes interdisant les pratiques eugéniques permet au législateur de rejeter le caractère collectif de la sélection (A) et son caractère systématique (B).

### **A. Le rejet du caractère collectif de l'eugénisme**

**335.** La notion de « collectif » accolée à l'eugénisme revêt une connotation négative et renvoie à une idée de masse visant tout ou partie de la population concernée par une sélection sur des motifs génétiques. De plus, elle rappelle un développement récent et important des techniques biomédicales, qui permettraient éventuellement de trier plus d'individus en peu de temps. En France, l'eugénisme n'est « *constitutionnellement condamné qu'au travers des pratiques collectives à finalités eugénistes* »<sup>967</sup>. De ce fait, la frontière entre les pratiques eugéniques licites et celles qui ne le sont pas reste floue. Ainsi, certaines pratiques reconnues pour leur caractère eugénique sont légalement tolérées au nom du respect de certains droits

---

<sup>966</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001 : pour l'interdiction de toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes v. p. 252 à 258.

<sup>967</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 626.

attachés à l'individu<sup>968</sup>. La pratique n'est alors pas considérée comme collective mais comme revêtant un caractère individuel. Tandis qu'il existe, *a contrario*, des pratiques interdites « *au nom de la condamnation de l'eugénisme* »<sup>969</sup>, par extension, alors qu'elles sont dépourvues de tout projet collectif<sup>970</sup>. En l'espèce, ce n'est pas le caractère collectif des techniques qui est concerné mais plutôt leur extrême dangerosité, elle-même liée au caractère sélectif. Mais une pratique eugénique, selon les définitions et conceptions qu'il en existe, peut-elle être autrement que sélective ? N'est ce pas la sélection le fondement même de la notion ? En ce sens, toute pratique, même individuelle, est finalement condamnable quand elle a pour objectif de sélectionner<sup>971</sup>.

**336.** Le législateur des lois *Bioéthique* de 1994 a pris soin de la rédaction de l'article 16-4 inséré dans le Code civil. En effet, la volonté du droit français en ce domaine était de limiter l'eugénisme classique sous son aspect sélectif. Néanmoins, cette sélection se trouve encadrée drastiquement par un législateur prévoyant. Le but de la rédaction de l'article 16-4 est de délimiter intelligemment les contours de la prohibition de la sélection des membres de la famille humaine. L'idée est de pouvoir laisser assez de marge de manœuvre dans la rédaction, d'une part pour interdire les pratiques eugéniques tendant à l'organisation des personnes et, d'autre part, afin de ne pas entrer en contradiction avec les diagnostics anténataux prévus par les mêmes lois *Bioéthique* et pouvant être regardés comme appartenant à la catégorie des pratiques eugéniques.

Afin de lutter contre le caractère collectif de l'eugénisme, la pratique d'une tendance eugéniste doit rester ponctuelle et préférer un caractère individuel, afin de ne pas retomber dans l'ancien eugénisme, prohibé par le droit français après l'exemple de l'eugénisme nazi. En effet, le caractère individuel d'une pratique devrait permettre de prévenir un risque de développement de l'eugénisme tel qu'il est entendu traditionnellement, c'est-à-dire distinguer entre les êtres humains ceux qui sont dignes d'appartenir à la famille humaine selon leurs caractéristiques génétiques et leur « race ». Néanmoins, c'est bel et bien la sélection qui est condamnable et réprimée. Ce qui est prohibé tant moralement que juridiquement, c'est la volonté d'améliorer le patrimoine génétique de l'humanité. Ainsi et même en présence d'un

---

<sup>968</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, pp. 626-627.

<sup>969</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 627.

<sup>970</sup> L'exemple idéal est celui du clonage reproductif qui est, en partie, l'objet du chapitre suivant.

<sup>971</sup> Ce raisonnement remet en question la conception même nouvelle de l'eugénisme qui consiste à refuser la conception collective de l'eugénisme : elle ne consiste visiblement pas en l'acceptation d'un caractère individuel de la sélection puisque même dans cette mesure la pratique reste condamnable du fait de sa dangerosité. En d'autres termes, si l'essence même de l'eugénisme est la sélection des êtres humains, alors aucune pratique eugéniste ne devrait être tolérée.

caractère individuel, une pratique eugénique ayant vocation à sélectionner un être humain est répréhensible. Ainsi, la question peut se poser de savoir dans quelle catégorie entrent les diagnostics anténataux, tolérés et encadrés par un législateur qui se veut détaché de tout eugénisme ancien.

**337.** Si la sélection ne doit pas revêtir un caractère collectif, elle ne peut non plus s'utiliser de façon automatique et ne doit pas avoir vocation à s'imposer de façon obligatoire.

### **B. Le rejet du caractère systématique de l'eugénisme**

**338.** Si une pratique eugénique tendant à la sélection des êtres humains demeure interdite, c'est d'abord dans son aspect collectif mais également dans son caractère systématique<sup>972</sup>. En effet, une technique eugénique qui serait obligatoire, donc imposée à tout ou partie de la population, et automatique, c'est-à-dire pratiquée de façon banale comme un réflexe qui serait systématique aurait pour effet de s'inscrire dans un programme eugénique. Or, c'est précisément ce type de programme que la communauté internationale rejette depuis qu'elle a eu connaissance des expérimentations menées de façon contraignante et systématique par les médecins du régime nazi.

**339.** Le rejet de la systématisation du recours à l'eugénisme empêche son expansion : c'est donc sa généralisation qui est visée. Dans cette mesure et dans les sociétés qui optent pour un nouvel eugénisme et tolèrent le développement de certaines pratiques pourtant assimilables à des pratiques eugéniques, ce refus doit être double. L'Etat doit veiller à ce que la pratique ne devienne pas automatique et reste exceptionnelle, à la fois pour l'acte de diagnostic lui-même, mais aussi concernant la décision d'interruption médicale de grossesse dans le cadre d'un diagnostic établi *in utero* qui aurait permis la détection d'une maladie génétique incurable. Pour ce faire, les praticiens et établissement médicaux autorisés à détecter des maladies héréditaires à l'occasion d'une FIV ou au cours d'une grossesse classique, ne devraient en principe pas pouvoir proposer ce type de méthodes à tous les couples de parents : ceci concernant à la fois le diagnostic et l'avortement en cas de résultat défavorable. En ce sens, la pratique révélerait un caractère ponctuel et exceptionnel et serait considérée comme plus inoffensive. De plus et pour écarter toute contrainte et éviter qu'une

---

<sup>972</sup> C'est bien la sélection « automatique, obligatoire et généralisée »<sup>972</sup> fondée sur des critères génétiques qui demeure interdite v. Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 626.

telle pratique ne devienne obligatoire, les médecins ne devraient pas être en mesure de réaliser l'interruption médicale de grossesse prévue dans un diagnostic *in utero* sans le consentement libre et éclairé du couple parent.

**340.** Pourtant, certaines pratiques admises et règlementées détiennent par nature une réelle portée eugénique. La législation française, plutôt permissive en ce domaine, entoure l'autorisation des praticiens de précautions afin de « *conjurer les risques, qui ne peuvent être complètement évacués, d'un développement de l'eugénisme collectif et organisé* »<sup>973</sup>. En effet, celui-ci a pour objectif de modifier substantiellement l'espèce humaine et se trouve juridiquement condamné au nom de la sauvegarde du respect de la dignité humaine.

## **Section 2. L'acceptation d'un nouvel eugénisme par le droit de la bioéthique**

**341.** Le terme d'eugénisme n'est pas expressément employé dans les textes, ni défini par le législateur, compte tenu de sa « *connotation répulsive* », comme le souligne le Conseil d'Etat<sup>974</sup>. Pourtant, certaines pratiques revêtent incontestablement un caractère eugénique. Un effort de conciliation est réalisé entre l'application d'un droit dur, prohibant l'eugénisme sous toute sa forme principalement sélective et la mise en œuvre de normes plus souples, plus libérales, tendant à l'autorisation de pratiques juridiquement tolérées car jugées légitimes en raison de la prise en compte d'autres droits individuels, mais pouvant effectivement engendrer des risques manifestes d'eugénisme. Ainsi, une partie de la doctrine s'accorde à reconnaître que les pratiques organisées par le droit biomédical tendent vers un eugénisme « *individuel, volontaire et libéral* »<sup>975</sup> : un « *nouvel* »<sup>976</sup> eugénisme<sup>977</sup>.

**342.** La tolérance du législateur à l'égard de cet eugénisme moderne peut trouver son fondement dans le principe même de la dignité humaine. Toutefois, la loi *Bioéthique* contourne la dignité humaine par la reconnaissance puis l'encadrement de diagnostics

---

<sup>973</sup> En ce sens, v. Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 627.

<sup>974</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, La documentation française, 1998, p. 211.

<sup>975</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, Thèse de droit public, PUF, 2001, p. 8.

<sup>976</sup> Battin J., « L'eugénisme, une récurrence transculturelle », RGDM, n° 58, mars 2016, pp. 247-258 : le Professeur Battin oppose « *ancien eugénisme* » et « *nouvel eugénisme* » dans son observation de l'évolution de l'eugénisme au fil des siècles. Il observe qu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle est apparue une nouvelle forme d'eugénisme concernant le développement de la génétique.

<sup>977</sup> Gonçalves B., « Recherche sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », in *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 231-236 : v. « *A. l'ambivalence de l'interdiction des pratiques eugéniques* ».

anténataux. En effet, les premières loi *Bioéthique* du 29 juillet 1994<sup>978</sup> prévoient deux hypothèses : le diagnostic prénatal (§1) et le diagnostic préimplantatoire (§2).

**343.** Comme le fondement de l'interdiction des pratiques eugéniques correspond au principe de dignité de la personne humaine, soit le droit considère que l'enfant conçu n'est pas une personne et c'est ce qui lui permet de tolérer les diagnostics anténataux ; soit on considère qu'il faut regarder la dignité dans sa conception collective sous le prisme de l'humanité et dans ce cas on estime que le droit français y déroge avec la possibilité de faire un diagnostic légitimé par le droit d'avoir une famille, d'accéder à la santé et à la procréation et par la dignité du couple parent qui prime dans la mesure où on a également le droit d'avoir un « *enfant normal* ».

### **§1. Le diagnostic prénatal, élément de sélection de l'embryon *in utero***

**344.** Le diagnostic prénatal est issu de la rédaction de la seconde loi de bioéthique du 29 juillet 1994<sup>979</sup> qui le définit comme « *s'entend[ant] des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité* »<sup>980</sup>. Puis, la loi du 6 août 2004<sup>981</sup> vient redéfinir son encadrement, créant l'Agence de Biomédecine qui a notamment pour mission d'agréer les praticiens<sup>982</sup> et d'autoriser les centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal<sup>983</sup>. La loi du 7 juillet 2011<sup>984</sup> poursuit ses efforts de rééquilibrage en ce domaine en remettant au cœur des bonnes pratiques l'information du couple.

**345. Les conditions légales de réalisation du diagnostic.** En cours de gestation, le diagnostic prénatal permet l'évaluation du risque que l'enfant conçu soit atteint d'une maladie génétique susceptible d'avoir une incidence sur la grossesse<sup>985</sup>, compte tenu des antécédents

---

<sup>978</sup> Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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. Les diagnostics anténataux sont prévus par la seconde loi du 29 juillet 1994.

<sup>979</sup> Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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>980</sup> L. 2131-1 I. du Code civil.

<sup>981</sup> Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

<sup>982</sup> V. art. L. 2131-4-2 du Code de la santé publique.

<sup>983</sup> L. 2131-4 al. 7 du Code de la santé publique.

<sup>984</sup> Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

<sup>985</sup> L. 2131-1-II du Code civil : « *toute femme enceinte reçoit, lors d'une consultation médicale, une information loyale, claire et adaptée à sa situation sur la possibilité de recourir, à sa demande, à des examens de biologie*



médicaux ou de certaines observations médicales pendant la grossesse. Les dispositions du Code de la santé publique relatives à ce diagnostic l'entourent de conditions : ce diagnostic doit être précédé d'une consultation médicale adaptée à l'affection recherchée, la femme enceinte doit être informée<sup>986</sup> notamment des limites d'une simple échographie obstétricale, pratique courante et classique de contrôle de l'évolution de la grossesse, et du recueil de son consentement écrit<sup>987</sup> pour pouvoir pratiquer le diagnostic.

**346. Le défaut d'information devant le juge.** En 2010 est annoncée la réparation systématique du défaut d'information en matière médicale devant le juge civil<sup>988</sup>. Pourtant, en 2013, le même juge rend une décision traduisant une certaine immunité accordée aux échographistes et obstétriciens. En l'espèce, le juge considère que la faute commise par le praticien n'est pas caractérisée, s'agissant du défaut d'information concernant le retard de la croissance<sup>989</sup>. Toutefois et à propos de l'information du couple et particulièrement de la femme enceinte sur les méthodes employées pour parvenir au diagnostic prénatal, le centre hospitalier de Blois est condamné par le Conseil d'Etat pour ne pas avoir informé des risques de l'amniocentèse le 3 juillet 2015<sup>990</sup>, après que le couple a essuyé deux échecs consécutifs devant les juridictions de première instance<sup>991</sup> et d'appel<sup>992</sup>. En l'espèce, un fœtus de trois mois est mort *in utero* à la suite d'une amniocentèse. Sa mort est révélée six jours après l'examen médical dans le même établissement, par une échographie pratiquée en urgence. Le couple estime alors que le centre hospitalier est responsable d'une faute médicale et le poursuit sur le fondement du défaut d'information sur les risques de l'amniocentèse, alors que la loi met l'accent sur cette obligation qui incombe au médecin lors de la consultation médicale préalable au diagnostic prénatal. Le Conseil d'Etat estime que l'absence d'information est injustifiable, considérant, de surcroît, que la mort du fœtus est « *la conséquence directe d'une complication rare de l'amniocentèse* »<sup>993</sup>.

---

*médicale et d'imagerie permettant d'évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de sa grossesse* ».

<sup>986</sup> V. art. R. 2131-2-I.

<sup>987</sup> V. art. R. 2131-2-I.

<sup>988</sup> Cour de cassation, 1ère chambre civile, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010. 1522, obs. Sargos P.

<sup>989</sup> Cour de cassation, 1ère chambre civile, 14 novembre 2013, n° 12-21.576, D. 2014, p. 47, obs. Gout O : « *en s'abstenant d'informer Mme M. du retard de croissance et d'entreprendre les investigations afin d'en déterminer la cause, cette faute ne revêt pas les exigences d'intensité et d'évidence constitutives de la faute caractérisée* ».

<sup>990</sup> Conseil d'Etat, 5<sup>ème</sup> / 4<sup>ème</sup> SSR, n° 372257 du 3 juillet 2015, Lebon.

<sup>991</sup> V. tribunal administratif Orléans, jugement n° 1100724 du 9 février 2012.

<sup>992</sup> V. Cour administrative d'appel Nantes, n° 12NT00989, du 15 octobre 2012.

<sup>993</sup> Conseil d'Etat, 5<sup>ème</sup> / 4<sup>ème</sup> SSR, n° 372257 du 3 juillet 2015, Lebon, considérant n° 3.

**347. La finalité thérapeutique limitée.** Cette limitation est introduite par la présence d'anomalies « *d'ordre morphologique, génétique ou chromosomique* »<sup>994</sup> insusceptibles de traitement, *in utero* ou *post natal* étant « *d'une particulière gravité* », aux termes de la loi. Cette finalité est ainsi poursuivie en cas d'affection curable<sup>995</sup>. Cependant, malgré le caractère curable de certaines affections, le diagnostic prénatal ne peut être pratiqué pour « *convenance personnelle* »<sup>996</sup>, en ce sens que tout eugénisme de confort doit demeurer strictement interdit.

**348. La possibilité de procéder à l'avortement médical à tout moment de la grossesse.** La conséquence d'un tel diagnostic, en cas de résultat défavorable, est la possibilité exceptionnelle pour la femme enceinte, de demander l'interruption médicale de sa grossesse, et ce sans limitation dans le temps<sup>997</sup>. Ainsi, une femme peut avoir recours, pour motif thérapeutique uniquement, à l'avortement jusqu'au terme de sa grossesse, nettement plus tard que ce qui est prévu par la loi IVG de 1975. Cette demande connaît deux types de motivations : soit la santé de la femme est mise en danger par sa grossesse<sup>998</sup>, soit l'enfant conçu est sérieusement exposé au risque de contracter une maladie particulièrement grave et incurable au moment du diagnostic<sup>999</sup>. Ainsi, cette possibilité offerte par le diagnostic prénatal en tant que conséquence d'une issue défavorable suggère la question des dérives eugéniques attachées à cette pratique biomédicale. Néanmoins, au regard de l'interdiction de l'ancien eugénisme obéissant à des caractères de sélection collective, systématique, automatique et

---

<sup>994</sup> Sebag V., *Droit et bioéthique*, Larcier, 2007, p. 104.

<sup>995</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 627.

<sup>996</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 627.

<sup>997</sup> Art. L. 2213-1 al. 1 du Code de la santé publique : « *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ».

<sup>998</sup> Art. L. 2213-1 al. 2 du Code de la santé publique : « *Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Le médecin qualifié en gynécologie-obstétrique et le médecin qualifié dans le traitement de l'affection dont la femme est atteinte doivent exercer leur activité dans un établissement de santé* ».

<sup>999</sup> Art. L. 2213-1 al. 3 du Code de la santé publique : « *Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation. Hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse* ».

obligatoire, cet avortement ne doit, bien entendu, pas consister en une conséquence automatique du diagnostic prénatal<sup>1000</sup>.

**349.** Il réside un lien entre le diagnostic prénatal et l'interruption médicale de grossesse<sup>1001</sup>. Divers arguments ont pu être avancés en faveur d'une dépénalisation de cet « *avortement eugénique* »<sup>1002</sup> réalisé en raison des caractéristiques génétiques de l'enfant conçu ; et, notamment, la volonté de « *ne pas imposer aux parents, voire à la société, une charge trop lourde* »<sup>1003</sup>, ou le caractère défectueux de la vie de l'enfant à naître qui ne vaudrait « *pas la peine d'être vécue* »<sup>1004</sup>. Ainsi, le législateur prend soin d'entourer la technique de précautions afin de lutter contre ce risque d'automatisation et de systématisation du recours à ce type d'avortement, d'abord en prévoyant une série de conditions d'éligibilité puis en laissant au couple l'entière autonomie au regard de la décision à prendre pour la suite de la grossesse. Laisser la décision finale aux parents permet d'évincer le caractère collectif de la pratique : le législateur entérine le rejet de l'ancien eugénisme, qu'il prohibe strictement par l'intermédiaire de l'article 16-4 du Code civil.

Un exemple récent du tribunal administratif de Limoges en date du 19 avril 2017 condamne le CHU de Limoges pour ne pas avoir dépisté la trisomie 21 d'un enfant à l'occasion d'un diagnostic prénatal. Le CHU est condamné à dédommager les parents en raison d'une « *erreur de diagnostic* », et d'ajouter que la mère « *n'a pas eu la possibilité d'exercer son choix de recourir à une interruption médicale de grossesse* », ce qu'en l'espèce elle aurait sûrement fait pour cette troisième grossesse<sup>1005</sup>.

Au vu des résultats des autopsies des embryons issus d'une interruption médicale de grossesse à la suite d'un diagnostic prénatal défavorable, quelques remarques d'ordre pratique ne semblent pas superflues. En effet, les autopsies pratiquées sur les embryons montrent que 20% des diagnostics sont en réalité erronés et 41% des analyses révèlent des anomalies qui n'ont pas pu être détectées par le biais du diagnostic prénatal<sup>1006</sup>. La technologie biomédicale reste imparfaite. De plus, une partie de la doctrine soulève la question des « *effets*

---

<sup>1000</sup> Ceci est rappelé par le Groupe des conseillers pour l'éthique des biotechnologies auprès de la Commission européenne dans un avis du 20 février 1996 texte in Lenoir N., Mathieu B., *Le droit international de la bioéthique* (textes), PUF, 1998.

<sup>1001</sup> Pour l'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical v. L. 2213-1 du Code de la santé publique.

<sup>1002</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3.

<sup>1003</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3.

<sup>1004</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3.

<sup>1005</sup> V. TA Limoges, 19 avril 2017.

<sup>1006</sup> Gosselin B, communication au colloque *Les lois bioéthiques à l'épreuve des faits : réalités et perspectives*, Le Mintier B. (sous la dir.), PUF, 1999.

*dysgéniques* »<sup>1007</sup> de la combinaison diagnostic prénatal – avortement, soutenant que cette pratique aurait pour effet d'« *augmenter la prolifération de gènes defectueux dans la population, ce qui serait l'effet contraire de l'eugénisme* »<sup>1008</sup>.

**350. La place de la dignité humaine.** En l'espèce, la dignité possède un caractère ambivalent. En effet, d'une part et dans le cas du diagnostic *in utero* appelé diagnostic prénatal, la dignité semble ignorée par la loi qui prévoit l'avortement de l'enfant conçu, sans délai, au cours d'une grossesse qui révélerait la transmission d'une affection génétique incurable. Ainsi, c'est une sélection tardive de l'être humain, membre de l'humanité, qui est provoquée par ce diagnostic. Néanmoins, en se plaçant du côté du couple parent leur dignité semble conservée : l'exigence du consentement libre et éclairé du couple parent à un éventuel avortement permet la préservation de leur dignité. De ce fait, cette législation demeure « *compassionnelle* »<sup>1009</sup>, le législateur réalisant un effort considérable de conciliation entre l'ancien eugénisme, strictement interdit, et ce nouvel eugénisme, qu'il tend à développer pour des raisons inhérentes à certains droits individuels. C'est dans une véritable gymnastique intellectuelle que s'est lancé le législateur : le droit s'autorise à porter atteinte au droit à la vie de l'embryon et ce même à un stade avancé de développement<sup>1010</sup>, afin de répondre à des « *exigences parentales* » et dans un « *souci de normalisation* »<sup>1011</sup>. L'objectif de cette technique réside non pas dans la volonté d'améliorer le patrimoine génétique de l'humanité, mais dans le souhait d'éviter la naissance d'un enfant handicapé. Dans cette mesure, le caractère individuel du diagnostic et la libre volonté indépendante du couple devraient permettre la rupture effective avec l'eugénisme tel qu'il est défini et interdit par le droit, celui qui a pour vocation d'organiser la sélection des personnes.

**351. L'extension progressivement dangereuse du champ du diagnostic prénatal.** Ce diagnostic prénatal existait sous un autre nom dans les années 1970 : le dépistage génétique anténatal, inscrit dans les prémices des diagnostics anténataux. Celui-ci était limité à la détection de la trisomie 21. Or, aujourd'hui, avec le diagnostic prénatal, une double extension a été réalisée depuis le dépistage existant dans les années 1970 : celle de la liste des affections pouvant être recherchées mais également celle des personnes concernées. Pourtant

---

<sup>1007</sup> Pour aller plus loin v. Blanc M., « Peut-on défendre l'eugénisme ? », *Esprit*, 1993, p. 73-74.

<sup>1008</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, p. 102.

<sup>1009</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 628 : « *législation (...) fondée sur des considérations compassionnelles* ».

<sup>1010</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 628-629.

<sup>1011</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 629.

déjà dans les années 1990, à l'aube des premières lois *Bioéthique*, le Comité Consultatif National d'Ethique condamnait le caractère systématique du dépistage concernant la trisomie 21<sup>1012</sup>.

De plus, une autre conception du diagnostic prénatal tend à reconnaître qu'une sélection des enfants à naître est réalisée et, de surcroît, sur des critères médicaux qui ont vocation à évoluer. Malgré la distance prise avec la définition de Galton, l'objectif eugénique ne peut être nié. Cependant, le danger serait, en l'espèce, d'autoriser l'avortement dans des cas d'affections qui ne seraient pas d'une particulière gravité ou non incurable au moment du diagnostic : il serait dangereux d'accorder un avortement à un couple pour une anomalie physique qui pourrait disparaître avec de la chirurgie. Ce danger peut être associé à la quête de l'enfant normal, poursuivie par certains parents. Mais qu'est ce qu'un « *enfant normal* » ? Le droit n'est pas en mesure de définir ce qui relève de la « normalité » concernant les individus. En effet, la frontière entre le normal et le pathologique est si incertaine que « *ce qui est normal, pour être normatif dans des conditions données, peut devenir pathologique dans une autre situation. De cette transformation, c'est l'individu qui est juge* »<sup>1013</sup>.

**352. L'avenir incertain du diagnostic prénatal.** Le devenir du diagnostic prénatal a dorénavant et déjà été bouleversé par la découverte de la présence de l'ADN foetal dans le sang de la mère<sup>1014</sup> en 1997<sup>1015</sup>. Cette découverte a permis de donner naissance au diagnostic prénatal non invasif (DPNI)<sup>1016</sup> utilisé depuis 2014 en France. L'objectif est de dépister la trisomie 21 directement dans le sang de la mère. La méthode est ainsi non invasive et semblable à celle

---

<sup>1012</sup> V. Comité Consultatif National d'Ethique, avis du 22 juin 1993. Pourtant, le droit n'a pas évolué en ce sens : un arrêté du 23 janvier 1997 modifie la nomenclature des actes de biologie médicale pour rendre effective la prise en charge économique du dépistage et du diagnostic de la trisomie 21. Le texte fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat : selon les détracteurs, l'arrêté encourageait les pratiques eugéniques contraires à la Constitution, à l'article 16-4 du Code civil et l'article 1 de la loi IVG de 1975. Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 10 juin 1998 se borne à considérer que le texte attaqué, qui n'a d'effet que sur les conditions de réalisation du diagnostic prénatal, ne porte pas atteinte au droit à la vie de l'enfant. Puis, un arrêté du 16 février 1999 (JO 16 février) rend définitive la prise en charge par la sécurité sociale du dosage des marqueurs sanguins de la trisomie 21. Enfin, les arrêtés du 23 juin 2011 fixent de nouvelles règles de bonnes pratiques : il est proposé à une femme enceinte quand son risque d'avoir un enfant atteint de trisomie 21 est supérieur à 1/250. Ainsi, environ 70% des femmes le demandent. Ces différents textes sont cités in Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 629-630.

<sup>1013</sup> Canguilhem G., *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 2015, 12<sup>e</sup> édition.

<sup>1014</sup> V. notamment à ce propos l'avis n° 120 du Comité Consultatif National d'Ethique, *Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel* du 25 avril 2013 ; v. « dépistage prénatal, généralisation des tests ADN », *Le Monde*, 5 mars 2014.

<sup>1015</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, 986 p. : diagnostic prénatal p. 872-875.

<sup>1016</sup> DPNI : méthode non invasive qui permet la diminution des risques pour l'enfant à naître et d'éliminer le risque de fausse couche de la femme enceinte ; v. notamment Vago P., « Le droit à un enfant chromosomiquement parfait », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 203-213, spéc. pp. 210-211.

d'une simple prise de sang. À ce propos et sur le plan éthique, le Professeur Sanlaville encourage la plus grande vigilance et réclame un certain nombre de précautions. Selon lui, ces tests non invasifs n'auraient pas vocation à se limiter strictement à la trisomie 21 : « *actuellement certaines publications montrent que, sur ce type de prélèvement, il est possible d'obtenir des informations équivalentes à celle obtenue sur un caryotype fœtal après prélèvement invasif* »<sup>1017</sup>.

**353.** Les lois *Bioéthiques* ont donné naissance à un second type de dépistage : le diagnostic préimplantatoire, qui ne se pratique pas en cours de grossesse, mais dans le cadre d'une procédure d'assistance médicale à la procréation, nécessitant la création d'embryon *in vitro*. La sélection ne se fait plus *in utero* par le biais d'un avortement médical mais bien *in vitro*, avant l'implantation dans l'utérus de la mère.

## **§2. Le diagnostic préimplantatoire, outil de sélection de l'embryon *in vitro***

**354.** Malgré la réserve établie dans deux avis du Comité Consultatif National d'Éthique les 15 décembre 1986 et 18 juillet 1990<sup>1018</sup>, le législateur de 1994 autorise et encadre le diagnostic préimplantatoire pour « *éviter la multiplication des avortements thérapeutiques et diminuer la quantité d'embryons congelés issus d'une fécondation in vitro* »<sup>1019</sup>. De ce fait, les premières lois *Bioéthique* de 1994 prévoient deux hypothèses de diagnostics anténataux dont la seconde est celle du diagnostic préimplantatoire<sup>1020</sup>. Celui-ci est défini par le Code de la santé publique comme « *le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro* »<sup>1021</sup>, créé par FIV, dans le cadre d'une procédure d'assistance médicale à la procréation. Il ne peut se faire qu'à titre exceptionnel et se trouve strictement conditionné<sup>1022</sup>.

**355. Les conditions légales du diagnostic.** Tout d'abord, le praticien doit attester que le couple a une forte probabilité d'avoir un « *enfant atteint d'une maladie génétique d'une*

---

<sup>1017</sup> Professeur cité in Nau J.-Y., « Éthique et diagnostic prénatal : jusqu'où laisser détecter l'ADN fœtal dans le sang maternel ? », *Le blog de Jean-Yves Nau*, 15 mars 2017.

<sup>1018</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001 : le Comité Consultatif National d'Éthique se prononce avec hostilité, « *conseillant prudence et méfiance* ».

<sup>1019</sup> Sebag V., *Droit et bioéthique*, Larcier, 2007, pp. 104-111 concernant les diagnostics anténataux.

<sup>1020</sup> V. notamment « Diagnostic préimplantatoire », Lamy Droit de la santé, étude n° 330.

<sup>1021</sup> Art. L. 2131-4 al. 1 du Code de la santé publique.

<sup>1022</sup> Art. L. 2131-4 al. 2 du Code de la santé publique : « *Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes (...)* ».

*particulière gravité incurable au moment du diagnostic* »<sup>1023</sup>. Puis, ce diagnostic ne doit concerner qu'une maladie invalidante, identifiée chez un parent ou un ascendant immédiat<sup>1024</sup>. La loi *Bioéthique* de 2004 ajoute cette hypothèse dans le cas où les parents d'un membre du couple souhaiteraient éviter la transmission d'une maladie à leur descendance tout en restant dans l'ignorance de leur propre situation sur une maladie mettant en péril le pronostic vital<sup>1025</sup>. Ensuite, les deux membres du couple doivent donner leur consentement écrit<sup>1026</sup>. De plus, le dépistage a pour seul objectif la recherche de cette affection et « *les moyens de la prévenir ou de la traiter* »<sup>1027</sup>. Enfin, le lieu de réalisation du diagnostic préimplantatoire doit être un établissement autorisé par l'Agence de Biomédecine<sup>1028</sup>. L'objectif est ainsi d'« *éviter tout eugénisme ou clonage* »<sup>1029</sup> par cette pratique qui révèle, par sa nature, bien des aspects eugéniques. La distinction principale entre les diagnostics anténataux réside donc dans le moment de la réalisation du diagnostic : celui-ci étant placé avant le développement de la grossesse, dans le cadre d'une procédure d'assistance médicale à la procréation<sup>1030</sup>. Dans cette mesure, l'assistance médicale à la procréation, avec ou sans tiers donneur, est destinée aux couples qui souhaitent procréer mais qui rencontrent des difficultés à le faire naturellement, manifestant ainsi le besoin de recourir à la médecine fœtale pour y parvenir<sup>1031</sup>.

---

<sup>1023</sup> Art. L. 2131-4 al. 3 du Code de la santé publique : « *Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ».

<sup>1024</sup> Art. L. 2131-4 al. 4 du Code de la santé publique : « *Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie* ».

<sup>1025</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 632-633.

<sup>1026</sup> Art. L. 2131-4 al. 5 du Code de la santé publique : « *Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic* ».

<sup>1027</sup> Art. L. 2131-4 al. 6 du Code de la santé publique : « *Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter* ».

<sup>1028</sup> Art. L. 2131-4 al. 7 du Code de la santé publique : « *Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine (...)* ». Cette condition est ajoutée à l'occasion de la création de l'Agence de Biomédecine par la loi du 6 août 2004.

<sup>1029</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, p. 875.

<sup>1030</sup> L'assistance médicale à la procréation est créée par les premières lois de bioéthique en 1994. Elle est définie à l'art. L. 2141-1 al. 1 du Code de la santé publique qui dispose qu'elle « *s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle (...)* ».

<sup>1031</sup> A propos de la procédure d'assistance médicale à la procréation, v. notamment Auby J.-M., « Les aspects administratifs de l'assistance médicale à la procréation et des prélèvements sur le matériel biologique humain », Petites affiches, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 14-16 ; on peut également se poser la question de savoir si on se dirige « vers un droit à l'enfant ? » in Bettio N., « Le "droit à l'enfant" nouveau droit de l'Homme ? », RDP 2010, n°2, pp. 473-504 cité par Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, p. 141.

**356. Le sort des embryons *in vitro* non implantés.** Au terme de ce type de diagnostic mené sur des embryons conçus par FIV, le sort de ceux qui ne seront pas retenus est entre les mains du couple de futurs parents. En effet, seuls auront vocation à être implantés les embryons « triés », c'est-à-dire ceux qui apparaissent dépourvus d'anomalie<sup>1032</sup>, là étant l'objectif premier de ce dépistage, où ceux qui semblent les « moins risqués ». Ainsi, cette sélection du meilleur embryon s'apparente à la définition d'un eugénisme positif et légitime l'affirmation de l'apparition d'un eugénisme moderne<sup>1033</sup>. Les embryons non implantés peuvent être conservés par congélation pour une utilisation ultérieure<sup>1034</sup>. Toutefois, si les parents souhaitent abandonner leur projet parental, un triple choix leur est laissé par le législateur concernant le devenir des embryons conservés. Ils peuvent décider que l'embryon concerné revienne à un autre couple<sup>1035</sup>, qu'il devienne un matériau pour la recherche sur l'embryon désormais autorisée<sup>1036</sup>, ou qu'il soit mis fin à sa conservation c'est-à-dire qu'il soit détruit<sup>1037</sup>. En conséquence, soit l'embryon est sain et sera implanté dans l'utérus de la mère ou conservé par congélation pour un deuxième et futur projet parental, soit il est atteint d'une anomalie particulièrement grave ou en présente les risques et sera ainsi destiné, avec l'accord des parents, à la recherche sur l'embryon. Dans ce contexte, le Professeur Testart compare très justement les diagnostics anténataux dans leurs effets : « *là où le diagnostic*

<sup>1032</sup> « Diagnostic préimplantatoire », Lamy Droit de la santé, étude n° 330, 330-5 Définition : « *En réalité, ce diagnostic peut être utilisé pour dépister ou éviter trois catégories de maladies : les affections liées au sexe, les affections génétiques pour lesquelles l'anomalie moléculaire peut être détectée grâce aux techniques de la biologie moléculaire et les anomalies chromosomiques* ».

<sup>1033</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001 : Le Professeur Testart met en évidence que le tri d'embryon est organisé par le diagnostic préimplantatoire et favorisé par l'assistance médicale à la procréation. Selon lui, le fait de concevoir des embryons en grands nombres, qualifiés ainsi de surnuméraires et, de surcroît, se trouvant en dehors du corps de la mère, constitue le « *nœud de l'eugénisme moderne* ».

<sup>1034</sup> Art. L. 2141-1 al. 4 du Code de la santé publique : « *La technique de congélation ultra-rapide des ovocytes est autorisée* ».

<sup>1035</sup> V. art. L. 2141-5. Art. L. 2141-4- II : « *II.- S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que : 1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6* ».

<sup>1036</sup> Art. L. 2131-4 al. 8 du Code de la santé publique : « *En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5* ». Art. L. 2141-3 al. 3 : « *Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5* ». Art. L. 2141-4-II : « *2° Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et les articles L. 1121-4 et L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques* ».

<sup>1037</sup> Art. L. 2141-4-II : « *II.- S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que : (...) 3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons* » ; v. Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, pp. 92-93 : « *Ils seront détruits après cinq années de conservation si le couple ne souhaite pas leur implantation ou le donner à un autre couple ou pour la recherche* ».



*prénatal permettait d'éviter le pire par élimination, le diagnostic préimplantatoire va élire le meilleur par sélection* »<sup>1038</sup>.

**357. Le double diagnostic préimplantatoire, l'exception de l'exception, la sélection de la sélection.** Alors que le Comité Consultatif National d'Ethique préfère une appréciation nuancée de la technique du double diagnostic préimplantatoire dans un avis du 4 juillet 2002<sup>1039</sup>, la loi du 6 août 2004, première réforme des lois de bioéthique, élargit les conditions du recours au diagnostic préimplantatoire et ajoute un article prévoyant la possibilité de faire naître un enfant pour en soigner un autre. L'article souligne un phénomène dérogatoire à la limite légale du périmètre de l'objet du diagnostic concernant la recherche, la prévention et le traitement de l'affection concernée<sup>1040</sup>. Le décret du 22 décembre 2006<sup>1041</sup> vient préciser les conditions de réalisation de ce « *double tri* »<sup>1042</sup>. De plus, la loi de 2011 ajoute la condition d'épuisement de toutes les autres techniques de traitement génétique avant de recourir à cette technique<sup>1043</sup>, en faisant alors un recours subsidiaire. Cette dérogation est vulgairement appelée le « *bébé médicament* » ou « *enfant du double espoir* »<sup>1044</sup> et correspond techniquement au « *double diagnostic préimplantatoire* »<sup>1045</sup>. Initialement, cette possibilité n'était prévue qu'« *à titre expérimental* », mais la loi de bioéthique du 7 juillet 2011<sup>1046</sup> décide de la maintenir et de la faire perdurer<sup>1047</sup>. La procédure du diagnostic préimplantatoire revêt un caractère exceptionnel en elle-même. De ce fait, pour être réalisé, ce double

---

<sup>1038</sup> Testart J., « Les risques de la purification génétique. Questions à P.-A. Taguieff », *Esprit*, 1994, n° 199, p. 178 et s.

<sup>1039</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 72, 4 juillet 2002 : « *pratique susceptible de faire primer la finalité thérapeutique de sauvetage de l'enfant né et malade sur l'attente spécifique de l'enfant fabriqué (...) l'intérêt de cet enfant pourrait être sacrifié dans l'hypothèse ou l'aggravation de l'état de l'enfant malade pourrait éventuellement conduire à envisager une naissance prématurée du « bébé médicament » (...) néanmoins, obtenir l'embryon sain compatible "peut être considéré sans réserve comme un bien"* », cité in Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 633.

<sup>1040</sup> Art. L. 2131-4-1 al. 1 du Code de la santé publique : « *par dérogation au sixième alinéa de l'article L. 2131-4, et sous réserve d'avoir épuisé toutes les possibilités offertes par les articles L. 1241-1 à L. 1241-7, le diagnostic préimplantatoire peut également être autorisé (...)* ».

<sup>1041</sup> Décret n° 2006-1661 du 22 décembre 2006 relatif au diagnostic prénatal et au diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* et modifiant le Code de la santé publique, publié au JO du 23 décembre 2006.

<sup>1042</sup> Miller H., « Les conditions de réalisation du diagnostic préimplantatoire avec typage HLA : le décret du 22 décembre 2006 », *Gaz. Pal.*, 6 et 7 avril 2007, 825.

<sup>1043</sup> L'article L. 2131-4-1 al. 1 du Code de la santé publique précise bien : « *et sous réserve d'avoir épuisé toutes les possibilités offertes par les articles L. 1241-1 à L. 1241-7* ».

<sup>1044</sup> V. notamment Cheynet de Beaupré A., « Le bébé du double espoir », *D.* 2011, 603.

<sup>1045</sup> En France, le premier bébé du double espoir est né en 2011.

<sup>1046</sup> Art. 22 de la loi n° 2011-814, du 7 juillet 2011. En effet, l'article 22 de la loi du 7 juillet 2011 retire au double diagnostic préimplantatoire son caractère « *expérimental* », faisant disparaître de la rédaction de l'article l'expression « *à titre expérimental* ».

<sup>1047</sup> A ce titre, v. Binet J.-R., « Le double diagnostic préimplantatoire pérennisé par l'Assemblée nationale », *JCP*, n° 8, 21 février 2011, p. 203 ; plus généralement sur la loi de 2011 v. Vigneau D., « Les dispositions de la loi "bioéthique" du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.* 2011, 2224.

diagnostic préimplantatoire est entouré de trois conditions spéciales propres à une situation particulière. En effet, il faut que le couple ait un enfant atteint d'une maladie génétique lourde<sup>1048</sup> ; puis, que le pronostic vital de cet enfant puisse être amélioré par l'application d'une thérapeutique sans toutefois porter atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon *in utero*<sup>1049</sup> ; enfin, le seul objectif de cette technique doit être la recherche de la maladie génétique et des moyens de la prévenir ou de la traiter et permettre l'application de la thérapeutique<sup>1050</sup> à l'enfant déjà né. En conséquence, la finalité première de ce double diagnostic préimplantatoire n'est pas la venue d'un nouvel enfant mais plutôt la préservation de son aîné<sup>1051</sup>. Ceci se révèle moralement discutable, notamment à propos du statut de l'enfant du double espoir au sein de sa famille<sup>1052</sup> et entame le débat délicat de l'utilitarisme<sup>1053</sup>, bien connu des questions embryonnaires, plus que celui de la sélection et de l'eugénisme. De plus, il soulève une nouvelle fois la question de la conception du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine qui devrait entrer en contradiction avec l'utilitarisme manifestement suggéré par une telle pratique. En effet, la technique pourrait insinuer que les personnes, en l'espèce les enfants, sont interchangeable et que leurs existences ont des valeurs différentes. D'abord, les parents peuvent choisir de concevoir spécialement un enfant afin qu'il soit génétiquement compatible avec un premier enfant né malade. Ensuite et en conséquence de ce premier choix, ils vont recourir à ce second enfant dès sa naissance pour que son matériel génétique vienne en aide à son aîné. Enfin, ils ont la possibilité de prendre ses organes et les produits de son corps, pour soigner son frère ou sa sœur. L'argument servant à justifier et légitimer ces actes légaux est l'intérêt thérapeutique, le soin d'autrui, l'aide vitale à un membre d'une fratrie. En l'espèce, *quid* de la volonté du bébé médicament, du consentement de cette personne quand celle-ci sera en âge de comprendre ?

---

<sup>1048</sup> Art. L. 2131-4-1 al. 2 du Code de la santé publique : « le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dès les premières années de la vie et reconnue comme incurable au moment du diagnostic (...) »

<sup>1049</sup> Art. L. 2131-4-1 al. 3 du Code de la santé publique : « le pronostic vital de cet enfant peut être amélioré, de façon décisive, par l'application sur celui-ci d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon *in utero*, conformément à l'article 16-3 du Code civil (...) »

<sup>1050</sup> Art. L. 2131-4-1 al. 4 du Code de la santé publique : « le diagnostic mentionné au premier alinéa a pour seuls objets de rechercher la maladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter, d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique mentionnée au troisième alinéa, d'autre part ».

<sup>1051</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3 : « La finalité de la procréation n'est pas la naissance d'un nouvel être humain pour lui-même, mais la sauvegarde d'un autre enfant ».

<sup>1052</sup> Nau J.-Y., Le Monde, 29 décembre 2006 : à propos du double diagnostic préimplantatoire Monsieur Nau s'interroge sur les conséquences psychologiques chez ces « bébés médicaments », lorsqu'ils « apprendront qu'ils n'ont été conçus et sélectionnés que dans le but de soigner leur frère ou leur sœur ».

<sup>1053</sup> « D'un point de vue éthique, faire naître un enfant "utile" au traitement d'un autre revient à de l'instrumentalisation de l'enfant à naître », in Sebag V., *Droit et bioéthique*, Larcier, 2007, pp. 104-111 à propos des diagnostics anténataux.

À treize ans un enfant doit par exemple consentir à son adoption ou à son changement de nom. Qu'en est-il d'un enfant issu d'un double diagnostic préimplantatoire qui refuserait de donner son accord pour donner un organe à son aîné ? Si dignité peut être synonyme de liberté, *quid* de l'influence des parents sur sa décision d'aider son frère ou sa sœur malade, une fois que cet enfant du double espoir sera « en âge de comprendre » ? Le législateur ne semble pas avoir prévu tous les effets de la mise en œuvre d'une telle technique qui pourrait avoir pour conséquence de diviser une famille plus que la souder. De plus, certaines limites pourraient être déterminées afin de préserver l'enfant médicament des atteintes à son intégrité corporelle. Néanmoins, la loi du 6 août 2004 énonçant la consécration du double diagnostic préimplantatoire ne présente pas d'inconstitutionnalité d'après le Conseil investi de cette mission<sup>1054</sup>. Dans cette mesure l'ensemble de cette procédure apparaît, au regard de la décision du Conseil constitutionnel, conforme au principe de dignité humaine.

Toutefois, il semblerait que cette pratique soit abandonnée depuis 2014 en raison de l'échec relaté par certains médecins<sup>1055</sup>.

**358. Les critiques sur un plan éthique<sup>1056</sup> : la place de la dignité.** En l'espèce, la dignité humaine paraît ignorée par la loi dans la mesure où existe une sélection des embryons après la FIV et avant l'implantation dans le cadre d'une procédure d'assistance médicale à la procréation, ce qui implique la conception de plusieurs embryons puis la sélection de l'un d'entre eux qui sera transféré dans l'utérus de la mère. Le diagnostic préimplantatoire porte en lui une certaine marque d'eugénisme. Ainsi, la différenciation entre les embryons sur des critères génétiques<sup>1057</sup> et cette sélection directe, après conception, de certains d'entre eux pose problème, notamment quand tous les embryons ont vocation à appartenir à l'humanité. La finalité de la création d'embryons par FIV, l'existence d'embryons surnuméraires destinés

---

<sup>1054</sup> Décision n° 2004-498 du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, *Journal officiel* du 7 août 2004, page 14077, texte n° 3.

<sup>1055</sup> V. en ce sens « La pratique du bébé médicament abandonnée en France en 2014 », Gèneéthique.org, 20 mars 2018.

<sup>1056</sup> V. Hirsch E., « Concilier morale et progrès biomédical », *Le Monde.fr*, 22 octobre 2010 à propos de la morale. Même si éthique et morale peuvent recouvrir des sens différents, les deux notions rejoignent l'idée de bien agir, de bien penser, de bien se comporter etc. Si la morale correspond notamment à la distinction entre le juste et l'injuste, l'éthique « propose de s'interroger sur les valeurs morales et les principes moraux qui devraient orienter nos actions » (<http://www.ethique.gouv.qc.ca/>).

<sup>1057</sup> A l'instar du diagnostic prénatal, la loi autorise la sélection des embryons sur des critères génétiques et pathologiques. Il faut relever la contradiction entre le critère d'incurabilité de l'anomalie et l'objectif thérapeutique du dépistage quand la disposition précise que les moyens de la prévenir et de la traiter sont ceux recherchés par la mise en œuvre du diagnostic préimplantatoire (v. Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 633). Par définition si cette anomalie est incurable, elle ne pourra pas connaître de traitement. Néanmoins, la précision relative à l'incurabilité « au moment du diagnostic » traduit l'espoir que cette anomalie devienne éligible à l'application d'un traitement.

pour partie à la destruction ou à la congélation et enfin la sélection du meilleur embryon, au détriment des autres conduisent à s'interroger sur la conception partiellement utilitariste de l'embryon *in vitro* dans les lois de bioéthique<sup>1058</sup>. Toutefois, cette accusation peut être nuancée par l'apparition de la sauvegarde d'une autre dignité que celle de l'embryon concerné. Cette technique permet au couple de parents de satisfaire son désir de procréation, ajoute de surcroît l'assurance du développement d'un fœtus sain<sup>1059</sup> et permet ainsi la sauvegarde de leur dignité. En l'espèce, l'atteinte à la dignité est alors justifiée par la volonté de fonder une famille, de procréer et de se reproduire, même quand le corps n'y parvient pas naturellement. De plus et d'après le Professeur Mathieu : « *la seule recherche sur l'embryon qui pourrait être, peut être, légitimée au regard du principe de dignité (...) est la recherche sur un embryon, voué à la destruction, opérée au profit direct d'un autre embryon, dont le développement est menacé, mais possible* »<sup>1060</sup>. Dans ce contexte de solidarité, une telle recherche, strictement encadrée, comme c'est le cas aujourd'hui depuis la loi bioéthique de 2013<sup>1061</sup>, serait conforme à la dignité humaine.

**359. L'écueil de l'eugénisme de confort.** Le diagnostic préimplantatoire paraît incontestablement lié à la notion d'eugénisme. En effet et déjà en 1992, alors que le législateur n'est pas encore intervenu à ce propos, pour Jacques Testart, pourtant spécialiste de la FIV et père du premier bébé éprouvette français en 1982, « *la révolution portée par le diagnostic préimplantatoire est curieusement sous-estimée (...) On se prononce avec gravité sur la prohibition des mères hors norme (...) on condamne fermement le clonage ou la parthénogenèse, on s'inquiète du rôle de l'argent ou de l'intrusion de tiers donneurs dans la procréation "artificielle". Tout cela mérite effectivement d'être dit et réglementé, mais qu'en*

---

<sup>1058</sup> Les lois de bioéthique autorisent la destruction d'embryons conçus *in vitro* dans le cadre du diagnostic préimplantatoire. Dans cette mesure, le droit admet que l'embryon *in vitro* n'est pas une personne, permettant aux parents de le traiter comme une chose, même si le législateur ne s'exprime pas clairement sur un statut juridique unique et précis.

<sup>1059</sup> CEDH, sect. II, Costa et Pavan c. Italie, 28 août 2012, req. n° 54270/10, Dionisi-Peyrusse A., « L'incohérence d'un système législatif en matière de diagnostic préimplantatoire peut entraîner une violation du droit au respect de la vie privée et familiale » : la Cour élargit le champ d'application de l'article 8 de la Conv. EDH. Elle précise que le droit de recourir à l'assistance médicale à la procréation relève de l'art. 8 non seulement en vue de réaliser un désir d'enfant mais également lorsqu'il s'agit de procréer un enfant sain et pour cela d'accéder au diagnostic préimplantatoire.

<sup>1060</sup> Mathieu B., *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM, Economica, Paris, 2000, pp. 50-51. Et d'ajouter, p. 53, que « *le principe de respect de la dignité humaine ne s'applique qu'à l'embryon couvert par le désir de ses parents* ».

<sup>1061</sup> Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 sur la recherche modifiant la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

*est-il du tri des œufs humains qui se prépare fébrilement ?* »<sup>1062</sup>. À l'instar du Comité Consultatif National d'Ethique, le biologiste et fervent défenseur d'une science encadrée par la dignité humaine, garde un œil ouvert et méfiant sur un diagnostic dont il avait analysé les effets eugéniques avant sa mise en œuvre. Toutefois, et cela vaut également pour le diagnostic prénatal, le vrai risque d'un développement du caractère dangereux du diagnostic préimplantatoire réside davantage dans une évolution vers un eugénisme de confort. Le législateur a pris le risque de ne pas définir les maladies particulièrement graves visées par le diagnostic préimplantatoire, laissant place à l'interprétation quant aux maladies concernées<sup>1063</sup>. Ainsi, il aurait pour objet la sélection d'embryons sur des critères physiologiques tels que le sexe de l'enfant à naître ou la couleur de ses yeux<sup>1064</sup>, ou sur des critères psychologiques comme l'intelligence<sup>1065</sup>. Ce diagnostic apparaît plus dangereux que celui pratiqué *in utero* dans la mesure où « *il rend plus aisée la sélection des embryons à transférer (...) et facilite ainsi l'eugénisme positif qui consiste à faire naître les enfants les plus sains* »<sup>1066</sup>. À l'inverse du biologiste, Monsieur Taguieff envisage le diagnostic préimplantatoire comme un diagnostic prénatal prématuré qui permettrait d'éviter certaines existences trop douloureuses dans les familles qui ont le plus souvent déjà subi ces souffrances<sup>1067</sup>. Ainsi, « *si on élimine seulement les embryons atteints, l'acte de sélection aura plutôt des effets dysgéniques* »<sup>1068</sup>, la seule sélection de ce type d'embryon constituant une limite à son utilisation pour éviter le risque de dérives et dissuader des abus de l'eugénisme. Ainsi, l'intérêt d'un encadrement rigoureux est reconnu. Si les parlementaires n'entourent pas bien ces pratiques biomédicales par des législations solides et effectives, le piège des dérives eugéniques apparaît incontournable et cet eugénisme moderne, aujourd'hui toléré, pourrait se transformer en un eugénisme de confort. Il entrerait en confrontation avec le principe de dignité humaine qui supporte jusqu'ici une certaine conciliation. Cette situation serait inacceptable tant elle représenterait un recul sociétal. En effet, la définition de

---

<sup>1062</sup> Testart J, *Le désir du gène*, François Bourin, 1992.

<sup>1063</sup> Fretin A., « Les diagnostics anténatals : accès et enjeux », RGDM n° 53, décembre 2014, p. 160.

<sup>1064</sup> « *Le développement du diagnostic préimplantatoire (...) aurait ainsi pour objectif de donner naissance à un enfant parfait chez un couple fécond. La PMA pourrait aussi avoir pour finalité de choisir le sexe de l'enfant à naître* », Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001, p. 307.

<sup>1065</sup> En effet, « *ce diagnostic peut être détourné de sa finalité médicale (...) il peut entraîner le tri eugénique des embryons avant implantation* », v. Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001, p. 306.

<sup>1066</sup> Testart J, *Le désir du gène*, François Bourin, 1992, pp. 96-97.

<sup>1067</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001, p. 112.

<sup>1068</sup> Taguieff P.-A., « Retour sur l'eugénisme, question de définition », *Esprit*, février 1994, p. 205.

l'eugénisme serait à nouveau inversée et tendrait à revenir à l'eugénisme classique aujourd'hui prohibé en raison de son assimilation systématique à l'histoire nazie<sup>1069</sup>.

**360. Remarques communes aux diagnostics anténataux.** Au vu de la recrudescence des techniques, la question du monopole du « *tout génétique* »<sup>1070</sup> doit être soulevée, témoignant de l'obsession réservée aux caractéristiques génétiques, alors que « *pour 90% des enfants handicapés, la source de la déficience est autre que génétique* »<sup>1071</sup>. Avec les diagnostics anténataux, la génétique permet au couple d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'une anomalie. Le risque à surveiller est celui de l'unique quête de l'enfant « normal » voire « parfait » : qu'est-ce qu'un enfant normal ? Qu'est-ce qu'une vie normale<sup>1072</sup> ? La vie doit être digne. Quelle est la norme de la société à laquelle un enfant conçu, un être humain, doit correspondre<sup>1073</sup> ? Si le seul but poursuivi par ces diagnostics est l'entrée de l'enfant dans une certaine normalité, alors la technique s'inscrit effectivement dans un eugénisme d'abord négatif, par la destruction des « anormaux », puis positif, par la sélection des « normaux » voire des meilleurs embryons. En effet, « *la société ne doit pas stigmatiser les handicapés,*

---

<sup>1069</sup> Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, p. 340.

<sup>1070</sup> Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, pp. 101-102 ; Briard M.-L., « Approche éthique de la génétique », in Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, p. 507 ; « Le diagnostic prénatal », in Comité Consultatif National d'Éthique, Rapport éthique et recherche biomédicale 2008, La documentation française, 2009, p. 250.

<sup>1071</sup> « Le diagnostic prénatal », in Comité Consultatif National d'Éthique, Rapport éthique et recherche biomédicale 2008, La documentation française, 2009, p. 250.

<sup>1072</sup> « Le diagnostic prénatal », in Comité Consultatif National d'Éthique, Rapport éthique et recherche biomédicale 2008, La documentation française, 2009, pp. 247-251 ; « Le diagnostic préimplantatoire », in Comité Consultatif National d'Éthique, Rapport éthique et recherche biomédicale 2008, La documentation française, 2009, pp. 255-259.

<sup>1073</sup> La notion de vie normale renvoie à celle de qualité de la vie. Ainsi, la qualité de la vie inclut la santé dans sa définition première qui consiste à reconnaître un état de bien être, puis le droit à la santé (v. 11<sup>e</sup> alinéa du préambule de la Constitution de 1958. Le droit à la santé a été reconnu comme un principe particulièrement nécessaire à notre temps par la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975) et à la culture sanitaire. La notion de qualité de la vie peut s'appliquer à l'embryon ou au fœtus qui présenterait des conditions de vie déficientes. Sous le prisme de la qualité de la vie, la possibilité de ne pas prolonger cette existence est soulevée par les diagnostics anténataux : le choix concernant cette existence et ses conditions revient aux parents. Ainsi, la qualité de la vie « *rompt avec le principe du respect absolu de la vie, nuancé par des considérations médicales, psychologiques, sociales ou familiales* » et « *s'oppose* » alors au principe du respect de la dignité humaine. L'auteur explique que soit on développe un respect inconditionnel de la dignité de l'homme en toute personne, soit on développe l'idée qu'il faut alléger la vie humaine de ce qui en affecte la qualité, qu'il faut perfectionner la nature humaine indéfiniment (v. Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, pp. 218-220). Philip Kitcher propose une autre approche de la qualité de la vie. Il pense que la qualité de la vie doit être choisie par la personne qui la vit et relever d'une autonomie. Quid alors de ce critère d'autonomie, de choix, pour l'embryon pour lequel un diagnostic révèle une maladie ? Il reconnaît que certaines décisions d'interrompre une grossesse sont évidentes (la trisomie 14, la trisomie 18 ou encore la maladie de Tay-Sachs) mais qu'à contrario certaines ne le sont pas (les maladies non mortelles ou encore celle qui affectent plus ou moins la qualité de la vie comme la trisomie 21, la mucoviscidose ou encore la surdité). Il ajoute alors un autre paramètre et incite à prendre la vie des autres en considération. Il vise ici les enfants déjà nés et les parents (ibid. pp. 223-226). En définitive, la « *seule vraie question est de savoir si la qualité de la vie équivaut à la dignité* » (p. 227).

mais au contraire les protéger et contribuer à leur développement et à leur épanouissement »<sup>1074</sup>, dans le dessein de préserver leur dignité. Ce n'est pas au droit de dire si la vie d'un handicapé est plus ou moins digne que celle d'un enfant classique. De plus, ces techniques sont assimilables à la « stérilisation à finalité eugénique »<sup>1075</sup>, forme d'eugénisme autorisée sous conditions par la loi du 4 juillet 2001<sup>1076</sup>. La stérilisation des handicapés mentaux<sup>1077</sup> est strictement encadrée par l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique<sup>1078</sup>, issu de la loi précitée. Ici encore, la dignité hérite d'une double conception. Elle peut d'une part s'ériger contre cette disposition qui entre en contradiction avec elle, ainsi elle forme un bouclier, une protection contre cette atteinte. D'autre part, elle peut être utilisée dans le but d'améliorer l'espèce<sup>1079</sup>, en empêchant notamment la reproduction de certaines personnes parce que leurs caractéristiques génétiques ne correspondent pas à la normalité, partant du postulat que l'espèce humaine serait meilleure sans membre « défaillant » dans l'optique de ne transmettre qu'un patrimoine génétique exempt de toutes affections génétiques graves ; ainsi, elle constitue le fondement de l'amélioration de l'espèce. Dans ce cas, *quid* de la dignité et du consentement de la personne concernée, majeure, incapable de donner un consentement libre et éclairé ? Pourtant l'intégrité de l'espèce humaine doit être protégée notamment par la dignité représentée par l'humanité de chaque membre de l'espèce. La stérilisation a été consacrée par la loi *Bioéthique* du 7 juillet 2011 dont la constitutionnalité n'a jamais été vérifiée par le Conseil.

**361.** La médecine moderne, qu'elle soit fœtale ou non, prédictive ou thérapeutique, est encore au stade de la réparation. Pour les chercheurs scientifiques, il reste beaucoup à découvrir tant sur le corps humain que sur son environnement. Dans le double diagnostic préimplantatoire, par exemple, il est fait référence au « soin », prouvant que la médecine

---

<sup>1074</sup> « Le diagnostic préimplantatoire », in Comité Consultatif National d'Éthique, Rapport éthique et recherche biomédicale 2008, La documentation française, 2009, p. 257.

<sup>1075</sup> Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82.

<sup>1076</sup> V. art. 27 de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et la contraception.

<sup>1077</sup> V. le chapitre à propos de la stérilisation des handicapés mentaux in Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, 345 p. ; v. également Vago P., « Le droit à un enfant chromosomiquement parfait », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 203-213.

<sup>1078</sup> Art. L. 2123-2 al. 1 du Code de la santé publique : « La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement ».

<sup>1079</sup> Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82.

actuelle est toujours au stade de la réparation et du soin. Néanmoins, après la réparation l'ère est à l'augmentation de l'homme. L'amélioration de l'espèce humaine peut donc passer par d'autres moyens, liés directement ou indirectement à la notion d'eugénisme et dont la pratique peut s'avérer aussi déviante et dangereuse.



## Conclusion du chapitre premier

**362.** L'eugénisme se concrétise par la sélection des individus. Ainsi, la conception classique de l'eugénisme est rejetée par le droit en raison de sa contradiction avec la dignité humaine qui s'érige en rempart contre la dégradation de l'espèce humaine. De plus, le droit exclut les caractères d'un ancien eugénisme collectif et réalisé de façon systématique. En l'espèce, celle-ci fait donc office de critère déterminant le refus d'une légalisation de ce genre de pratiques.

**363.** Toutefois, le droit de la bioéthique encadre et accepte des pratiques eugéniques correspondant à une conception moderne de l'eugénisme, faisant rupture avec l'eugénisme originel. Aussi, le législateur tolère une certaine forme d'eugénisme qui ne porterait pas atteinte à la dignité humaine en raison de l'abandon des traits d'un ancien eugénisme. En effet, le diagnostic prénatal, faisant état d'une législation compassionnelle et le diagnostic préimplantatoire, dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation et par le biais d'une FIV, poursuivent tous les deux la quête de l'enfant normal. Il faut toutefois se garder de tout eugénisme de confort dont les arguments ne paraissent pas suffisants à établir la reconnaissance d'une compatibilité avec la dignité humaine.

**364.** La dignité humaine sert donc en l'espèce d'outil permettant au droit de la génétique de contrôler les diagnostics anténataux utiles à la science et d'apporter une certaine garantie aux parents désireux d'avoir un enfant « classique » ; dans leur quête de l'enfant « normal ».

## Chapitre 2. L'amélioration de l'espèce humaine par l' « augmentation » de l'homme

**365.** Dans le monde médical et scientifique, les moyens sont de moins en moins limités pour parvenir à augmenter l'homme. Aussi, la question du transhumanisme peut aujourd'hui être appréhendée de deux manières : l'intelligence artificielle et la robotique qui n'intéressent pas le sujet et l'intervention de la biologie génétique sur l'humain. Ainsi, le transhumanisme est double et peut être génétique. L'augmentation de l'homme doit être perçue comme une continuité de la réflexion sur les pratiques eugéniques dont un trop grand développement pourrait engendrer la volonté d'augmenter l'être humain une fois sélectionné. De plus les techniques de thérapie génique et notamment la thérapie génique germinale peuvent constituer de nouvelles formes d'eugénisme. Si les diagnostics anténataux correspondaient aux « *techniques permettant d'éviter la naissance d'enfants handicapés* »<sup>1080</sup> permettant la sélection (eugénisme), la thérapie génique est en l'espèce une « *technique permettant d'empêcher la dégradation du patrimoine génétique humain* »<sup>1081</sup>, visant ainsi l'augmentation (transhumanisme). Plus que l'enfant « *normal* » c'est l'enfant « *parfait* » qui semble être ici recherché, par des procédés transhumanistes d'augmentation de l'homme et de sa descendance.

**366.** Toutefois, le transhumanisme ne date pas d'hier. Si la médecine est originellement destinée à soigner les individus, une nouvelle forme évoluée de soins, au contact des biotechnologies et des progrès de la biomédecine, se distingue. La volonté d'augmenter l'homme se concrétise. Tandis qu'une partie de la doctrine philosophique, l'éthique et la morale estiment qu'un post humain n'est pas souhaitable, une partie de la communauté scientifique affirme qu'aujourd'hui il n'est ni mis en œuvre ni réalisable. En effet, ce courant apparaît très contrasté et discuté par les chercheurs des différents domaines s'y intéressant. Concernant le phénomène d'augmentation de l'homme, la simple fonction de soigner fait déjà référence à la volonté d'augmenter. En effet, l'homme s'augmente de plusieurs manières : par exemple, les lunettes de vue et le GPS sont des formes d'augmentation non invasives et aujourd'hui accessibles à la majorité de la population. De même que si les prothèses constituent une forme d'augmentation de l'homme, assimilées à la robotique et à l'intelligence artificielle, elles ne sont pas réalisées par des manipulations génétiques. Il en va de même pour les greffes qui peuvent servir de support à une prothèse.

---

<sup>1080</sup> Sebag V., *Droit et bioéthique*, Larcier, 2007, 190 p.

<sup>1081</sup> Sebag V., *Droit et bioéthique*, Larcier, 2007, 190 p.

Pourtant, ces techniques semblent d'une certaine manière, participer à l'augmentation des individus. Mais existe-t-il des méthodes capables d'augmenter les capacités humaines en manipulant les gènes humains ? L'homme augmenté existe-t-il ? Quelles sont les formes d'augmentation concrètes qui pourraient être assimilées à des techniques permettant l'augmentation de l'homme, et non plus seulement sa réparation ? La sphère juridique s'y intéresse en France d'abord par le biais de la thérapie génique qui serait considérée comme la première étape dans l'augmentation de l'homme sans modification de l'espèce<sup>1082</sup>, ce qui permet au législateur français d'autoriser sa pratique. Ainsi, la régulation des thérapies géniques par le droit se fait en fonction de leur impact sur le développement de l'espèce humaine (section 1) et la question de l'homme augmenté à travers un transhumanisme génétique ne doit pas être ignorée (section 2).

### **Section 1. La régulation de la thérapie génique et son impact sur l'espèce humaine : réparation ou augmentation ?**

**367.** La thérapie génique correspond à un « *traitement médical qui rectifie une anomalie génétique* »<sup>1083</sup>. Les préparations de thérapie génique et de thérapie cellulaire xénogénique sont définies par la loi de bioéthique du 6 août 2004<sup>1084</sup>. Plus précisément, la

---

<sup>1082</sup> Pour la thérapie génique somatique. La thérapie génique germinale entraîne une modification de la descendance donc de l'espèce mais elle demeure interdite à ce jour en France.

<sup>1083</sup> Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, p. 109.

<sup>1084</sup> Une distinction est faite entre les différentes préparations de thérapie dans le cadre des médicaments à usage humain : V. art. L. 5121-1 du Code de la santé publique : « On entend par : (...) 12° *Préparation de thérapie génique, tout médicament autre que les spécialités pharmaceutiques et les médicaments fabriqués industriellement mentionnés à l'article L. 5121-8, servant à transférer du matériel génétique et ne consistant pas en des cellules d'origine humaine ou animale. Ces préparations sont préparées à l'avance et dispensées sur prescription médicale à un ou plusieurs patients. Elles font l'objet d'une autorisation de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé pour une indication thérapeutique donnée. Cette autorisation peut être assortie de conditions particulières ou de restrictions d'utilisation. Elle peut être modifiée, suspendue ou retirée (...)* 13° *Préparation de thérapie cellulaire xénogénique, tout médicament autre que les spécialités pharmaceutiques et les médicaments fabriqués industriellement mentionnés à l'article L. 5121-8, consistant en des cellules d'origine animale et leurs dérivés utilisés à des fins thérapeutiques, y compris les cellules servant à transférer du matériel génétique, quel que soit leur niveau de transformation. Ces préparations sont préparées à l'avance et dispensées sur prescription médicale à un ou plusieurs patients. Elles font l'objet d'une autorisation de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé pour une indication thérapeutique donnée. Cette autorisation peut être assortie de conditions particulières ou de restrictions d'utilisation. Elle peut être modifiée, suspendue ou retirée. L'Agence de la biomédecine est informée des décisions relatives à ces préparations prises en application du présent alinéa* ». Ces alinéas tiennent leur rédaction de la directive 2001/83/CE du Parlement et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain et du Règlement (CE) n°1394/2007 du Parlement et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les médicaments de thérapie innovante et modifiant la directive 2001/83/CE ainsi que le règlement (CE) n°726/2004. A ce titre, v. Chemtob-Concé M.-C., « Le nouvel encadrement juridique des médicaments de thérapie innovante », RGDM 2008, n° 26, pp. 7-22 ; Mahalatchimy A., « L'harmonisation de l'accès au marché des médicaments de thérapie innovante dans l'Union européenne : entre volonté et réalité », RGDM 2009, n° 33, pp. 257-272 ; Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014,

médecine définit la génothérapie comme une « *application encore expérimentale des techniques de génie génétique (transfert de gènes) au traitement de certaines maladies. Le but est de modifier pour normaliser le capital génétique altéré du patient. Elle peut être germinale (chez l'animal) ou somatique* »<sup>1085</sup>. Ou encore comme une « *méthode thérapeutique utilisant les gènes et l'information dont ils sont porteurs pour traiter une maladie génétique pour modifier le comportement cellulaire. Technique thérapeutique appliquée à des maladies non héréditaires comme le cancer ou le sida : faire entrer dans des cellules malades un gène capable de les tuer* »<sup>1086</sup>. Pour le corps médical, elle « *consiste dans l'insertion délibérée de matériel génétique dans l'organisme d'un patient, dans un but thérapeutique* »<sup>1087</sup>. De son côté, le Comité Consultatif National d'Ethique définit le génie génétique, estimant que « *les progrès des connaissances en génétique ouvrent la possibilité d'actions au niveau du génome de la cellule humaine visant la correction d'une anomalie génétique responsable d'une anomalie héréditaire ou à l'introduction d'un gène gouvernant la production d'une protéine conférant à cette cellule une action thérapeutique* »<sup>1088</sup>.

**368.** Toutefois, elle possède plusieurs applications : elle peut se pratiquer *ex vivo*<sup>1089</sup> ou *in vivo*<sup>1090</sup> ; elle peut être somatique et consistera en un traitement de l'organisme d'une maladie sans affecter son « moi » héréditaire, ou germinale et entraînera alors une modification génétique s'opérant de génération en génération<sup>1091</sup>. En ce sens, la thérapie génique peut être envisagée comme une première forme d'augmentation de l'espèce. Cependant, la thérapie génique, quand elle est somatique, ne modifie pas l'espèce et ne concerne que l'individu. Ainsi, sommes-nous à la frontière de la réparation de l'individu et de l'augmentation de l'espèce ? Dans ce contexte, la thérapie génique pourrait-elle constituer la genèse de l'augmentation de l'homme, du transhumanisme et du post humain ? Si « *la*

---

986 p. : v. *la thérapie génique* p. 802 et s.. La loi du 6 août 2004 réunit dans le Code de la santé publique les dispositions relatives à la thérapie génique et à la thérapie cellulaire xénogénique. L'article L. 5121-1 du Code de la santé publique définit la préparation de thérapie génique (12°) et thérapie cellulaire xénogénique (13°). Les bonnes pratiques, pour la thérapie cellulaire xénogénique, liées aux conservation, cession et distribution, sont déterminées par arrêté du ministre de la Santé après avis du directeur de l'AFSSAPS et Agence de Biomédecine. Concernant la thérapie génique, ces bonnes pratiques sont observées par l'établissement ou l'organisme autorisé par l'AFSSAPS pendant cinq ans (L. 4211-8 et -9).

<sup>1085</sup> Garnier-Delamare, *Dictionnaire illustré des termes de médecine*, Maloine, 31<sup>ème</sup> édition, 2012.

<sup>1086</sup> *Le Larousse médical*, 2012.

<sup>1087</sup> Rapport sur le diagnostic génétique et la thérapie génique, Bull. acad. nat. méd., 1995, n°3, p. 627.

<sup>1088</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 22, *La thérapie génique*, 1990.

<sup>1089</sup> C'est-à-dire que les cellules sont prélevées chez le patient et réintroduites dans son organisme.

<sup>1090</sup> Dans ce cas, on procède au transfert direct de séquence ADN opérante dans l'organisme quand il est impossible de prélever un grand nombre de cellules : par exemple dans le cerveau ou le poumon.

<sup>1091</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, 986 p. : v. *la thérapie génique* p. 802 et s..

thérapie génique est l'enjeu médical du diagnostic préimplantatoire »<sup>1092</sup>, son lien avec le diagnostic préimplantatoire fait écho à la notion d'eugénisme<sup>1093</sup>. Néanmoins, sa finalité thérapeutique protège, à nouveau, la dignité des atteintes : « la dignité (...) ne paraît pas atteinte par le caractère expérimental de cette thérapie dans la mesure où il s'agit d'une intervention qui a une finalité thérapeutique »<sup>1094</sup>. Ainsi, la régulation de la thérapie génique s'organise autour des différents types de thérapie génétique (§1) et pourrait être rénovée par l'émergence récente d'une pratique scientifique actuellement ignorée par le droit français (§2).

### **§1. L'appréhension des différents types de thérapie génique : une réglementation soucieuse de la préservation de la dignité humaine**

**369.** La thérapie génique est somatique ou germinale. Elle consiste à introduire un gène fonctionnel dans la cellule malade, qui soit capable de s'exprimer à la place d'un gène déficient. Quand elle est dite somatique, elle vise à traiter l'ADN des cellules différenciées<sup>1095</sup>. En l'espèce, la controverse concerne en partie les risques acceptables pour le patient : il faut analyser le bénéfice escompté par rapport aux risques que présente une telle thérapie<sup>1096</sup>. Tandis que la thérapie germinale a pour but de modifier l'ADN des cellules reproductrices. Ici, une controverse est entretenue à propos de son rejet tant que la science ne permettra pas de la maîtriser et qu'elle comportera des risques d'altération incontrôlés du patrimoine génétique humain<sup>1097</sup>.

La radicalisation de la loi française conduit à se demander si on devrait formuler des droits de l'espèce humaine et des droits de l'humanité ? Ceci est induit notamment par deux avancées biologiques : la thérapie génique et le clonage<sup>1098</sup>. La thérapie génique somatique est une technique qui reste dans le cadre d'une « *superposition* » entre l'espèce humaine et

---

<sup>1092</sup> Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001, p. 306.

<sup>1093</sup> Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, 986 p. : v. *la thérapie génique* p. 802 et s.. Ainsi, elle est la « *forme médicale de l'eugénisme* » en ce qu'elle peut entraîner la modification de l'espèce humaine en remplaçant au cœur des cellules le gène défectueux responsable d'une maladie.

<sup>1094</sup> Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001, p. 309.

<sup>1095</sup> Ces cellules sont celles qui ne transmettent pas de matériel génétique aux descendants.

<sup>1096</sup> Kutukdjian G.-B., « La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme », in Azoux-Bacrie dir., *Bioéthique, bioéthiques*, Bruylant, 2003.

<sup>1097</sup> Kutukdjian G.-B., « La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme », in Azoux-Bacrie dir., *Bioéthique, bioéthiques*, Bruylant, 2003.

<sup>1098</sup> V. chapitre suivant.

l'humanité<sup>1099</sup>. La thérapie germinale influence l'avenir de l'espèce humaine en transmettant la modification génétique par l'hérédité. Toutefois, les interventions sur la lignée germinale mettent en danger la dignité humaine. Les produits intervenant sur la lignée germinale humaine sont exclus des essais cliniques par la directive 2001/20/CE et ne sont pas brevetables conformément à la directive 98/44/CE<sup>1100</sup>.

Le développement de la biotechnologie et de la biomédecine devrait cependant respecter pleinement les droits fondamentaux. Des droits tels que le droit à la dignité humaine ou à l'intégrité de la personne, consacrés par la Convention d'Oviedo et la Charte des droits fondamentaux, devraient être pleinement garantis<sup>1101</sup>.

**370.** Aujourd'hui la thérapie génique est utilisée dans 80% des recherches concernant le traitement du cancer. Le principe veut qu'un gène soit introduit dans une cellule du malade. Ainsi, dans une relation de soins, on ne s'intéresse qu'à l'organe malade et non à toutes les cellules de l'organisme. La technique dépendra ainsi de l'organe touché. Du point de vue de la pratique, plusieurs techniques ont été utilisées. Deux stratégies sont en cours de mise au point. D'une part, la méthode *in vitro* qui consiste à recueillir les cellules de l'individu à traiter et y introduire les bons gènes, soit par « *transfection* »<sup>1102</sup>, soit grâce à des virus. Ces cellules, qui ont alors le bon gène, seront ensuite réintroduites dans le sang par intraveineuse. Toutefois, cette technique n'est utilisée que si le défaut génétique se manifeste dans le sang ou sur une cellule atteignable par le sang. D'autre part, il existe la méthode *in vivo* qui consiste à associer le bon gène à un vecteur, comme un virus, qui sera capable de le transporter jusqu'à sa cible. Pour être efficace il faut qu'il soit capable d'accéder spécifiquement à toutes les cellules qui doivent être corrigées et d'y entrer. Cette technique demeure néanmoins théorique<sup>1103</sup>. Dans les deux cas, une lutte contre l'atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine est menée par le législateur, au regard de la valeur constitutionnelle de ce principe. D'une part, il interdit la thérapie génique germinale dans la mesure où elle a pour effet d'entraîner la modification de

---

<sup>1099</sup> Huber G., « Le clonage humain est-il un crime contre l'humanité ? », in Azoux-Bacrie dir., *Bioéthique, bioéthiques*, Bruylant, 2003.

<sup>1100</sup> Chemtob-Concé M.-C., « Le nouvel encadrement juridique des médicaments de thérapie innovante », RGDM 2008, n° 26, p. 14.

<sup>1101</sup> Chemtob-Concé M.-C., « Le nouvel encadrement juridique des médicaments de thérapie innovante », RGDM 2008, n° 26, p. 15.

<sup>1102</sup> C'est-à-dire par l'introduction de l'ADN dans une cellule à noyau.

<sup>1103</sup> *Le Larousse médical*, 2012. V. thérapie génique. Et d'ajouter, que dans certains cas particuliers il est possible de corriger le gène sans utiliser de virus. On peut ainsi créer des microgouttelettes composées du bon gène et mélangées à de l'air : aérosol que le malade respire. On peut également créer un mini organe artificiel appelé « *organoïde* », constitué des cellules contenant le gène faisant défaut. Il « *fabrique* » la protéine manquante et est greffé là où il est nécessaire. Ces techniques sont destinées à des maladies héréditaires à transmission récessives ou dues au défaut d'un seul gène.

l'espèce humaine (B) ; d'autre part, il autorise la thérapie génique somatique qui n'entraîne pas la modification de l'espèce humaine mais seulement de la personne concernée par la thérapie, sans influence sur la descendance (A).

### **A. L'autorisation relative à l'intervention sur le génome : les termes de la contradiction**

**371. L'autorisation de la thérapie génique somatique.** La thérapie génique est une intervention médicale consistant à insérer, de manière délibérée, du matériel génétique dans l'organisme d'un patient. La thérapie génique somatique<sup>1104</sup> n'est pas interdite dans la mesure où elle n'a pas pour conséquence de modifier l'espèce humaine. En l'espèce, cette prohibition est liée au respect de l'intégrité de l'espèce humaine. Sa reconnaissance légale et sa consécration sont permises parce qu'elle ne constitue pas un danger pour l'espèce humaine.

Si on peut considérer qu'il y a modification de l'espèce, c'est uniquement par l'addition des thérapies géniques somatiques sur les individus, constituant chacun individuellement un membre de la famille humaine. Ainsi, le Comité Consultatif National d'Ethique a proposé deux critères cumulatifs d'acceptabilité de la technique. Il impose que la thérapie implique « *une modification du capital génétique concernant seulement des cellules non reproductrices de l'organisme, qui n'atteindrait qu'un organe ou qu'un système cellulaire* »<sup>1105</sup>. Le Comité précise cette position quant à l'interdiction des pratiques incluant une atteinte aux cellules germinales, susceptible d'engendrer une modification du génome des générations futures. De ce fait, la thérapie n'est juridiquement réalisable que si elle respecte ce protocole. Elle ne doit pas concerner les cellules sexuelles de l'organisme et n'accéder qu'à un organe ou un système cellulaire<sup>1106</sup>.

**372.** Cette technique médicale est admise en France, en vertu des progrès considérables dont elle fait preuve notamment en matière de traitement contre le cancer. Néanmoins, son application nécessite le respect des principes applicables en matière de

---

<sup>1104</sup> *Le Larousse médical*, 2012. V. thérapie génique. La forme somatique consiste à introduire des gènes dans une cellule exclusivement somatique (c'est-à-dire, non sexuelle). Dans l'organisme, chaque cellule est spécialisée et ne possède que quelques fonctions qui lui sont propres : une cellule du foie peut éliminer certaines substances toxiques ou fabriquer de l'albumine mais elle est incapable de former des anticorps.

<sup>1105</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 22, *La thérapie génique*, 1990.

<sup>1106</sup> Mathieu B. *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 94 ; De plus, le Comité Consultatif National d'Ethique 86 interdit toute modification du génome qui serait transmissible à la descendance : v. Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 8, *Recherches et utilisation des embryons in vitro à des fins médicales et scientifiques*, 15 décembre 1986.

bioéthique et de génétique, comme le consentement libre et éclairé de la personne concernée. Toutefois et après l'échec des traitements de thérapie génique bien trop coûteux au début des années 2000, il semblerait que la thérapie génique revienne « *sur le devant de la scène* »<sup>1107</sup>. En effet, quatre traitements sont en cours en Chine, en Russie et en Europe. De plus et à ce jour, le groupe Lysogene est entré à la Bourse de Paris pour lever d'importants fonds<sup>1108</sup> et mettre sur le marché un traitement pour 2020<sup>1109</sup> : aujourd'hui, « *faute de médicaments, le marché de la thérapie génique n'existe pas encore* »<sup>1110</sup>.

Un espoir thérapeutique à moyen terme est déjà réaliste dans le cas de la mucoviscidose, de la myopathie de Duchenne et de nombreuses affections héréditaires<sup>1111</sup> ; mais « *le domaine dans lequel la thérapie génique semble la plus prometteuse est celui des traitements des maladies acquises, et notamment en pathologie cancéreuse* »<sup>1112</sup>.

### **373. Le but thérapeutique, critère d'autorisation de la modification du génome.**

Toutefois, une disposition du Code civil peut être interprétée comme portant « *autorisation de modifier les caractères génétiques d'une personne dans les cas de prévention ou traitement des maladies génétiques* »<sup>1113</sup>. Ainsi et malgré les avis du comité d'éthique, l'article 16-4 alinéa 4 du Code civil<sup>1114</sup>, qui a vocation à interdire la thérapie génique germinale, peut être compris comme autorisant la modification des caractères génétiques de la descendance si et seulement si elle est issue d'une recherche tendant à la prévention et au traitement d'une maladie génétique. Le droit organiserait alors une dérogation au principe de respect de l'intégrité de l'espèce humaine qui interdirait que le génome humain soit touché par une manipulation génétique au caractère héréditaire<sup>1115</sup>. Cette position serait appuyée par

---

<sup>1107</sup> Bohineust A., « La thérapie génique tente de séduire les investisseurs, Le Figaro, 8 février 2017 ; « La thérapie génique bientôt sur le devant de la scène ? », Génétique.org, 8 février 2017.

<sup>1108</sup> 22,6 millions d'euros d'après Bohineust A., « La thérapie génique tente de séduire les investisseurs, Le Figaro, 8 février 2017.

<sup>1109</sup> Bohineust A., « La thérapie génique tente de séduire les investisseurs, Le Figaro, 8 février 2017.

<sup>1110</sup> « La thérapie génique bientôt sur le devant de la scène ? », Génétique.org, 8 février 2017.

<sup>1111</sup> Mahalatchimy A., « L'harmonisation de l'accès au marché des médicaments de thérapie innovante dans l'Union européenne : entre volonté et réalité », RGDM 2009, n° 33, p. 260.

<sup>1112</sup> Mannoni-Chaine G., *Le régime juridique de l'innovation biotechnologique médicale, problèmes spécifiques posés par la thérapie cellulaire et par la thérapie génique*, thèse, 2001.

<sup>1113</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, 345 p. : v. les autorisations pp. 267-300.

<sup>1114</sup> Article 16-4 al. 4 du Code civil : « *Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* ».

<sup>1115</sup> Mathieu B., *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 94 : En France, l'interdiction de la thérapie germinale est assortie de dérogations importantes. D'une part, c'est le but germinal et non pas l'effet germinal qui est interdit, d'autre part, l'interdiction est « *prononcée sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques* ».



plusieurs normes notamment communautaires comme le droit d'hériter de caractéristiques génétiques n'ayant subi aucune manipulation, issu d'une recommandation du Conseil de l'Europe de 1982, précisant que ce droit ne s'oppose pas aux thérapies génique pour le traitement des maladies<sup>1116</sup>, ou encore la recommandation de 1989 qui n'interdirait pas la recherche *in vitro* sur l'embryon sain à des fins préventives ou thérapeutiques qui n'intervient pas sur le patrimoine génétique non pathologique<sup>1117</sup>. Cet article pourrait alors se lire comme « *légalisant la transformation sur les gènes ayant pour conséquence de modifier la descendance de la personne* », ces recherches, pour permettre le traitement des maladies, aboutissant forcément à un traitement sur les embryons<sup>1118</sup>. De plus, une contradiction réside entre l'alinéa 1<sup>1119</sup>, qui interdit de toucher à l'intégrité de l'espèce humaine, et cet alinéa 4, qui interdit la thérapie génique germinale en raison de son caractère héréditaire, mais autoriserait dans le même temps une pratique entraînant la modification des générations futures et donc de l'humanité, si ceci s'établit dans un domaine de recherche pour un intérêt purement thérapeutique. En effet, si on veut préserver totalement le patrimoine génétique humain il faut interdire toute thérapie génique germinale et ne permettre aucune dérogation. Enfin et pour aller plus loin, une question de compatibilité avec l'alinéa 2<sup>1120</sup> qui prohibe la sélection des personnes peut être soulevée. Les modifications prévues par la loi en cet alinéa 4, pourraient tendre effectivement à une forme de sélection des personnes en traitant et prévenant certaines maladies génétiques transmises aux générations futures, dans la mesure où la modification revêt un caractère héréditaire, touchant aux cellules germinales de l'être humain.

**374. Exemples d'applications thérapeutiques concluantes.** En octobre 2014, un jeune patient a été sauvé de la drépanocytose<sup>1121</sup> par l'administration d'une thérapie génique somatique à l'hôpital Necker de Paris<sup>1122</sup>. Aujourd'hui sa rémission est totale, traduisant le franc succès de la thérapie génique. En l'espèce et pour comprendre, le traitement par thérapie génique comporte plusieurs étapes. Des cellules souches sanguines sont prélevées puis modifiées en laboratoire par l'insertion d'un gène-médicament grâce au vecteur viral. Ensuite,

---

<sup>1116</sup> Recommandation 934 du Conseil de l'Europe du 26 janvier 1982.

<sup>1117</sup> Recommandation 1100 du 2 février 1989 assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, point B. 4.

<sup>1118</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, 345 p. : v. les autorisations p. 269.

<sup>1119</sup> Art. 16-4 al. 1 du Code civil : « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine* ».

<sup>1120</sup> Art. 16-4 al. 2 du Code civil : « *Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite* ».

<sup>1121</sup> Une maladie héréditaire du sang.

<sup>1122</sup> « Drépanocytose : un 1<sup>er</sup> succès pour la thérapie génique », Génétique.org, 2 mars 2017.

un traitement sert à éliminer les cellules souches anormales pour pouvoir ensuite injecter les cellules souches corrigées du patient<sup>1123</sup>.

Par ailleurs et en Grande-Bretagne, deux bébés ont été sauvés d'une leucémie à l'aide d'injection de cellules génétiquement modifiées<sup>1124</sup>, par le biais d'une thérapie génique, répondant évidemment à un but thérapeutique. Ce traitement a été développé par la société française de biotechnologies *Collectis*. La technique diffère des autres en ce que les cellules immunitaires proviennent de donneurs sains et pas du patient lui-même. Ce traitement s'adapte alors parfaitement au jeune patient dont les cellules immunitaires ne sont pas assez nombreuses pour être prélevées, malgré les risques de rejet de la greffe. En l'espèce, plusieurs mois après l'intervention, les enfants ne présentent plus les symptômes de la maladie<sup>1125</sup>.

**375.** Toutefois, le quatrième alinéa de l'article 16-4 du Code civil interdit d'avoir recours à la thérapie génique germinale, en raison du caractère héréditaire de la pratique favorisant une certaine proximité avec la notion d'eugénisme.

## **B. La transmission héréditaire de la modification du génome par la thérapie génique germinale interdite**

**376. L'appréhension de la thérapie génique germinale par le droit.** La thérapie génique germinale consiste à « *conférer aux cellules germinales un nouveau gène qui va créer un nouveau caractère héréditaire. On injecte des cellules germinales ou un œuf fécondé, qui aboutit à l'expression du gène transféré dans toutes les cellules descendantes* » : ainsi, l'individu est modifié et sa descendance aussi<sup>1126</sup>. À la lettre de l'alinéa 4 de l'article 16-4 du Code civil<sup>1127</sup>, issu de la rédaction de la première loi *Bioéthique* de 1994, l'homme doit

---

<sup>1123</sup> Castelnaud B., AFP, 1<sup>er</sup> mars 2017, propos en partie repris in « Drépanocytose : un 1<sup>er</sup> succès pour la thérapie génique », Gèneéthique.org, 2 mars 2017 : « *La première consiste à prélever dans la moelle osseuse du patient des cellules souches sanguines (cellules précurseurs des globules rouges, blancs et des plaquettes). Ces cellules sont « corrigées en laboratoire par insertion du gène-médicament à l'aide d'un vecteur viral », LentiGlobin (vecteur viral porteur du gène correcteur, délivré par une société américaine). Le patient reçoit ensuite un traitement pour éliminer les cellules souches anormales dans sa moelle osseuse, puis une injection de ses cellules souches corrigées* ».

<sup>1124</sup> « Succès d'une thérapie génique impliquant des cellules génétiquement modifiées », Gèneéthique.org, 26 janvier 2017.

<sup>1125</sup> Reuters, Ben Hirschler, 25 janvier 2017 cité in « Succès d'une thérapie génique impliquant des cellules génétiquement modifiées », Gèneéthique.org, 26 janvier 2017.

<sup>1126</sup> Tursz T., « La thérapie génique », in *Les sciences de la vie et le droit de la bioéthique*, Eléments de réflexion réunis et présentés par Bruno Sturlese, Association d'étude et de recherche, ENM, Bordeaux, 1995, p. 195.

<sup>1127</sup> Art. 16-4 al. 4 du Code civil : « *Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* ».

maintenir son identité génétique. Ainsi, les générations futures sont impliquées dans le raisonnement encadrant la régulation des thérapies géniques. De ce fait, l'avenir de l'humanité entière doit être préservé. La « *transformation* » visée par le texte a fait l'objet de débats parlementaires. On se demandait si le fait d'ajouter un gène dans le génome humain à des fins d'amélioration était considéré comme une transformation et il a été décidé que le terme de transformation incluait l'addition de gène<sup>1128</sup>, constituant un eugénisme positif<sup>1129</sup>. En définitive, seules sont interdites les manipulations qui ont pour but de modifier la descendance, peu importe que la modification soit dans le sens d'une amélioration ou d'une dégradation de la descendance<sup>1130</sup>. De plus, la modification de la descendance est référencée pour autoriser la thérapie génique somatique et éviter de viser les modifications dans la transmission héréditaire accidentelle<sup>1131</sup>. Ainsi et dans ces conditions, la thérapie génique germinale quand elle entraîne volontairement la transmission de la modification qu'elle opère de génération en génération<sup>1132</sup>, est interdite par le droit de la bioéthique : « *sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* »<sup>1133</sup>.

La thérapie génique germinale est également prohibée par la Convention d'Oviedo, qui, dès 1997, met en garde contre cette technique : « *une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance* »<sup>1134</sup>. La thérapie génique germinale ou sexuelle<sup>1135</sup> est interdite car elle a pour objet de modifier l'espèce humaine dans la mesure où la manipulation touche aux cellules reproductrices et aura un impact sur la descendance de la

---

<sup>1128</sup> AN, première séance du 19 avril 1994.

<sup>1129</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, pp. 258-265.

<sup>1130</sup> Fenouillet D., « Respect et protection du corps humain », *Jurisclasseur civil*, articles 16 à 16-2, fascicule 30, n° 109.

<sup>1131</sup> Par exemple la chimiothérapie : Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, pp. 258-265.

<sup>1132</sup> Elle s'opère par deux moyens : soit par l'intégration d'un gène dans les cellules reproductrices d'un organisme constitué, soit par transgénése, c'est-à-dire modifier les cellules de l'embryon très précoce. Dans ce cas on associe la technique à celle de la procréation artificielle.

<sup>1133</sup> L'article 16-4 al. 4 du Code civil issu de la rédaction de la loi de 1994 interdit l'intervention sur le génome ayant pour objectif la transmission héréditaire de la transformation opérée par la manipulation.

<sup>1134</sup> La Convention sur la protection des droits de l'Homme et la dignité de la personne à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, dite Convention d'Oviedo du 4 avril 1997, art. 13.

<sup>1135</sup> *Le Larousse médical*, 2012. V. thérapie génique. Quand elle est dite germinale ou sexuelle, elle vise à être appliquée à un embryon, au stade où il est formé d'une multitude de cellules, ou aux cellules germinales d'un adulte (ovule, spermatozoïde). Le gène introduit est transmis à toutes les cellules filles des premières cellules embryonnaires : cellule du futur individu.

personne manipulée. Le caractère héréditaire de la pratique génétique empêche sa légalité. En effet, les craintes concernent une utilisation abusive, pour des indications injustifiées comme par exemple l'élimination d'un simple défaut. Néanmoins, d'après le Professeur Mathieu, la thérapie génique ne va pas à l'encontre des droits fondamentaux de l'individu<sup>1136</sup>. En effet, il explique qu'elle ne porte « *en elle-même aucune atteinte aux droits fondamentaux de l'individu. Elle ne met en particulier pas nécessairement en cause le principe de dignité de la personne humaine. Par ailleurs, l'espèce humaine n'est pas, ainsi qu'on l'a constaté, titulaire de droits. (...) En tant que médecine de l'espèce humaine, elle est susceptible de faire courir de grands risques à l'humanité, du fait de son caractère expérimental et de l'impossibilité de mesurer exactement l'ensemble* »<sup>1137</sup> de ses effets.

**377. L'évidence d'une relation entretenue avec l'eugénisme.** Néanmoins, on ne peut oublier de souligner la réalité du lien qui réside entre la thérapie génique et l'eugénisme<sup>1138</sup> : « *elle est (...) impliquée dans la doctrine eugénique, en ce qu'elle vise l'amélioration de l'espèce humaine, au travers de l'éradication de gènes considérés comme délétères* »<sup>1139</sup>. Ainsi, et dans un contexte purement eugénique, la dignité s'avère impliquée. Si la dignité concerne par extension la protection de l'intégrité de l'espèce humaine<sup>1140</sup>, alors elle se trouve concernée par l'eugénisme quand une pratique comme la thérapie génique germinale a pour effet de modifier les générations futures par la biologie. De ce fait, une partie de la doctrine continue de se méfier : « *on n'a pas le droit de prendre le risque (...) de*

---

<sup>1136</sup> Mathieu B., « L'appréhension de l'eugénisme par le droit. Entre réglementation et interdiction », communication au colloque international *L'eugénisme après 1945 formes nouvelles d'une doctrine périmée*, Dijon, 22-23 septembre 1997 ; « *Au regard des droits fondamentaux la volonté d'améliorer les caractéristiques génétiques de l'espèce ne pose pas de véritables problèmes* » : Mathieu B., « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de la dignité et les interventions sur le génome humain », RDP, n° 1, 1999, p. 106 ; « Il faut considérer qu'au regard des droits fondamentaux, la volonté, au cœur de l'eugénisme, de promouvoir une amélioration des caractéristiques génétiques de l'espèce humaine, ne pose pas de véritables problèmes » : Mathieu B., *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 95.

<sup>1137</sup> Mathieu B., *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 94.

<sup>1138</sup> La thérapie génique germinale a été considérée comme pouvant engendrer une forme d'eugénisme puisqu'il s'agit bien, dans ce cas, d'amélioration de l'espèce humaine : v. les débats de l'AN, 1<sup>ère</sup> séance du 19 avril 1994 ; Taguieff P.-A., « Retour sur l'eugénisme, question de définition », *Esprit*, février 1994, p. 209 : démontre les vertus eugéniques de la thérapie génique germinale.

<sup>1139</sup> Mathieu B., *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 94.

<sup>1140</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, p. 262 : l'espèce humaine est une « *notion nouvelle en droit* » (elle est introduite dans la sphère juridique par les lois de bioéthique de 1994). Les droits fondamentaux visent l'individu, mais pas l'espèce humaine. La thérapie génique germinale pourrait mettre en danger l'espèce humaine et aucun droit fondamental n'interdit directement la thérapie génique.

*modifier l'homme, valeur inestimable en soi, voire de transformer le genre humain* »<sup>1141</sup>. En l'état, le Professeur Mathieu conclut que deux conditions sont exigées mais difficiles à remplir : ne pas conduire d'expérience contraire à la dignité humaine et maîtriser, conformément au principe de précaution<sup>1142</sup>, les conséquences de ces pratiques<sup>1143</sup>.

En l'espèce, le droit de la bioéthique est marqué par une certaine « *ambivalence* »<sup>1144</sup>. En effet, d'un côté on a une technique qui permet de faire disparaître du génome humain les maladies génétiques graves et mortelles et de l'autre on veut se prémunir de toute dénaturation de l'espèce. Les appréhensions sont dirigées vers la possibilité d'avoir le contrôle de l'hérédité humaine, la question doit se poser de savoir où s'arrête le thérapeutique et ainsi, où commence le phénomène eugénique<sup>1145</sup> ?

Dans tous les cas, il ne s'agit plus de soigner mais bien de modifier l'espèce en lui conférant des propriétés nouvelles. Ainsi, à quoi pourrait servir la thérapie génique germinale si contestée et si risquée ? À l'instar des pratiques eugéniques du début du XX<sup>e</sup> siècle, l'intérêt viserait l'humanité entière. La pratique pourrait tout d'abord mener à la disparition, dans l'humanité, de toute malformation congénitale : elle consisterait à introduire un gène sain dans un embryon pour prévenir la maladie chez les descendants<sup>1146</sup>. De plus, elle pourrait aider à améliorer l'homme par des greffes de gènes « *avantageux* » sur un embryon, mais cela organiserait une inégalité biologique entre les hommes<sup>1147</sup>.

**378.** La recherche scientifique est animée par l'arrivée d'un nouvel outil génétique pouvant bouleverser le champ du génie génétique et aider de manière considérable le développement de certaines pratiques génétiques dans la modification du génome humain.

---

<sup>1141</sup> Lenoir N., *Aux frontières de la vie, tome 1 : une éthique biomédicale à la française*, Rapport au premier ministre avec la collaboration de B. Sturlese, Paris, La Documentation française, Collection « rapports officiels », 1991, p. 78-79.

<sup>1142</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 594 et s. à propos du respect du principe de précaution.

<sup>1143</sup> Mathieu B., *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 95.

<sup>1144</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, p. 261.

<sup>1145</sup> Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, p. 261.

<sup>1146</sup> Moretti J.-M., « La thérapie génique », *Etudes*, février 1996, p. 228 : Même si certains estiment que le génome humain est instable et que ceci serait donc impossible. Chaque génération connaît des accidents qui modifient gènes et chromosomes, ce qui évacue le rêve d'éradiquer définitivement de l'humanité toute malformation congénitale.

<sup>1147</sup> Kahn A. (coordonné par), *Thérapie génique. L'ADN médicament*, John Libbey, 1993.

## §2. La nouvelle manipulation génétique : enjeux et dangers présentés par l'outil CRISPR-cas9

**379. La définition simplifiée d'un nouvel outil génétique.** CRISPR-cas9 est une protéine destinée à séquencer l'ADN, découverte en 1997 grâce à des bactéries. Elle est capable de découper un morceau de génome pour le coller ailleurs, c'est-à-dire découper un « mauvais » gène pour le remplacer par un « bon » gène, comme des « ciseaux moléculaires »<sup>1148</sup>. Ce procédé permet d'introduire des variations dans une séquence d'ADN. Cette nouvelle biotechnologie participe donc à la modification de l'espèce humaine, en permettant d'ajouter ou d'enlever certaines parties du patrimoine génétique qui révèlent une carence ou qui constituent une anomalie génétique<sup>1149</sup>. Cette « nouvelle technique chirurgicale portant sur le gène »<sup>1150</sup> semble plus précise que celles préexistantes en matière de génome et permet de couper puis de coller le génome en ciblant précisément la partie de l'ADN concernée. En 2012, l'équipe française de recherches d'Emmanuelle Charpentier fait une première publication sur la technologie. En avril 2015, la Chine sort une première publication attestant l'utilisation de CRISPR sur des embryons humains. Puis, en février 2016 au Royaume-Uni, l'Etat délivre pour la première fois une autorisation d'utiliser CRISPR sur des embryons humains. En avril 2016, la Chine reçoit une deuxième autorisation d'utiliser la technique sur des embryons humains et dans le même temps la Suède accorde sa première utilisation. Enfin, en août 2016 en Chine et aux Etats-Unis sont lancés les premiers essais cliniques impliquant CRISPR sur l'homme adulte<sup>1151</sup>.

**380. L'utilisation controversée de la méthode.** CRISPR peut s'adapter aussi bien aux thérapies géniques somatiques que germinales. Cette pratique présente des avantages et des inconvénients. Elle est rapide, abordable, puissante et s'applique à tous les êtres vivants.

---

<sup>1148</sup> « La "folie CRISPR" », Gèneéthique.org, 13 avril 2016 : pour Madame Thiel, directrice du Centre Européen d'Enseignement et de Recherche en Ethique (CEERE), les analogies avec le « couteau suisse » ou le « ciseau génétique » sont trop simplistes et « donnent à penser à une précision chirurgicale vérifiée par le travail de raison, ce qui n'est pas le cas ».

<sup>1149</sup> « La "folie CRISPR" », Gèneéthique.org, 13 avril 2016 : CRISPR apparaît comme l'outil génétique révolutionnaire par excellence. Néanmoins, la révolution génétique est atténuée par l'existence, depuis près de quinze ans, d'autres techniques de séquençage du génome humain.

<sup>1150</sup> Marillier P., « Patrimoine génétique, lignée germinale, manipulations génétiques, méthode CRISPR-cas9 », Ethique et droit du vivant, RGDM, n° 57, décembre 2015, p. 190.

<sup>1151</sup> A propos de CRISPR-cas9 et pour une présentation plus détaillée v. notamment Legros B., « L'effritement de la protection des débuts de la vie en droit français face aux « assauts » des progrès scientifiques et de la jurisprudence », RGDM, n° 61, décembre 2016, pp. 159-175, spéc. pp. 163-168.

CRISPR est facile d'utilisation et très précis<sup>1152</sup>. Il facilite la thérapie génique somatique. Toutefois, son application peut présenter certains risques. La technologie CRISPR-cas9 sera d'abord utilisée à des fins thérapeutiques mais le risque de dérives n'est pas inexistant : l'utilisation portera sur un embryon dont le génome sera observé, comme en attestent les faits. En cas d'anomalie détectée dans l'ADN, la question de l'élimination se posera, ce qui peut être pratiqué aujourd'hui avec le diagnostic préimplantatoire qui demeure juridiquement encadré par une série de mesures de précaution. Certains affirment que les individus vont passer « *d'un destin génétique à un choix génétique* »<sup>1153</sup>, plaçant la technique à la frontière entre le thérapeutique et le mélioratif. En effet, le Comité international de bioéthique (CIB) de l'UNESCO met en garde contre les dérives eugénistes de cette pratique biomédicale le 2 octobre 2015 dans un rapport sur le génome humain et les droits de l'Homme<sup>1154</sup>.

À ce jour, les conséquences sur le long terme sont encore inconnues et les effets de la pratique ne sont pas bien maîtrisés. Ainsi, les risques juridiques ne sont pas inexistants. Les controverses liées à son application relèvent davantage d'une utilisation au service de la thérapie génique germinale. CRISPR-cas9 inquiète la communauté scientifique dans la mesure où ses effets et conséquences, demeurant inconnues, sont mal maîtrisés. Des scientifiques de Stanford mettent en garde l'ensemble des utilisateurs de la méthode CRISPR-cas9 de ses effets indésirables qui peuvent impacter le génome humain<sup>1155</sup>. Les limites de la méthode semblent se cantonner pour le moment au vivant animal. Pour une application sur l'homme, les chercheurs préconisent de se servir du séquençage du génome entier et réservent beaucoup de prudence à l'utilisation des seuls algorithmes « *développés pour prédire les zones les plus susceptibles de subir des délétions et des insertions non voulues* »<sup>1156</sup>. Son usage peut entraîner des modifications non souhaitées. En effet, le site d'informations relatives à la bioéthique dispose d'une rubrique propre au génome humain et aux sujets qui l'intéressent. On y trouve des synthèses de presse utiles au développement comme celle du 31

---

<sup>1152</sup> Marouin E., chercheur français, communication orale au Forum européen de bioéthique « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017, table ronde « Copier coller le génome » : L'accès à l'outil CRISPR est plus rapide et précis que les autres techniques pour copier et coller le génome. Ainsi les questions de son application se posent : thérapie génique, suppression mutations, amélioration de l'humain, etc.

<sup>1153</sup> Communication orale de Monsieur Missa J.-N., in *Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ?*, Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1154</sup> CIB, rapport du CIB sur la mise à jour de sa réflexion sur le génome humain et les droits de l'Homme, Paris, 2 octobre 2015.

<sup>1155</sup> « CRISPR : des mutations « off-targets » nombreuses et inattendues chez l'homme », Gèneéthique.org, 30 mai 2017 : « *Les chercheurs ont mis en évidence plus de 1500 mutations d'un seul nucléotide et plus de 100 délétions et insertions plus grandes chez deux animaux traités indépendamment avec CRISPR, sans qu'aucunes n'aient été prévues par les algorithmes couramment employés* ».

<sup>1156</sup> Drogou I., « CRISPR, des mutations « off-targets » encore plus inattendues », *Le quotidien du médecin*, 29 mai 2017 cité in « CRISPR : des mutations « off-targets » nombreuses et inattendues chez l'homme », Gèneéthique.org, 30 mai 2017.

mars 2017. Les auteurs de la tribune soulèvent une contradiction importante « *appliquer l'outil CRISPR-cas9 à des embryons humains issus de parents porteurs de mutation [revient] à éliminer leurs embryons sains et, paradoxalement, à ne conserver que ceux porteurs de la mutation sur laquelle la technique serait mise au point* »<sup>1157</sup>. Et d'ajouter qu'« *à souhaiter des enfants parfaits, exempts de mutations génétiques choisies, nous jouons en fait le jeu des promoteurs de l'eugénisme* »<sup>1158</sup>. Les trois scientifiques s'interrogent, à l'occasion d'un colloque parisien sur *La personne humaine et le génome* du 4 mars 2017 : « *certains voient dans ces hommes génétiquement modifiés une évolution vers l'homme du futur. Nous y voyons la mise en place d'un programme d'anéantissement de l'homme dans son altérité, notamment par déni de notre complexité et de notre histoire génétique* »<sup>1159</sup>.

**381.** En France, l'utilisation de CRISPR chez l'homme s'oppose aux articles 13<sup>1160</sup> et 18 de la Convention d'Oviedo<sup>1161</sup>. En revanche, aux Etats-Unis, et alors que le pays est l'un des premiers à lancer l'expérimentation de techniques utilisant CRISPR sur l'homme adulte, le sommet international de Washington de décembre 2015 interdit l'utilisation de CRISPR sur des embryons humains à des fins de grossesse, ce qui prouve la volonté de garder une certaine prudence dans l'encadrement de son application<sup>1162</sup>.

D'un point de vue juridique, les parlementaires commencent à s'interroger à propos de la technique à l'automne 2016. En effet, l'OPESCT a auditionné des scientifiques sur « *les nouvelles biotechnologies : quelles applications, quel débat public ?* » le 27 octobre 2016, alors que l'utilisation de l'outil CRISPR se démocratise pour aller vers une médecine génique. Si la thérapie génique « *n'est globalement encore qu'au stade de la recherche*

---

<sup>1157</sup> Bourgain C., Henrion-Caude A., et Privat A., « Demain, des humains génétiquement modifiés ? », Le Figaro, 31 mars 2017, cité in « De l'offre de soins ultrasophistiqués à la tentation de l'eugénisme, il n'y a qu'un pas », Gèneéthique.org, 31 mars 2017.

<sup>1158</sup> Bourgain C., Henrion-Caude A., et Privat A., « Demain, des humains génétiquement modifiés ? », Le Figaro, 31 mars 2017, cité in « De l'offre de soins ultrasophistiqués à la tentation de l'eugénisme, il n'y a qu'un pas », Gèneéthique.org, 31 mars 2017.

<sup>1159</sup> Bourgain C., Henrion-Caude A., et Privat A., « Demain, des humains génétiquement modifiés ? », Le Figaro, 31 mars 2017, cité in « De l'offre de soins ultrasophistiqués à la tentation de l'eugénisme, il n'y a qu'un pas », Gèneéthique.org, 31 mars 2017.

<sup>1160</sup> Convention d'Oviedo art. 13 : « Une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance ».

<sup>1161</sup> Convention d'Oviedo art. 18 : « Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite ».

<sup>1162</sup> Sommet international de Washington, « Gene Edit Summit », 1-3 décembre 2015.



*fondamentale* », et que des applications ne sont pas à envisager avant cinq à dix ans, « *des problèmes éthiques sont déjà posés, notamment sur les embryons* »<sup>1163</sup>.

L'OPESCT est saisi depuis 2015 à propos de l'édition du génome. Au terme de plusieurs mois d'investigations, les parlementaires formulent des recommandations sur les nouvelles biotechnologies. Ils se sont particulièrement intéressés à CRISPR-cas9, outil permettant d'« *éliminer et d'ajouter des fractions de matériel génétique avec une extrême précision* ». Le rapport conseille de se concentrer sur « *les modifications de gènes de cellules somatiques* »<sup>1164</sup>, et s'oppose temporairement aux modifications de cellules germinales qui seraient réalisées dans une perspective transhumaniste.

**382. La prévention contre une mauvaise utilisation.** Du côté des Etats-Unis et dans le souci d'éviter une mauvaise utilisation de la technologie en question, permettant la manipulation du génome, des universitaires américains envisagent la délivrance de licences éthiques par les titulaires des brevets. Ainsi, le Broad Institute de Boston qui dispose des premiers brevets de CRISPR a autorisé *Monsanto* à s'en servir sous trois conditions : ne pas faire de forçage génétique<sup>1165</sup>, ne pas fabriquer de graines stériles que les gens seraient obligés de racheter tous les ans et ne pas mener de recherches sur le tabac. Un parallélisme peut être entretenu avec le vivant humain. De ce fait, *Editas Medicine* a été autorisé en 2015 à utiliser CRISPR à deux conditions : que les cellules germinales humaines ou des embryons humains ne soient pas modifiés et de ne pas modifier des cellules animales dans le but de créer des organes humains<sup>1166</sup>. Cette démarche est censée s'inscrire en complément des efforts déployés par les autorités publiques. De plus, des chercheurs chinois ont été autorisés à utiliser CRISPR dans le cadre d'essais cliniques chez l'homme, dans le but de soigner des patients atteints de cancer. Un autre essai clinique du même type serait prévu aux Etats-Unis pour l'été 2017<sup>1167</sup>.

**383. Interventions des institutions sur le plan éthique.** Un encadrement éthique de cet outil génétique semble nécessaire, si ce n'est urgent<sup>1168</sup>. Tout d'abord, la communauté

---

<sup>1163</sup> Robillard J., Hospimédia, 28 octobre 2016 et Paillé J.-Y., La tribune, 27 octobre 2016, in « Thérapie génique, CRISPR... les parlementaires s'interrogent », Gèneéthique.org, 28 octobre 2016.

<sup>1164</sup> « CRISPR en France : un rapport parlementaire accommodant », Gèneéthique.org, 30 mars 2017.

<sup>1165</sup> C'est-à-dire de transmission génétique.

<sup>1166</sup> Michael Cook, Bioedge, 21 janvier 2017, cité in « Des licences éthiques pour limiter les mauvaises utilisations de CRISPR », Gèneéthique.org, 23 janvier 2017.

<sup>1167</sup> « Another CRISPR trial begins », Genomeweb, 28 avril 2017, cité in « CRISPR : un 3<sup>ème</sup> essai clinique autorisé chez l'homme », Gèneéthique.org, 2 mai 2017.

<sup>1168</sup> « La "folie CRISPR" », Gèneéthique.org, 13 avril 2016 : souligne l'urgence de la situation.

internationale intervient sur les questions éthiques relatives à l'utilisation de CRISPR, inquiète de l'encadrement juridique futur de cette biotechnologie. Cette technique qui agite la sphère scientifique est en débat international depuis avril 2015. En effet, le nouvel outil biotechnologique est capable d'éditer le génome. Néanmoins, les dérives sont imminentes et son utilisation peut engendrer des risques eugénistes et tendre vers un éventuel transhumanisme. Le 14 février 2017 est publié un rapport d'experts internationaux intitulé « *Human genome editing : Science, Ethics and Governance* ». Le document semble plus permissif quant à une utilisation chez l'homme<sup>1169</sup> que le sommet de Washington en décembre 2015. En effet, le comité organisateur du sommet en 2015 avait déclaré « *qu'il serait irresponsable de procéder dans quelque usage clinique que ce soit à des modifications ciblées du génome portant sur la lignée germinale sauf si et jusqu'à ce que soient connus les risques, conséquences et méthodes alternatives et qu'il y ait un consensus sociétal sur les modifications de la lignée germinale du génome humain* »<sup>1170</sup>.

Sur le plan européen, un projet de recommandation sur « *le recours aux nouvelles technologies génétiques chez les êtres humains* » a été adopté le 25 avril 2017 par la

---

<sup>1169</sup> Suaudeau J., « CRISPR : le comité d'éthique international capitule », Gèneéthique.org, 16 février 2017 : Le rapport de février 2017 déclare que la recherche sur le « *human genome editing* » est nécessaire pour des raisons « *médicales et scientifiques* » (p. 142). Cette recherche doit d'abord viser le traitement et la prévention des maladies et incapacités, soit en premier lieu la thérapie génique somatique de certaines maladies héréditaires. Elle est soumise à la juridiction du FDA (*Food and Drug Administration*) aux Etats-Unis. Les comités d'éthique des diverses institutions impliquées dans cette recherche veilleront à ce que les essais minimisent les risques et « *procurent des bénéfices appréciables* ». Les modifications du génome humain par les techniques de « *genome editing* » visant à une thérapie devront se conformer aux régulations établies pour la thérapie génique somatique. (...) Concernant les modifications du génome humain pouvant être transmises héréditairement, le document est plus circonspect mais admet que des essais cliniques d'une telle « *thérapie germinale* » puissent être conduits, surveillés par un « *solide cadre régulateur* ». Ce serait le RAC (*Recombinant DNA Advisory Committee*) qui aurait la responsabilité d'autoriser ces essais cliniques. (...) Sans se prononcer sur les délais nécessaires avant de débiter de tels essais, le rapport définit un certain nombre de conditions préalables pour obtenir une autorisation. En particulier l'absence d'alternatives, l'objectif de prévenir une maladie grave, la modification de gènes dont le rôle dans la pathologie est bien renseigné, l'introduction de versions de ces gènes « *associées à un état normal* », et la mise en place de plans de surveillance multigénérationnelle. (...) Par ailleurs, le document sépare nettement les modifications ciblées du génome pour le traitement et la prévention de maladies, des interventions pour l'« *amélioration* » (« *enhancement* ») (p. 147), tout en admettant qu'il n'y a pas de consensus sur la définition de cette frontière, qui est assez floue. Le document n'interdit pas de telles améliorations, mais recommande qu'elles soient soumises au préalable à une discussion publique, qui devra en particulier « *considérer l'introduction d'inégalités sociales par ces techniques d'amélioration* ». Si les experts ne parlent pour l'heure que d'essais cliniques thérapeutiques, il ne s'agit là que d'une recommandation temporaire. Au vu du changement de position de ces experts en un an, on peut craindre le pire.

<sup>1170</sup> Sommet international de Washington, « Gene Edit Summit », 1-3 décembre 2015 : « (...) *sauf si et jusqu'à ce que les questions relevant de sécurité et d'efficacité aient été résolues, basées sur une compréhension appropriée et une balance des risques, des bénéfices potentiels et des méthodes alternatives, et ce qu'il y ait un large consensus dans la société sur le caractère approprié de l'application proposée. De plus toute utilisation clinique devrait procéder seulement sous un contrôle régulateur approprié. [...] Cependant, avec les progrès dans les connaissances scientifiques et l'évolution des vues de la société, l'utilisation clinique des modifications ciblées de génome portant sur la lignée germinale devrait être reconsidérée de façon régulière* », cité in Suaudeau J., « CRISPR : le comité d'éthique international capitule », Gèneéthique.org, 16 février 2017.

commission des questions sociales de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Il sera débattu lors de la prochaine assemblée plénière à Strasbourg fin juin 2017. Le projet vise pour l'instant à rappeler aux Etats membres qu'ils doivent ratifier la convention d'Oviedo, pour ceux qui ne l'ont pas encore fait, et se place en détracteur des modifications du génome impliquant des cellules germinales et de la manipulation des embryons humains dans le cadre d'une grossesse, en raison des effets encore méconnus de ces techniques<sup>1171</sup>. Prudence et méfiance s'imposent : la modification intentionnelle du génome humain demeure contraire à l'éthique ou du moins éthiquement discutable. « *Les Etats membres sont enfin pressés d'élaborer une position nationale claire sur l'utilisation pratique des nouvelles technologies génétiques* » en fixant des limites et des règles de bonnes pratiques »<sup>1172</sup>.

Sur le plan national, la situation demeure ambiguë. En effet, l'association Sciences Citoyennes réagit au séminaire du 21 février 2017 organisé par l'Académie des Sciences portant sur les problèmes éthiques liés à la modification des organismes entraînée par la technologie CRISPR<sup>1173</sup>. L'association estime que cette technique profite davantage aux chercheurs et aux investisseurs qu'au citoyen. L'opinion retenue à propos de CRISPR paraît positive : « *l'utilisation de CRISPR-Cas9 chez l'humain ne laisse entrevoir de problème éthique que si on touche à la descendance humaine (et encore)* »<sup>1174</sup>, « *la compétitivité de la France impose de s'engouffrer dans cette course au nom du progrès* »<sup>1175</sup>. Mais Sciences Citoyennes s'interroge sur le véritable bénéficiaire de la technique et se demande comment réguler le génie génétique<sup>1176</sup>. De plus, l'association doute du fait que l'application de CRISPR dans une thérapie génique somatique ne présente pas de problèmes éthiques. En effet, les progrès médicaux que devait engendrer la thérapie génique se font attendre depuis plusieurs décennies... « *Si elle devait finir par fonctionner, la thérapie génique somatique posera des questions éthiques importantes quant à ses usages. A quelles pathologies pourra-t-elle être appliquée ? À qui profitera un éventuel progrès thérapeutique basé sur des technologies de pointe ? Financièrement parlant, aux détenteurs de brevets. Mais d'un point*

---

<sup>1171</sup> « Conseil de l'Europe : un rapport sur l'édition génétique adopté en commission », Gèneéthique.org, 3 mai 2017.

<sup>1172</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 26 avril 2017 in « Conseil de l'Europe : un rapport sur l'édition génétique adopté en commission », Gèneéthique.org, 3 mai 2017.

<sup>1173</sup> V. Académie des Sciences, « *Les problèmes éthiques associés à la modification des organismes par la technologie CRISPR-Cas9* », 21 février 2017.

<sup>1174</sup> « En France, Sciences Citoyennes dénonce un débat convenu sur CRISPR », Gèneéthique.org, 22 février 2017.

<sup>1175</sup> « En France, Sciences Citoyennes dénonce un débat convenu sur CRISPR », Gèneéthique.org, 22 février 2017.

<sup>1176</sup> V. communiqué de Sciences Citoyennes, « CRISPR-cas9 à l'Académie des Sciences : l'éthique au temps du carnaval », 20 février 2017.

*de vue sanitaire ? Aux seules personnes capables de s'en offrir le recours ?* »<sup>1177</sup>. Ainsi, plusieurs questions pratiques sont en cours, ne permettant pas à l'heure actuelle de débloquent la situation juridiquement.

**384.** L'idée de toucher au patrimoine génétique de l'humanité et d'améliorer l'humanité reste sous-jacente. Malgré tout, on ne veut plus seulement alléger les souffrances d'un patient mais éviter la transmission de certaines maladies génétiques. Néanmoins, quel sera l'idéal biologique auquel se conformer ? Si on parle de « *nettoyage génétique* », on reste dans le cadre d'un projet eugénique et on peut percevoir un lien entre CRISPR et le transhumanisme<sup>1178</sup>, malgré les détracteurs, notamment scientifiques<sup>1179</sup>, de cette théorie.

**385.** Le méliorisme recherché dans la culture de l'amélioration de l'homme peut se retrouver également dans l'augmentation de l'humain par le biais d'un mouvement appelé « transhumanisme ».

---

<sup>1177</sup> V. communiqué de Sciences Citoyennes, « CRISPR-cas9 à l'Académie des Sciences : l'éthique au temps du carnaval », 20 février 2017 cité in « En France, Sciences Citoyennes dénonce un débat convenu sur CRISPR », Gèneéthique.org, 22 février 2017.

<sup>1178</sup> Propos de Jacob P., philosophe, rapportés in « La "folie CRISPR" », Gèneéthique.org, 13 avril 2016 : « (...) *En arrière fond plane toujours cette idéologie transhumaniste pour qui l'homme peut désormais être acteur de sa propre évolution. Sans jeter le bébé avec l'eau du bain, il faut donc appeler à la prudence* » ; Le Méné J.-M., « Points de repères pour un bilan bioéthique du quinquennat de F. Hollande », Gèneéthique.org, 24 avril 2017 : estime que d'une manière générale, les réformes relatives à la bioéthique, accumulées depuis 2012, « *font le lit du transhumanisme* ».

<sup>1179</sup> Mandel J.-L., éminent spécialiste de la génétique, communication orale au Forum européen de bioéthique « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017, table ronde « Copier coller le génome » : Plusieurs applications de CRISPR sont possibles. Néanmoins, selon lui, l'amélioration de l'espèce humaine pour aller vers un transhumanisme est encore illusoire. Ainsi, créer des êtres humains dotés de pouvoirs particuliers, de muscle, ou encore d'une intelligence exceptionnelle reste irréalisable. Toutefois il reconnaît qu'on puisse améliorer le génome humain en éliminant des mutations responsables de maladies génétiques transmissibles à la descendance.

## Section 2. L'hypothèse délicate du transhumanisme : quel avenir juridique ?

« La modernité est dangereuse quand elle cesse de s'interroger sur elle-même »<sup>1180</sup>

**386. Élimination de la notion d'intelligence artificielle.** Le transhumanisme s'aborde de deux manières : l'intelligence artificielle avec l'ère de la robotique et l'« homme machine »<sup>1181</sup> et le génie génétique, avec les manipulations génétiques et l'« homme augmenté ». Ainsi et en l'absence de recours aux manipulations génétiques, les problématiques relatives à l'intelligence artificielle, à la robotisation de la société, à l'homme machine et aux prothèses doivent dorénavant être écartées. On peut ainsi dire que seul le « transhumanisme génétique »<sup>1182</sup> intéresse la présente réflexion, en vertu notamment de l'intégrité de l'espèce humaine qui peut être mise en péril suite à des modifications génétiques transmissibles aux générations futures<sup>1183</sup>. En effet, une première définition peut être donnée, ignorant le versant génétique et biologique du transhumanisme : « le transhumanisme – et sa poursuite vers le posthumanisme – accrédite l'idée de modifier l'espèce humaine pour engendrer une nouvelle espèce, résultat de la fusion et de l'hybridation de l'homme et des machines, de la convergence des technologies, et cela afin d'échapper à la "honte prométhéenne"<sup>1184</sup> de devoir son existence au hasard ou de subir une évolution non dirigée après avoir créé des machines plus puissantes que l'homme »<sup>1185</sup>.

---

<sup>1180</sup> Nietzsche.

<sup>1181</sup> Représenté par le cyborg, qui correspond à l'homme augmenté par des prothèses, l'homme machine. Et l'androïde, un robot d'apparence humaine. Ces entités ne résultent pas d'un transhumanisme génétique mais d'un transhumanisme qu'on pourrait appeler mécanique ou technique.

<sup>1182</sup> *Le transhumanisme entre science fiction et réalité*, conférence donnée à la Faculté des sciences de Nice, 16 février 2017 : la conférence a été l'occasion de préciser que le transhumanisme uniquement biologique existe par le biais des manipulations génétiques ; Tremolet de Villers V., « Laurent Alexandre : "Bienvenue à Gattaca deviendra la norme" », *Le Figaro*, 2 juin 2017 : « L'augmentation cérébrale ne peut se faire que de deux façons : par sélection et manipulation génétique des embryons, ou par action électronique sur notre cerveau » ; Moysse D. et Rey O., « Le transhumanisme, ce nouvel eugénisme ? Entretien croisé entre deux philosophes », *Généthique.org*, 12 novembre 2014 : « les gènes sont de la partie, mais pas seulement. Il est aussi question de prothèses, d'implants, et de confluence, via les nanotechnologies, de la biologie, de l'informatique et des sciences cognitives, afin non seulement d'extraire de l'humain le maximum de ce qu'il est possible d'en tirer, mais d'en dépasser toutes les limites ».

<sup>1183</sup> Magnin T., *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté. Face aux défis du transhumanisme*, Albin Michel, 2017, p. 62 : l'auteur distingue les moyens d'augmentation de l'homme selon trois catégories : « La première correspond aux dispositifs externes pour obtenir un accès à plus d'informations à tout moment, avec les ordinateurs et les objets connectés par exemple. La deuxième catégorie correspond aux prothèses intégrées au corps afin de rétablir une fonction détruite par un accident, de remplacer des tissus voire des organes ou d'augmenter une fonction avec des implants cognitifs par exemple. La troisième, celle qui inquiète le plus, concerne l'augmentation de capacités humaines qui vont se transmettre aux générations futures ».

<sup>1184</sup> Anders G., *L'obsolescence de l'homme, sur l'âme à l'époque de la deuxième révolution industrielle* (1956), *Encyclopédie des nuisances*, Ivrea, Paris, 2002.

<sup>1185</sup> Labrusse-Riou C., « Transhumanisme », *Revue Lamy Droit civil*, n° 138, 1<sup>er</sup> juin 2016.

Sommes-nous à l'aube de dépasser l'humanisme pour entrer dans une ère transhumaine voire post humaine ? De l'homme réparé à l'homme augmenté, ne risque-t-on pas de transformer l'espèce en augmentant l'homme ? En l'espèce, la question principale est de savoir si « *l'humanisme, matrice des droits de l'Homme, est remis en cause par des logiques qui lui sont étrangères voire contraires, logiques suscitées par le développement des sciences et des techniques génétiques* »<sup>1186</sup> : ce développement évoqué ne va-t-il pas à l'encontre du développement de l'humanité, du mouvement humaniste, pour faire émerger un nouveau mouvement ?

**387. Le transhumanisme est un eugénisme.** Le transhumanisme trouve sa place au sein de la réflexion concernant l'eugénisme, en raison d'un lien indéniable entre les deux notions. En effet, une partie de la doctrine scientifique et philosophique est favorable à cette allégation. Tout d'abord, « *le transhumanisme veut étendre le champ de l'eugénisme* »<sup>1187</sup>, affirme le Professeur de journalisme Philippe Breton. « *L'eugénisme est, dans une certaine mesure, la forme initiale de l'intention d' "augmenter l'homme"* »<sup>1188</sup>, essaye la Professeure de philosophie Danielle Moysé. Plus précisément, Monsieur Baertschi s'exprime sur le transhumanisme et affirme qu'il existe bien un lien entre l'eugénisme et l'« *utopie transhumaniste* »<sup>1189</sup> qu'il envisage comme un « *eugénisme politique* »<sup>1190</sup>. De plus, le transhumanisme est perçu par certains comme l'« *utopie technoscientifique qui va déboucher sur l'univers politique* »<sup>1191</sup>.

Le lien entre les notions d'eugénisme et de transhumanisme est confirmé par Monsieur Mattei qui fait du transhumanisme un remplaçant de l'eugénisme : « *l'idéologie transhumaniste qui, sous de nouveaux habits, se substitue à l'eugénisme classique de mauvaise réputation* »<sup>1192</sup>. Il explique que la société actuelle est confrontée à de nouveaux objectifs de santé publique qui dépasseraient les mesures d'hygiène classiques et

---

<sup>1186</sup> Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », Petites affiches, 2003, n° 71, p. 3.

<sup>1187</sup> Breton P., « Un monde meilleur pour un homme meilleur », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1188</sup> Moysé D. et Rey O., « Le transhumanisme, ce nouvel eugénisme ? Entretien croisé entre deux philosophes », Génétique.org, 12 novembre 2014.

<sup>1189</sup> Baertschi B., « Un monde meilleur pour un homme meilleur », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1190</sup> Baertschi B., « Un monde meilleur pour un homme meilleur », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1191</sup> Breton P., « Un monde meilleur pour un homme meilleur », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1192</sup> « *L' "idéologie transhumaniste" : nouveau nom de l'eugénisme ?* », Génétique.org, 19 janvier 2016.

favoriseraient une amélioration constante<sup>1193</sup>. Ce méliorisme risque de conduire à la disparition des « moins bons ». Il s'agit alors d'une forme d'eugénisme légitimée par la « *tentation d'améliorer l'espèce* »<sup>1194</sup>. Enfin et en ce sens, Monsieur Benasayag dénonce un « *eugénisme de fait* »<sup>1195</sup> quand, par exemple à Paris, il relève qu'il n'y a plus de naissance d'enfant trisomique. Il pense que la possibilité de sélection a été comprise comme une obligation de sélection, de pouvoir on passerait donc à devoir, alors que ce sont les caractères automatique et collectif de l'eugénisme qui permettent au législateur français de limiter sa pratique.

**388.** Dans ce contexte, l'homme augmenté doit être défini (§1) afin de pouvoir bénéficier d'un cadre juridique approprié (§2).

### **§1. L'homme augmenté : des pistes de définitions pour une future juridicisation**

**389.** Si le transhumanisme est le mouvement vers lequel les sciences désirent se diriger, comment le droit, lui, va-t-il pouvoir réagir face à ce nouveau phénomène ? En effet, la sphère juridique a eu du mal à appréhender les notions d'humain et de personne humaine. Elle met tout en œuvre pour assurer la protection de la personne humaine et assurer la dignité dont elle bénéficie par nature. Mais qui est l'homme augmenté ? À quoi correspondent le transhumanisme et le post humanisme ? Ces termes sont de plus en plus souvent employés dans les domaines génétique et juridique. L'homme augmenté est celui qui découle du mouvement transhumaniste. Ainsi, avant de pouvoir envisager une prise en compte du transhumanisme par le droit, il semble nécessaire de savoir de quoi il s'agit. Le droit, en sa qualité de créateur de normes, se doit d'encadrer les nouvelles possibilités saisies par la société. De plus, le père Pouliquen rappelle, à propos du transhumanisme, que « *l'enjeu majeur, c'est la dignité de l'homme* »<sup>1196</sup>. En vertu de cet enjeu, une définition des termes semble nécessaire à la réflexion juridique qui doit être menée sur les problèmes éthiques, sociaux et sociétaux engendrés par la problématique émergente de l'homme augmenté. Sera-t-il titulaire d'« une » dignité ? Aura-t-il un droit à la dignité humaine ? Nous essaierons ici d'aborder quelques éléments de définition du transhumanisme génétique et de l'homme

---

<sup>1193</sup> En effet, on cherche à mieux dormir, mieux manger, avoir une meilleure sexualité, etc.

<sup>1194</sup> Mattei J.-F., « La médecine conduit-elle au transhumanisme ? », Gèneéthique.org, 5 février 2016.

<sup>1195</sup> « Débat : le transhumanisme, augmenter ou diminuer l'homme ? », Gèneéthique.org, 26 mai 2016.

<sup>1196</sup> « *Transhumanisme : "l'enjeu majeur, c'est la dignité de l'homme"* », Gèneéthique.org, 24 février 2016.

augmenté qui en est issu (A) d'une part ; et du transhumanisme comparé à l'humanisme des Lumières (B) d'autre part.

### A. L'homme augmenté issu du mouvement transhumaniste génétique

**390. Le transhumanisme : de la réparation à l'augmentation.** Le terme serait apparu au début des années 1950, utilisé par Julian Huxley à l'occasion d'une conférence en 1951<sup>1197</sup>, il lui donne une « *orientation d'inspiration laïque et scientifique, celle d'un homme dépassant la condition humaine grâce à la science et à la technique* »<sup>1198</sup>. Pourtant, en France, l'ingénieur Jean Coutrot l'utilisa lors d'une conférence le 28 mai 1939 dans le sens d'un « *trans- évolutif à travers le temps (...) surplombant divers humanismes* »<sup>1199</sup> : « *l'ensemble de tous ces aspects d'humanismes divers constitue ce que nous pouvons appeler le transhumanisme* »<sup>1200</sup>.

Le transhumanisme est un « *mouvement originaire des Etats-Unis, qui soutient l'intérêt des techniques et des sciences dans le développement des capacités physiques et intellectuelles humaines* »<sup>1201</sup>. Ce mouvement peut se définir comme la « *technique d'augmentation des capacités physiques et mentales de l'homme* »<sup>1202</sup>, dans le dessein de vivre plus longtemps et/ou en meilleure santé. Il est plus précisément qualifié de « *mouvement philosophique et scientifique qui veut utiliser tous les moyens mis à disposition de l'homme par la technologie pour améliorer l'espèce humaine, augmenter ses capacités de perception, de cognition, de réflexion, de performance, et finalement faire naître le posthumanisme* »<sup>1203</sup>. À l'heure où la science se demande encore quelle est la frontière entre le normal et le pathologique<sup>1204</sup>, le transhumanisme insère une nouvelle donnée dans l'équation : l'augmenté. Il tente d'inventer une nouvelle catégorie d'état de l'homme. Ainsi, l'augmentation renvoie

---

<sup>1197</sup> Dard O. et Moatti A., « Aux origines du mot "transhumanisme" », *Futuribles* n° 413, juillet-août 2016, p. 86.

<sup>1198</sup> Dard O. et Moatti A., « Aux origines du mot "transhumanisme" », *Futuribles* n° 413, juillet-août 2016, p. 88.

<sup>1199</sup> Dard O. et Moatti A., « Aux origines du mot "transhumanisme" », *Futuribles* n° 413, juillet-août 2016, p. 90.

<sup>1200</sup> Dard O. et Moatti A., « Aux origines du mot "transhumanisme" », *Futuribles* n° 413, juillet-août 2016, p. 90.

<sup>1201</sup> Ducruet C., « Transhumanisme : que voulons-nous vraiment faire de la médecine ? », *Les Echos*, 19 mai 2011.

<sup>1202</sup> « De l'homme réparé à l'homme augmenté : vers le post humanisme ? », Forum européen de bioéthique, « Le corps humain en pièces détachées », Strasbourg, éd. 2013.

<sup>1203</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 11.

<sup>1204</sup> Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques*. L'avis explique que la frontière entre le normal et le pathologique demeure floue ; Dionisi-Peyrusse A., *Actualités de la bioéthique*, AJ Famille, 2014, p. 145 : à propos de l'avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique qui relève la difficulté d'établir une « *ligne de démarcation entre le normal et le pathologique en la matière* » ; Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », *D.* 2014. 843 : l'avis n° 122 du CCNE permet de s'interroger « *sur les enjeux et limites du transhumanisme* ».



directement à la notion d'homme augmenté, mais qui dit augmentation peut dire diminution : qui est l'homme augmenté par rapport à l'homme diminué et qui est-il par rapport à l'homme classique. L'augmentation implique-t-elle une diminution des autres hommes ? « *Qui est l'handicapé ? Celui qui est "dans la norme"*<sup>1205</sup> *ou celui qui n'est pas augmenté ?* », s'interroge-t-on à l'occasion du Forum européen de bioéthique de 2013<sup>1206</sup>. De plus, cette augmentation n'impliquerait-elle pas une diminution de l'homme tout court ? Monsieur Benasayag affirme qu'il s'agit d'une augmentation mais aussi d'une diminution, car l'augmentation artificielle représente en elle-même une diminution de l'homme<sup>1207</sup>.

**391. L'homme augmenté, un choix ?** En tout état de cause, Monsieur Besnier a raison d'affirmer que « *l'homme augmenté est né sur le terreau de l'homme diminué* »<sup>1208</sup>, en ce sens que le développement des connaissances et du progrès médical encourage le développement du génie génétique. Dans sa fonction réparatrice, la médecine parvient à corriger la vue à l'aide de lunettes ou à remplacer une hanche par du titane. Or, l'homme augmenté est « *celui doté de facultés et compétences qui n'existent pas dans l'espèce humaine* »<sup>1209</sup>, on se détache ainsi de la médecine traditionnelle qui consiste à soigner ce qu'on connaît, pour envisager d'améliorer l'homme. Ainsi, il pense que le transhumanisme défend la liberté individuelle de chacun à partir du moment où il consiste à laisser la possibilité à l'homme d'utiliser ou non les technologies matérielles pour améliorer ses performances<sup>1210</sup>. En effet, il devrait « *permettre à chacun de ne pas être sujet à des injustices génétiques* »<sup>1211</sup>. Mais ce choix, deviendrait-il une contrainte si le transhumanisme se réalisait et devenait la norme ? Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que nous sommes toujours à l'ère de l'homme réparé et qu'en plus nous ne savons pas tout réparer<sup>1212</sup>. Quant à lui, Monsieur Mattei estime que la médecine ne va plus « *vers la réparation, mais vers*

---

<sup>1205</sup> « La norme » ici, comprendre « le transhumanisme ».

<sup>1206</sup> Forum européen de bioéthique, « De l'homme réparé à l'homme augmenté : vers le post humanisme ? », Strasbourg, éd. 2013.

<sup>1207</sup> « Débat : le transhumanisme, augmenter ou diminuer l'homme ? », Gèneéthique.org, 26 mai 2016.

<sup>1208</sup> Besnier J.-M., « Homme augmenté, homme orienté ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1209</sup> Besnier J.-M., « Homme augmenté, homme orienté ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1210</sup> Besnier J.-M., « Homme augmenté, homme orienté ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1211</sup> Maurer A., « Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1212</sup> L. Alexandre et J. Testart, « Peut-on augmenter l'homme à l'infini ? », Vidéo (Youtube) *Arte futur(e)* ; Bellagamba U. in *Le transhumanisme entre science fiction et réalité*, conférence donnée à la Faculté des sciences de Nice, 16 février 2017.

*l'augmentation* »<sup>1213</sup>. Et Monsieur Le Méné de confirmer : « *faire de la PMA, prendre des cellules, les trier, les améliorer... c'est déjà du transhumanisme* »<sup>1214</sup>. Les diverses positions ambivalentes témoignent de la difficulté de se saisir de la question.

**392. L'homme augmenté, une personne humaine ?** La personne est composée d'un corps, chose sacrée, accessoire de la personne et d'une âme, élément principal de la personne<sup>1215</sup>. L'association des deux permet à l'homme d'être sujet de droits et d'obligations. L'homme augmenté peut l'être de deux manières. D'une part, il peut être issu d'un transhumanisme d'application mécanique qui consiste à faire intervenir l'intelligence artificielle et la robotique et à implanter ou greffer des éléments extérieurs pour en faire un cyborg ou un androïde : il s'agit de l'homme machine, robotisé à l'aide notamment de prothèses bioniques. Dans cette hypothèse, qui n'intéresse pas directement la réflexion, les prothèses ne peuvent pas être reconnues comme des objets sacrés<sup>1216</sup> : ce sont des choses utiles et fabriquées par l'homme qui s'achètent, se vendent et s'échangent. Elles sont rattachées au premier élément de la personne à savoir son corps, en tant qu'accessoires pouvant faire mieux que lui. D'autre part, l'homme augmenté peut être issu d'un transhumanisme d'application génétique qui consiste à utiliser le génie génétique et passer par diverses manipulations de l'embryon afin d'obtenir une modification de son patrimoine génétique en vue d'une augmentation. En l'espèce, cet homme est augmenté dès son origine et de façon irréversible. Son corps bénéficie d'une amélioration sans nécessiter des éléments extérieurs visibles. Qu'en est-il quand c'est le cerveau qui est augmenté ? Cette augmentation pourrait-elle avoir un quelconque impact sur l'âme de la personne<sup>1217</sup> ?

Le rappel de cette distinction semblait fondamental pour la suite de la réflexion. Ainsi, quelle que soit l'application choisie, « *le corps doit rester l'accessoire de la personne* » car l'inverse serait « *mortel pour l'Humanité* »<sup>1218</sup>. Monsieur Labbé met en garde contre cette tendance inversée : l'homme qui défierait la Nature avec une utilisation accrue des biotechnologies rendrait sa personne « *accessoire de son corps modifié* »<sup>1219</sup>. Toutefois,

---

<sup>1213</sup> Mattei J.-F., « La médecine conduit-elle au transhumanisme ? », Gèneéthique.org, 5 février 2016.

<sup>1214</sup> « Dépistage de la trisomie 21 : l'« authentique » scandale du transhumanisme », Gèneéthique.org, 4 février 2016.

<sup>1215</sup> Labbée X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>1216</sup> Labbée X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>1217</sup> Benasayag M., *Cerveau augmenté, homme diminué*, La découverte, 202 p. ; Magnin T., *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté. Face aux défis du transhumanisme*, Albin Michel, 2017, p. 79 : « *Là aussi l'homme augmenté par des implants ne risque-t-il pas de devenir un homme diminué d'une partie du pouvoir d'être soi, même s'il devient plus performant au niveau cérébral ?* ».

<sup>1218</sup> Labbée X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>1219</sup> Labbée X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

considérant l'apparition des prothèses bioniques et constatant le développement accru des technologies NBIC<sup>1220</sup>, Monsieur Labbé rappelle que les enjeux de la « *révolution bioniques* »<sup>1221</sup> sont pour partie juridiques et que le juriste a une mission de définition. Il revient au droit de déterminer s'il désire faire entrer l'homme augmenté dans la catégorie des personnes ou lui attribuer un statut particulier.

**393. L'homme augmenté, toujours humain ?** En définitive, l'homme augmenté correspondrait à l'humain né du transhumanisme. Il se distinguerait de l'homme réparé et constituerait l'évolution suprême de l'homme et de l'espèce humaine, car en modifiant un homme on modifie l'ensemble de l'espèce ? Monsieur Julian Huxley utilisa le terme « *transhumain* » pour la première fois en 1957 « *pour définir un homme souhaitant dépasser ses propres limites, pouvant s'améliorer grâce à la science et à la technologie, avec l'aide possible de l'eugénisme, mais surtout grâce à l'amélioration des conditions de vie* »<sup>1222</sup>. Il définit l'homme augmenté comme « *un homme qui reste un homme, mais qui se transcende lui-même en déployant de nouveaux possibles* »<sup>1223</sup>. Mais cette conception est-elle celle qui serait retenue si le droit s'en saisissait ? Le transhumanisme est-il une « simple » forme d'évolution de l'homme ou peut-il lui-même constituer une rupture avec l'humanisme des Lumières ? À ce propos et en 1990, Monsieur More crée l'extropianisme<sup>1224</sup> en tant que doctrine du transhumanisme. Il pose les bases d'un transhumanisme moderne en complétant sa définition, considérant que le transhumanisme partage à la fois des points communs et des différences de vision avec l'humanisme<sup>1225</sup>. Néanmoins, Monsieur Mattei s'exprima récemment sur la question, confirmant l'interrogation sur une éventuelle rupture avec l'humanisme : « *ce qui me gêne dans le transhumanisme, c'est qu'il fait le lit du post-humanisme. Dans le transhumanisme, on est encore dans l'humain, c'est l'homme réparé,*

---

<sup>1220</sup> NBIC est l'acronyme de nano et biotechnologies, informatique, sciences cognitives.

<sup>1221</sup> Labbé X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.

<sup>1222</sup> Propos repris in Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 12.

<sup>1223</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 12.

<sup>1224</sup> V. Magnin T., *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté. Face aux défis du transhumanisme*, Albin Michel, 2017, p. 68.

<sup>1225</sup> More M., *Transhumanism : Towards a Futurist Philosophy*, *Extropy* 6, 1990 : « *le transhumanisme est un parti philosophique ayant pour but de nous guider vers une condition posthumaine. Le transhumanisme partage de nombreuses valeurs avec l'humanisme parmi lesquelles un respect de la raison et de la science, un attachement au progrès et une grande considération pour l'existence humaine (ou transhumaine) dans cette vie. (...) Le transhumanisme diffère de l'humanisme en ce qu'il reconnaît et anticipe les changements radicaux de la nature et des possibilités de nos vies provoqués par diverses sciences et techniques* ».

augmenté... Dans le post-humanisme, on commence à parler d'un homme transformé parce qu'il faut toujours aller plus loin. On veut créer un homme d'une autre nature »<sup>1226</sup>.

**394.** Il est désormais nécessaire de se demander si le mouvement transhumaniste engendre un homme d'une « *autre nature* » ? L'humanisme des Lumières sera-t-il dépassé par le transhumanisme ou le posthumanisme ?

### **B. Le transhumanisme sous le prisme de l'humanisme classique : un post humanisme envisageable ?**

« [Si] avant de vouloir devenir plus qu'humains nous  
Commencions par essayer de devenir plus humains »<sup>1227</sup>

**395.** L'homme augmenté est difficilement appréhendable par le droit. En effet, il fait le lien avec le transhumanisme et même le « *lit* » d'un post humanisme. À quoi correspond le post humanisme ?<sup>1228</sup> Par définition et si le préfixe *post-* évoque un après humanisme, le *trans-* fait référence à une phase transitoire, qui ferait office de transition entre l'humanisme des Lumières et un *post* humanisme. Ainsi, la doctrine témoigne d'une fluctuation importante entre les notions d'humanisme, de transhumanisme et de post humanisme, en ce sens que les frontières entre elles semblent difficiles à déterminer. Les termes de transhumanisme et de post humanisme sont souvent utilisés comme synonymes. On peut accepter le post humanisme comme un transhumanisme extrême, qui, à force d'amélioration, basculera hors de l'humanité<sup>1229</sup>.

**396.** La question est de savoir non seulement comment définir ces divers mouvements et comment les définir par rapport à l'humanisme<sup>1230</sup>, entité fondamentale de l'équation qui se trouve de plus en plus confrontée à ces nouvelles notions. Le transhumanisme et le post

---

<sup>1226</sup> Mattei J.-F., « La médecine conduit-elle au transhumanisme ? », Gèneéthique.org, 5 février 2016.

<sup>1227</sup> Le Dévédec, « *Le transhumanisme "repousse la possibilité d'une vie authentiquement humaine"* », Gèneéthique.org, 5 septembre 2016.

<sup>1228</sup> Mazen N.-J., « Ethique et rapport de l'homme au monde », Ethique et droit du vivant, RGDM, n° 59, juin 2016, pp. 260-261 : l'auteur s'interroge sur l'existence d' « *un posthumain en devenir* ».

<sup>1229</sup> « Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1230</sup> Rosnay J. (de), « Intelligence artificielle : le transhumanisme est narcissique. Visons l'hyperhumanisme », *Nouvel Observateur*, 26 avril 2015 : « on désigne par humanisme, toute pensée qui met au premier plan de ses préoccupations le développement des qualités essentielles de l'être humain. L'humanisme repose sur la capacité à déterminer le bien et le mal en se fondant sur des qualités humaines universelles, en particulier, la rationalité. Il est l'affirmation de la dignité et de la valeur de tous les individus. C'est la raison pour laquelle on peut être amené à douter du caractère humaniste du transhumanisme, qui apparaît plutôt comme une démarche élitiste, égoïste et narcissique ».

humanisme s'inscrivent-ils plutôt dans une rupture ou dans une continuité de l'humanisme des Lumières, cher au pays des droits de l'Homme ? En ce sens, le transhumain et le post humain ont-ils une influence sur la nature humaine ? Peuvent-ils dénaturer l'homme<sup>1231</sup> ? Ainsi et pour certains, « *"posthumanisme" et "transhumanisme" sont deux termes utilisés pour définir l'après humain. Le premier est le mot plutôt utilisé par les philosophes pour désigner l'après humanisme, le deuxième par les scientifiques lorsqu'ils parlent de l'homme amélioré* »<sup>1232</sup>. Néanmoins, concernant le transhumanisme, parler d'« après » humain paraît fortement discutable, dans la mesure où dans la seconde phrase l'auteur renvoie à l'homme amélioré, expression dans laquelle figure le terme d'« homme ».

**397. Le transhumanisme comme continuité du mouvement humaniste.** Monsieur Mattei perçoit le transhumanisme comme une idéologie prônant une perfectibilité infinie de l'homme<sup>1233</sup>. Ainsi, il parle de « *courants d'idée renouant avec la dignité et le caractère sacré de la personne* »<sup>1234</sup>, en ce sens il vise l'augmentation de l'humain dans le respect de sa personne et le renouement avec la dignité tend vers une certaine continuité avec l'humanisme. Sa réflexion n'est pas anodine dans la mesure où l'humanisme classique « *repose sur la perfectibilité humaine* »<sup>1235</sup>. De ce fait, on reste dans un humanisme amélioré<sup>1236</sup>, de la même manière que le paléontologue Monsieur Teilhard de Chardin parle d'un « *néo humanisme* » qui consiste à repenser l'humanisme en y intégrant les révolutions scientifiques et

---

<sup>1231</sup> « *L'homme augmenté peut-il porter atteinte à la nature humaine ?* », c'est une des interrogations soulevées à l'occasion du Forum européen de bioéthique, « *De l'homme réparé à l'homme augmenté : vers le post humanisme ?* », Strasbourg, éd. 2013.

<sup>1232</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 7.

<sup>1233</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 85 : pour Monsieur Besnier également, l'humanité, sous la philosophie des Lumières, est inachevée et l'homme perfectible : « *le posthumanisme ne signifie pas la fin de l'homme, mais un certain déni d'humanité, un profond mépris du corps au profit de l'esprit* ».

<sup>1234</sup> Mattei J.-F., « *La médecine conduit-elle au transhumanisme ?* », Gèneéthique.org, 5 février 2016.

<sup>1235</sup> Gaumont-Prat H., « *Recours aux techniques biomédicales en vue de neuro-amélioration chez la personne non malade : enjeux éthiques* », Revue Lamy Droit civil, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014 ; Magnin T., *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté. Face aux défis du transhumanisme*, Albin Michel, 2017, p. 70 : « *Le transhumanisme englobe des idéaux de l'humanisme des Lumières comme le rationalisme, l'idée de progrès, la foi en la science et la destinée particulière de l'homme* ».

<sup>1236</sup> Hottois G., « *Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ?* », Forum européen de bioéthique, « *Humain, post humain* », Strasbourg, éd. 2017 : « *Le transhumanisme tente de remédier à une obsolescence de l'image de l'homme, de sa représentation, pas de l'espèce mais une représentation laïque ou religieuse de l'humanité, l'homme* ». Le Professeur de philosophie (auteur de l'ouvrage *Le transhumanisme est-il un humanisme ?*) énonce ensuite dans sa communication orale au Forum de 2017 qu'au début des années 1950, le transhumanisme était synonyme d'humanisme évolutionnaire, c'est-à-dire d'un humanisme ayant tendance et vocation à évoluer, confirmant l'existence d'une continuité entre humanisme et transhumanisme ; Magnin T., *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté. Face aux défis du transhumanisme*, Albin Michel, 2017, p. 63 : « *Certains pensent alors pouvoir améliorer la nature humaine elle-même, c'est-à-dire arriver à une "humanité augmentée et pas simplement à un homme aux capacités physiques accrues", une humanité supérieure, voire une posthumanité (...)* ».

technologiques<sup>1237</sup>. Il comprend le transhumanisme comme un humanisme nouveau auquel auraient été intégrés la révolution darwinienne et l'évolutionnisme, évolué par rapport à l'humanisme classique des Lumières<sup>1238</sup>. Toutefois, le philosophe Monsieur Missa, affirme que le transhumanisme se situe directement « *dans le prolongement de la philosophie des Lumières* »<sup>1239</sup>. Il l'évoque comme un « *épiphénomène* »<sup>1240</sup> qui accompagnerait quelque chose de plus important : ce qui confirme la continuité qui réside entre l'humanisme et le transhumanisme et confirme la qualité transitoire de ce dernier.

**398. Transhumanisme et post humanisme comme éléments de rupture avec l'humanisme des Lumières.** Pourtant, Monsieur Testart affirme que « *le transhumanisme (...) est un mouvement culturel et intellectuel international qui prône l'usage des sciences et des techniques pour améliorer les caractéristiques physiques et mentales des êtres humains* »<sup>1241</sup>. Selon lui, l'« *anthropocide* » menace nos sociétés avec un « *transhumanisme qui s'attaque spécifiquement à l'humanité* »<sup>1242</sup>. Dans ce contexte, le transhumanisme s'avérant anthropocide, aurait par définition vocation à anéantir l'homme et constituerait une rupture avec l'humanisme des Lumières<sup>1243</sup>.

Dans le même sens, Monsieur Rey estime que le transhumanisme consiste à bouleverser fondamentalement la condition humaine et s'essaye à une définition de l'homme

---

<sup>1237</sup> « Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ? », Forum européen de bioéthique « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1238</sup> Toutefois, pour Condorcet le transhumanisme fait référence aux Lumières : « il se place dans la perspective d'un humanisme capable d'*intégrer les révolutions scientifiques échues et à venir, donc évolutif* », in « Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ? », Forum européen de bioéthique « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1239</sup> Communication orale de Monsieur Missa J.-N., in Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ?, Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017 ; Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 183 : « *Hérités du siècle des Lumières, qui demandait à la science d'investiguer la nature pour améliorer les conditions de vie des hommes, le courant transhumaniste et la montée en puissance exponentielle de "l'intelligence" de nos ordinateurs, ont remis en question les limites humaines* ». Monsieur Missa évoque un *prolongement*, Madame Jousset-Couturier parle d'*héritage*.

<sup>1240</sup> Communication orale de Monsieur Missa J.-N., in Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ?, Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1241</sup> Testart J., « Résister au transhumanisme (x3) », Gèneéthique.org, 31 mai 2017.

<sup>1242</sup> Testart J., « Résister au transhumanisme (x3) », Gèneéthique.org, 31 mai 2017 ; Testart J., « Le transhumanisme version française en 2016 », Futuribles n° 413, juillet – août 2016, p. 94 : « *le destin transhumaniste développé ici n'est pas un projet d'humanité mais une mise en condition pour la robotisation généralisée* », à propos de l'ouvrage de l'association Technoprog, *Le transhumanisme au service du progrès social*, édité en 2016 qui a pour but de promouvoir le mouvement. Evidemment les propos recueillis visent l'intelligence artificielle mais un parallèle peut être entretenu avec le transhumanisme génétique.

<sup>1243</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 84 : « *Certains se posent même la question de savoir si le posthumanisme, dans l'hypothèse où il succéderait à l'humanisme, serait vraiment l'héritier des Lumières* » : la plupart des personnes qui s'intéressent à la question doute de l'existence d'un simple lien entre l'humanisme et le post humanisme. En effet, on peut se demander si l'humanisme n'est pas opposé au post humanisme, alors reconnaître qu'il puisse en être l'héritier paraît difficilement acceptable.

augmenté par rapport à l'humain « naturel », créant une différence de nature entre eux<sup>1244</sup>. Le philosophe explique ensuite sa conception de la hiérarchie qui réside entre l'humain, le transhumain et le post humain. Cette conception confirme l'idée de transition évoquée par l'étymologie du mot transhumanisme et qui devrait être poursuivie et encouragée par les humains de l'humanité existante<sup>1245</sup>. De plus, le journaliste Monsieur Breton remarque une vraie rupture entre l'humanisme et le transhumanisme, assurant que « *le terme humaniste n'a rien à faire dans le continent transhumaniste* »<sup>1246</sup>.

**399. Rupture et continuité sous le prisme de la nature de l'homme : de l'augmentation à la déshumanisation.** À la question « *dénature-t-on l'homme si on modifie son génome ?* »<sup>1247</sup>, soulevée à l'occasion du Forum européen de bioéthique de 2017, Monsieur Pollak répond qu'il est « *inconcevable de recréer un autre génome* »<sup>1248</sup>. Il conclut que le post humanisme est inenvisageable et relève de la pure utopie<sup>1249</sup>. Néanmoins, il demeure pertinent de se demander si l'homme augmenté est toujours humain<sup>1250</sup> ? Et Monsieur Testart de répondre que même augmenté il fait partie de l'espèce humaine, il reste ainsi homme, au moins d'un point de vue génétique<sup>1251</sup>. Toutefois, il faut rester prudent. En effet, il pourrait exister un vrai risque de déshumanisation de l'homme augmenté<sup>1252</sup>, tout dépend de l'augmentation et de la maîtrise qu'on en aura. La déshumanisation reviendrait à la

---

<sup>1244</sup> Moysse D. et Rey O., « Le transhumanisme, ce nouvel eugénisme ? Entretien croisé entre deux philosophes », Gèneéthique.org, 12 novembre 2014 : « (...) *modification si fondamentale (renforcement des capacités déjà existantes et développement de nouvelles facultés, effacement des infirmités, de la souffrance, du vieillissement, de la mort) que des humains ainsi « augmentés » ne seraient plus, précisément, des humains, mais des êtres d'un autre ordre* ».

<sup>1245</sup> Moysse D. et Rey O., « Le transhumanisme, ce nouvel eugénisme ? Entretien croisé entre deux philosophes », Gèneéthique.org, 12 novembre 2014 : « (...) *telle serait la mission de l'humanité : élaborer les moyens propres à permettre l'avènement d'une post-humanité supérieure. Dans cette perspective, le trans- de transhumanisme renvoie à la fois au statut de l'humanité comme simple état trans-itoire, à traverser, et à la trans-cendance des nouveaux êtres par rapport à nous-mêmes, humains standards, qui auront œuvré à leur advenue* ».

<sup>1246</sup> Breton P., « Un monde meilleur pour un homme meilleur », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1247</sup> « Où nous mène la révolution génétique ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1248</sup> Pollak P., « Homme augmenté, homme orienté ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1249</sup> Folscheid D., « Le projet transhumanisme n'est qu'une utopie », Gèneéthique.org, 9 janvier 2017 : d'après lui, le projet transhumaniste ignore la « *différence radicale entre ce qui est techniquement modifiable en l'homme et ce qui fait de lui un homme, un être humain* », et ainsi demeure irréalisable.

<sup>1250</sup> L. Alexandre et J. Testart, « Peut-on augmenter l'homme à l'infini ? », Vidéo (Youtube) *Arte futur(e)*.

<sup>1251</sup> L. Alexandre et J. Testart, « Peut-on augmenter l'homme à l'infini ? », Vidéo (Youtube) *Arte futur(e)*.

<sup>1252</sup> Rey O. in Moysse D. et Rey O., « Le transhumanisme, ce nouvel eugénisme ? Entretien croisé entre deux philosophes », Gèneéthique.org, 12 novembre 2014 : « *Il est donc possible que l'homme sera vraiment « augmenté » lorsqu'il sera capable de vivre les manifestations de sa finitude autrement que dans un raidissement, et par le rejet de ceux qui les incarnent, et lorsqu'il parviendra à les apprivoiser... Sans cet effort d'apprivoisement, il n'est pas certain que, en fait d'« augmentation » de l'homme, nous ne soyons pas condamnés à une inquiétante déshumanisation...* ».

dénaturation de l'homme tel qu'on le connaît, c'est-à-dire un homme dépourvu de sa nature réelle<sup>1253</sup>, sa nature humaine.

Monsieur Bellagamba nous rassure : la nature humaine n'est pas forcément condamnée. En effet, l'humanisme est bien présent dans le *transhumanisme*. Ainsi, il suggère que le transhumanisme, soutenu par le droit, soit l'illustration de l'« *accomplissement de la nature humaine* »<sup>1254</sup>. Il rappelle que ce que nous appelons humanité peut continuer sans humain<sup>1255</sup>. À ce titre, modifier l'homme n'entraînerait pas nécessairement l'extinction de l'Humanité. En allant plus loin, on peut finalement se demander si « (...) *l'avenir de l'humanité peut-il être dans l'avènement du posthumanisme ?* »<sup>1256</sup>.

**400.** En conséquence, deux thèses apparaissent clairement opposées quant aux rapports qu'entretiennent l'humain, le transhumain et le post humain. Les mouvements transhumanistes et post humanistes entretiennent soit une rupture, soit une continuité avec l'humanisme. Si une rupture réelle venait à être engendrée, laquelle serait-elle : à quoi correspondrait une nouvelle ère, une autre ère que celle que nous connaissons depuis les Lumières ? En définitive, il serait davantage raisonnable d'envisager le transhumanisme comme une forme d'évolution de l'humanisme des Lumières, servant de transition vers une nouvelle phase qui elle serait en rupture avec la conception de l'humanisme au XVIII<sup>e</sup> siècle : le post humanisme. Si ce post humanisme crée une certaine rupture avec l'humanisme, malgré le dénominateur commun « *humanisme* », c'est à cause du préfixe *post-*, désignant un après, à l'instar du *trans-* qui montre la transition. « *Le projet transhumaniste ne serait-il pas en fin de compte "humain, trop humain", comme le dirait Nietzsche* »<sup>1257</sup>.

Outre la difficulté de prendre position sur la question, « *sommes-nous prêts à nous améliorer, à faire évoluer l'espèce humaine en augmentant ses capacités de perception, de cognition, de réflexion, ses performances, sa perfectibilité, pour changer l'humain en transhumain et entraîner sa nature humaine vers une posthumanité ?* »<sup>1258</sup>.

---

<sup>1253</sup> « Le transhumanisme effacera-t-il l'homme ? », Gèneétique.org, 19 février 2015 : selon Monsieur Koenig, il y aurait même un risque d'effacement de l'homme au milieu du tourbillon technologique dans lequel il est entraîné.

<sup>1254</sup> *Le transhumanisme entre science fiction et réalité*, conférence donnée à la Faculté des sciences de Nice, 16 février 2017.

<sup>1255</sup> *Le transhumanisme entre science fiction et réalité*, conférence donnée à la Faculté des sciences de Nice, 16 février 2017 : En effet et juridiquement, l'humanité correspond à un ensemble de valeurs, de droits et de concepts.

<sup>1256</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 187.

<sup>1257</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 88.

<sup>1258</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 184.



**401.** Un encadrement juridique de la question de l'homme augmenté paraît désormais indispensable notamment dans un souci d'adaptabilité du droit au génie génétique et à la science d'une manière générale<sup>1259</sup>. Le fait pour le droit de se saisir d'une notion qui lui est inconnue lui permet de garder un certain contrôle sur elle. En effet, que la loi impose un régime d'autorisation ou un régime d'interdiction, il apparaît aujourd'hui nécessaire que la sphère juridique s'en saisisse et ne l'ignore pas.

## **§2. L'homme augmenté : des pistes pour l'établissement d'un cadre juridique**

**402.** Selon le scientifique Laurent Alexandre, « *il faut se questionner sur la révolution technologique dans la mesure où rien ne pourra l'arrêter* »<sup>1260</sup>. Ainsi, il met en exergue un argument important en faveur d'une prise en considération juridique dans la mesure où le droit est une science ayant une fonction de normalisation. Afin d'avoir le « contrôle » sur une technique, il paraît plus réfléchi de l'appréhender et de l'encadrer juridiquement car l'ignorance serait une erreur fondamentale pour un domaine si évolutif<sup>1261</sup>. De plus, un procès fictif du transhumanisme a été organisé le 22 juin 2017 à la Cour d'appel de Paris<sup>1262</sup>. Cet évènement était destiné à s'intéresser à l'homme augmenté et ses détracteurs imaginaires : les « *biorésistants* »<sup>1263</sup>. Parmi les nombreuses questions soulevées par le procès, quelques unes retiennent notre attention parce qu'elles intéressent particulièrement la sphère juridique et ont déjà été évoquées ci-dessus : « *un homme augmenté est-il encore un humain ?* », « *l'homme peut-il échapper à sa condition ?* », « *le transhumanisme va-t-il faire perdre à l'humanité sa nature et sa raison d'être ?* », « *comment l'homme naturel et l'homme augmenté vont-ils*

---

<sup>1259</sup> Gayte-Papon de Lameigne A., « Le statut juridique des éléments et produits du corps humain : objets ou sujets de droit ? », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, 346 p. : Pour l'heure, le droit de « *la bioéthique (...) se refuse à jouer avec la condition humaine et semble ainsi appliquer l'adage formulé par Monsieur Byk "l'homme réparé : oui ; l'homme augmenté : non !"* » (Byk C., « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social ? », RDSS 2012, p. 800) ».

<sup>1260</sup> Alexandre L. in « Débat : le transhumanisme, augmenter ou diminuer l'homme ? », Gèneéthique.org, 26 mai 2016.

<sup>1261</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 184 : « *Nier son existence n'évitera pas son accomplissement et ses dégâts collatéraux, mais pourrait au contraire nous y rendre plus vulnérables* ».

<sup>1262</sup> V. Mucchielli J., « Le transhumanisme en procès », Dalloz actualités, 23 juin 2017 ; Sirinelli P. et Prévost S., « Le Procès du transhumanisme », Dalloz IP/IT 2017, p. 353.

<sup>1263</sup> « 2039 : le procès du transhumanisme », Gèneéthique.org, 22 juin 2017. La mise en scène imaginée concerne « *le jugement de "biorésistants", poursuivis pour avoir "hacké les cornées artificielles mises au service de la police" en 2039. Ces cornées intelligentes augmentent l'acuité visuelle des forces de l'ordre, et leur permettent de "filmer des actes illégaux et criminels afin d'en conserver la preuve et de faciliter les enquêtes". Mais les "citoyens vigilants volontaires", dotées de ces e-cornées, risquent d'être touchés par la cécité à cause des biorésistants...* ».

*coexister ?* »<sup>1264</sup>. Ce faux procès traduit l'importance et l'urgence qu'il y a à se saisir de la question transhumaniste car l'homme augmenté, que ce soit par le biais de la génétique ou de l'intelligence artificielle et de la robotique, pourrait être un des hommes de demain<sup>1265</sup>. Enfin, puisque l'espèce humaine semble mise en péril, le droit, qui aspire à assurer la protection de son intégrité<sup>1266</sup>, ne serait-il pas « *l'outil permettant de réagir* »<sup>1267</sup> ? Ainsi, le caractère inéluctable du transhumanisme rend urgent le besoin de veiller à ce que les dangers éthiques liés à son développement soient limités (A). De plus, le transhumanisme exige la recherche d'une qualification juridique et pourrait présenter un danger pour la sécurité juridique qui se trouverait déstabilisée en présence de situations inégales et inéquitables engendrées par le transhumanisme (B).

### A. Les motivations éthiques pour une juridicisation de l'homme augmenté

**403. Le caractère inéluctable du transhumanisme.** La nécessité d'une intervention législative est d'abord justifiée par le caractère inéluctable des techniques génétiques favorisant l'homme augmenté : « *la fusion de l'humain avec la technique semble désormais inéluctable. Le posthumanisme et/ou le transhumanisme sont donc notre horizon plausible, et même probable* »<sup>1268</sup>. Et, « *les savoirs et les connaissances s'accumulent dans les laboratoires plus vite que les décisions prises quant à leur utilisation* »<sup>1269</sup>. Cette inéluctabilité est notamment confirmée par la gravité de l'impact envisageable du transhumanisme sur la notion même de santé. En effet, dans l'hypothèse où « *le transhumanisme bouleverserait la définition même de la santé (...), elle deviendrait le garant des performances d'un homme 'boosté' (...). La prothèse ne sert plus à rester dans la norme du valide, mais à transgresser l'humain, à augmenter les attributs de l'individu, au détriment*

---

<sup>1264</sup> « 2039 : le procès du transhumanisme », Gèneéthique.org, 22 juin 2017 : « *le droit à vivre à perpétuité est-il un droit de l'homme ?* » ; « *jusqu'où est-on libre dans une société transhumaniste ?* ».

<sup>1265</sup> Bellagamba U. communication orale in *Le transhumanisme entre science fiction et réalité*, conférence donnée à la Faculté des sciences de Nice, 16 février 2017 : quelqu'un de « *normal* » désire être plus rapide, plus fort etc., néanmoins on n'est pas encore dans cette dynamique en vertu des problèmes juridiques et éthiques auxquels le génie génétique est confronté.

<sup>1266</sup> V. Code civil art. 16-4.

<sup>1267</sup> Labrusse-Riou C., « Transhumanisme », *Revue Lamy Droit civil*, n° 138, 1<sup>er</sup> juin 2016.

<sup>1268</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 7 ; v. notamment Gil R., « Du corps augmenté à l'homme transhumain » in Dossier « Corps, chair et relation de soin », RGDM, n° 60, septembre 2016, pp. 223-224 : « *l'avenir de l'homme, le choix entre l'humanisme et le transhumanisme ne se jouent pas dans les imaginations de quelques visionnaires que l'on aurait tort de prendre pour des illuminés. Il se joue aujourd'hui* » (p. 224).

<sup>1269</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 137.

de la solidarité »<sup>1270</sup>. De plus, le CCNE s'est intéressé à la question transhumaniste en 2014 dans un avis<sup>1271</sup> qui recommande d'abord une extrême prudence en vertu d'un « rapport bénéfico-risque »<sup>1272</sup> des diverses techniques d'augmentation de l'homme demeurant « inconnu »<sup>1273</sup>. Pour l'heure, deux risques éthiques sont mis en exergue : d'abord, le « déplacement des priorités de santé »<sup>1274</sup> et l'émergence d'une « classe sociale améliorée »<sup>1275</sup> en opposition aux hommes naturels, non augmentés et étant considérés comme diminués.

Ainsi, Madame Jousset-Couturier déplore dans son ouvrage consacré au transhumanisme que « nous revivons avec les cellules souches, par exemple, l'absence de stratégie que nous avons eue avec la génétique, à force de trop légiférer, de notre sempiternel "vouloir ne déplaire à personne", à cause du principe de précaution »<sup>1276</sup>. En effet, elle soutient que le besoin de légiférer ne doit pas être strictement cantonné aux exigences des principes de dignité et de précaution : en l'espèce, c'est toute la conception de la santé qui risque d'être bouleversée.

**404. Ethique, dignité et transhumanisme.** De plus, un vrai problème éthique doit être pris en considération. En effet, le transhumanisme risque de générer l'abandon d'une certaine condition naturelle de l'homme et pourrait l'encourager à se défaire de certaines choses naturelles<sup>1277</sup>. Le cadre juridique à adopter doit combiner l'équilibre du respect des libertés individuelles avec la liberté de la recherche scientifique sans devenir une obligation.

---

<sup>1270</sup> Besnier J.-M., cité in « Le transhumanisme, une évolution historique comme une autre ? », Gèneéthique.org, 16 mars 2016.

<sup>1271</sup> Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de "neuro-amélioration" chez la personne non malade : enjeux éthiques*.

<sup>1272</sup> « Homme augmenté : le comité d'éthique suggère une veille éthique », Gèneéthique.org, 14 février 2014, à propos de l'avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique ; Dionisi-Peyrusse A., *Actualités de la bioéthique*, AJ Famille, 2014, p. 145.

<sup>1273</sup> « Homme augmenté : le comité d'éthique suggère une veille éthique », Gèneéthique.org, 14 février 2014, à propos de l'avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique.

<sup>1274</sup> « Homme augmenté : le comité d'éthique suggère une veille éthique », Gèneéthique.org, 14 février 2014, à propos de l'avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique.

<sup>1275</sup> « Homme augmenté : le comité d'éthique suggère une veille éthique », Gèneéthique.org, 14 février 2014, à propos de l'avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique.

<sup>1276</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 136, note de l'auteur : « les bioconservateurs poussent les institutions à d'abord légiférer, au nom du principe de précaution (écologiste) ou au nom de la dignité humaine (religieux) » ; Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 594 et s. à propos du respect du principe de précaution.

<sup>1277</sup> *Le transhumanisme entre science fiction et réalité*, conférence donnée à la Faculté des sciences de Nice, 16 février 2017.

Dans le cas contraire, il y aurait un vrai risque d'exercice de pouvoir arbitraire par l'Etat<sup>1278</sup> et rappelons que le transhumanisme se situe dans une lignée extrémiste de l'eugénisme qui ne doit être ni systématique ni obligatoire mais rester individuel et dans le cadre d'un choix familial<sup>1279</sup>. Pourtant, « *lorsqu'on parle de pouvoir modifier à titre individuel le génome, la France s'y oppose radicalement, et repousse, du moins sur ce point, le projet transhumaniste* »<sup>1280</sup>. En effet, les difficultés de définir de nouveaux termes, le caractère inconnu des risques susceptibles d'être engendrés par le mouvement transhumaniste et la complexité de considérer juridiquement une notion mal connue encouragent la prudence des pouvoirs politiques à se saisir véritablement de la question. « *Les valeurs qui font l'humanité de l'homme, la dignité, l'intégrité, le respect de la vie, pourraient être remplacées par la recherche de la performance* »<sup>1281</sup>. De ce fait, Madame Jousset-Couturier rappelle la place fondamentale que tient la dignité humaine dans les questions de bioéthique relatives au corps et à l'humain : « *nos valeurs ancestrales, celles en particulier héritées du siècle des Lumières, sont toujours en vigueur et exigent la non-instrumentalisation de l'homme, imposant comme principe majeur la dignité humaine* »<sup>1282</sup>. La dignité a pour fonction d'orienter la position du législateur sur les questions génétiques. En tant que curseur capable de détecter l'éventualité d'une atteinte à tout ce qu'elle protège, la dignité peut représenter un frein considérable et non négligeable<sup>1283</sup>, sans pour autant faire obstacle à une considération juridique de la question transhumaniste.

Enfin et afin de préserver l'Etat de droit et de respecter une certaine éthique dans le recours aux biotechnologies une Charte constitutionnelle de la robotique et des nouvelles technologies est préconisée<sup>1284</sup>. Cette démarche encourage vivement à réfléchir à un texte similaire en matière de manipulations génétiques entraînant l'augmentation de l'homme. En effet, « *devant le poids de plus en plus considérable des technosciences dans notre société, il*

<sup>1278</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 142 : « *L'atteinte de nos libertés via l'outil génétique donnera à l'Etat un moyen d'accroître son pouvoir de prévoyance pour améliorer nos vies malgré nous, et augmentera de fait son pouvoir sur la société* ».

<sup>1279</sup> V. les diagnostics anténataux et l'eugénisme.

<sup>1280</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 165.

<sup>1281</sup> Gaumont-Prat H., « Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013, *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques* », *Revue Lamy Droit civil*, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014.

<sup>1282</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 164.

<sup>1283</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 164 : « *La notion de dignité humaine, de solidarité et le principe de précaution (...) s'érigent comme freins majeurs au développement du mouvement transhumaniste* », ainsi et pour établir un cadre juridique il faudrait parvenir à les faire coexister, en cas de prise en compte positive de la question du transhumanisme. Dans le choix contraire, il serait utile de rappeler que ces entités entérinent l'interdiction de toute manipulation génétique qui aurait pour conséquences l'augmentation de l'homme.

<sup>1284</sup> Daups T., « Pour une charte constitutionnelle de la robotique et des nouvelles technologies », *LPA* du 6 octobre 2017, n° 200, p. 7.

*est urgent de repenser l'humain en intégrant les découvertes technoscientifiques, pour proposer un (nouvel ?) humanisme permettant de vivre de la manière la plus éthique possible au temps des technosciences »*<sup>1285</sup>.

**405.** La juridicisation du concept d'homme augmenté est nécessaire et un cadre juridique adéquat apparaîtrait indispensable.

## **B. La recherche de la qualification et de la sécurité juridique : une juridicisation appropriée de l'homme augmenté**

**406.** Afin de bâtir un cadre juridique adéquat, le législateur devrait s'atteler à la qualification juridique de l'homme augmenté (a) et à préserver l'égalité qui est présumée résider entre les individus (b).

### **a. La qualification juridique de l'homme augmenté : l'utilité d'un parallèle avec la robotique**

**407.** La qualification juridique de l'homme augmenté engendre deux pistes de réflexion : d'une part, la recherche de la personnalité juridique et d'autre part, la responsabilité qui en découle. À propos de l'intelligence artificielle et de la robotisation de l'homme, la sphère publique s'interroge : « *doit-on créer des lois spécifiques ou adapter celles existantes ?* »<sup>1286</sup>. Un texte présenté par l'eurodéputée luxembourgeoise Madame Delvaux, voté en commission le 12 janvier 2017 et adopté en séance publique le 16 février 2017 par le Parlement européen propose d'« *aménager le droit civil pour tenir compte des progrès de la robotique et de l'intelligence artificielle* »<sup>1287</sup>. Il aborde la question de la personnalité juridique des robots. À l'instar de cette préoccupation concernant l'intelligence artificielle<sup>1288</sup>, il s'agirait de s'interroger à propos des « *transhumains* ». Ainsi et dans l'hypothèse où le monde serait composé d'humains et de transhumains, quels seraient les

---

<sup>1285</sup> Magnin T., *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté. Face aux défis du transhumanisme*, Albin Michel, 2017, p. 77.

<sup>1286</sup> Georges B., « Le droit des robots fait débat », Les Echos, 25 octobre 2016.

<sup>1287</sup> Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant les règles de droit civil sur la robotique, Strasbourg, 16 février 2017.

<sup>1288</sup> A propos de la réflexion juridique abordée sur l'intelligence artificielle v. Bensamoun A. et Loiseau G., « L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps », Dalloz IP/IT 2017, p. 239 ; Daups T., « Pour une charte constitutionnelle de la robotique et des nouvelles technologies », LPA du 6 octobre 2017, n° 200, p. 7.

droits des transhumains ? Quels en seraient les effets sur les droits de l'homme et les droits fondamentaux ? Disposeraient-ils d'une personnalité juridique, comme les robots ?<sup>1289</sup> En effet, le développement des technologies suppose la question de « *l'adaptation des catégories juridiques à des réalités impensées auparavant* »<sup>1290</sup>. À ce titre, Monsieur Rumpala développe deux repères juridiques. Le premier renvoie à la question de l'humain et revient à se demander qui est l'humain. De ce fait, il faut se demander également qui est le transhumain. Le second se réfère aux droits naturels de la personne humaine : « *allons nous étendre les droits humains aux machines en ce qu'elles nous aident à être mieux humain qu'avant ?* »<sup>1291</sup>. À propos du statut des prothèses et des machines, Monsieur Labbé souhaitait déjà en 2011 que le législateur insère cette question dans la prochaine révision des lois de bioéthique<sup>1292</sup>. Il tente ainsi de distinguer la condition du cyborg de celle de l'androïde : le cyborg demeure un sujet de droits, même en l'absence de corps humain, dans la mesure où le corps doit rester l'accessoire de la personne<sup>1293</sup> ; l'androïde, correspondant au robot d'apparence humaine ne peut être assimilé qu'à une chose<sup>1294</sup>.

**408.** Une hypothèse peut être avancée. L'homme augmenté est-il encore une personne ? Le transhumain est-il un être humain ? Sont-ils des sujets de droits ? À ce titre, doit-on créer une nouvelle catégorie de sujets de droits ? Le plus juste serait de reconnaître que l'homme augmenté reste un homme, donc un individu avec une base humaine, membre d'une sorte de « transhumanité » qui correspondrait à une humanité évoluée. Dans cette optique, le transhumanisme est perçu comme une évolution de l'humanité et de l'espèce humaine. Ainsi, une nouvelle catégorie de sujets de droits serait à créer. On serait alors face à une humanité composée d'hommes naturels et d'hommes augmentés.

---

<sup>1289</sup> Le 25 octobre 2017, l'Arabie saoudite a donné la citoyenneté et la nationalité saoudienne à un robot humanoïde : v. « Un robot humanoïde obtient la nationalité saoudienne », Gèneéthique.org, 27 octobre 2017 ;

<sup>1290</sup> Labrusse-Riou C., « Transhumanisme », Revue Lamy Droit civil, n° 138, 1<sup>er</sup> juin 2016.

<sup>1291</sup> Rumpala Y., Communication orale in Le transhumanisme entre science fiction et réalité, conférence donnée à la Faculté des sciences de Nice, 16 février 2017 : Monsieur Rumpala place sa réflexion sur les robots, mais ses questions peuvent être reprises concernant l'homme augmenté, la version génétique du transhumanisme.

<sup>1292</sup> Labbé X., « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », LPA 27 mai 2011, n° 105, p. 7.

<sup>1293</sup> Labbé X., « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », LPA 27 mai 2011, n° 105, p. 7 : « L'individu – à l'image du cyborg – dont les os ont été remplacés par des tiges d'aciers, dont les veines dacron font couler un sang synthétique provenant d'une pompe à usage de cœur, dont les nerfs sont remplacés par des fils électriques reliés à un ordinateur cérébral, reste dans aucun doute un sujet de droits à part entière... c'est-à-dire une personne, protégée par le droit civil et pénal des personnes ».

<sup>1294</sup> Labbé X., « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », LPA 27 mai 2011, n° 105, p. 7 : « *L'androïde, aussi perfectionné soit-il, ne restera jamais qu'un automate (...) c'est donc une simple chose protégée par le droit civil et pénal des biens, et qui demeure placée sous la responsabilité de son propriétaire* ».

À ce titre, *quid* de leur responsabilité juridique<sup>1295</sup> ? Deux régimes du droit positif pourraient être retenus. D'abord, on pourrait considérer que l'homme augmenté demeure humain et entre dans la catégorie des personnes. Ainsi, la responsabilité civile « *pourrait être invoquée mais elle concerne "tout fait de l'homme"*<sup>1296</sup> »<sup>1297</sup>, elle devrait alors être adaptée au transhumain par l'ajout des termes « *ou tout fait de l'homme augmenté* ». Ensuite, on pourrait envisager que l'homme augmenté ne remplisse pas les critères de reconnaissance d'une personnalité juridique et qu'il appartienne de ce fait à la catégorie des choses juridiques. Dans cette mesure, la responsabilité du fait des choses aurait vocation à s'appliquer. Or, cette responsabilité ne touchant que les choses inanimées<sup>1298</sup>, « *on pourrait envisager d'adapter la responsabilité du fait des animaux dont on a la garde ou de celle des mineurs dont on est responsable* »<sup>1299</sup>. Enfin, un nouveau régime pourrait être créé au lieu de tenter l'adaptation d'un régime existant. En tout état de cause, il ne pourra être déterminé qu'une fois la qualification juridique choisie. Il revient alors au législateur de se positionner.

**409.** La qualification juridique permettrait de préserver une certaine sécurité juridique, notamment par l'assurance d'une égalité conservée.

#### **b. Le respect du principe d'égalité mis en danger par l'apparition de l'homme augmenté**

**410.** Le transhumanisme peut être source d'une double inégalité que le droit doit prévenir. C'est d'abord l'égalité d'accès aux techniques d'augmentation qui risque d'être en danger (1) ; ensuite, la conservation d'une égalité, notamment de traitement, entre l'homme « naturel » et l'homme augmenté pourrait être mise en cause (2).

---

<sup>1295</sup> Labrusse-Riou C., « Transhumanisme », Revue Lamy Droit civil, n° 138, 1<sup>er</sup> juin 2016 : « *On verra le droit de la responsabilité entrer en action ; en aura-t-il les moyens ?* ».

<sup>1296</sup> V. Code civil art. 1245 et s..

<sup>1297</sup> Touati A., « Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de régime adapté pour gérer les dommages causés par les robots », Revue Lamy Droit civil, n° 145, 1<sup>er</sup> février 2017.

<sup>1298</sup> Touati A., « Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de régime adapté pour gérer les dommages causés par les robots », Revue Lamy Droit civil, n° 145, 1<sup>er</sup> février 2017.

<sup>1299</sup> Touati A., « Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de régime adapté pour gérer les dommages causés par les robots », Revue Lamy Droit civil, n° 145, 1<sup>er</sup> février 2017.

## 1. L'exigence d'une égalité d'accès aux biotechnologies d'augmentation humaine comme critère juridique d'acceptation du transhumanisme

411. Un autre problème juridique, éthique et sociétal lié au phénomène d'augmentation de l'homme est celui de son accessibilité. En effet, les progrès découlant de la recherche scientifique ayant vocation à s'appliquer à tous devraient être accessibles par tous. En l'espèce, c'est une égalité notamment financière qui semble être remise en cause : l'égalité d'accès aux biotechnologies et au génie génétique semble être une des conditions de validité de l'établissement d'un cadre juridique : « *quand bien même l'augmentation humaine serait parfaitement libre et éclairée, l'égalité d'accès à ces technologies entièrement garantie et leur utilisation sans dangers pour la santé et la sécurité des individus, serait-elle encore souhaitable (...)* »<sup>1300</sup>.

En effet, on peut se demander si les progressions seront réellement accessibles à tous ou seulement aux catégories de personnes qui en auront les moyens financiers. Dans la prise en compte du transhumanisme par la sphère juridique, il ne faut pas ignorer l'inégalité entre les riches et les pauvres qui pourrait se creuser davantage si les premiers ont accès à des techniques transhumanistes et pas les autres<sup>1301</sup>. Cette inégalité trouverait son fondement dans une élite d'individus mieux informés en raison de leur situation sociale, parce qu'ils auraient les moyens de recourir à certaines innovations technologiques<sup>1302</sup>. « (...) *Face à ces nouveaux pouvoirs de l'homme sur l'homme, les familles seront loin d'être à égalité. La mort de la mort coûtera cher, du moins dans un premier temps* »<sup>1303</sup> : en tout état de cause, toute évolution technologique a nécessité une adaptation au marché et est devenue accessible au grand public avec le temps comme par exemple les lunettes pour corriger la vue ou encore le téléphone, fixe puis mobile, pour communiquer à l'intérieur comme à l'extérieur du domicile. Cela devrait être différent pour le transhumanisme notamment parce que les conséquences d'une inégalité en ce domaine précis pourraient se révéler particulièrement dangereuses : elles

---

<sup>1300</sup> Le Dévédec, « *Le transhumanisme "repousse la possibilité d'une vie authentiquement humaine"* », Gèneéthique.org, 5 septembre 2016.

<sup>1301</sup> En ce sens, v. notamment : « De l'homme réparé à l'homme augmenté : vers le post humanisme ? », Forum européen de bioéthique, « *Le corps humain en pièces détachées* », Strasbourg, éd. 2013 ; Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 17 : « (...) *Il faudrait (...) statuer sur la position à adopter face à certains problèmes soulevés, celui, par exemple, de l'accès équitable aux techniques d'amélioration humaine, par des individus de classes sociales inégales et/ou de nationalités différentes* » ; « *Ethique et homme augmenté* » – *Ethique et droit du vivant*, RGDM n° 53, décembre 2014, p. 200 : « *Ainsi, à la distinction riches ou pauvres viendrait se superposer une distinction encore plus prégnante, "homme augmenté" et homme "non augmenté"* ».

<sup>1302</sup> « *Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ?* », Forum européen de bioéthique, « *Humain, post humain* », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1303</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 3 (préface de Luc Ferry).



creuseraient un fossé monumental au sein des générations futures. À ce titre, le Comité Consultatif National d'Ethique soulève plusieurs problématiques éthiques incontournables et notamment la « *rupture de l'égalité des chances et le risque de l'émergence d'une classe améliorée* »<sup>1304</sup>. Le temps que mettraient les classes moyennes et inférieures à y accéder ne leur permettrait peut être pas de survivre ou les empêcherait d'être entièrement « renouvelées » par des transhumains. Monsieur Roux prévient : « *la préoccupation sociale est au centre de notre démarche : il ne faut surtout pas déboucher sur une humanité à deux vitesses* »<sup>1305</sup>. Ainsi, une inégalité financière, sociale engendrerait une inégalité sociale et sociétale, probablement démographique et géographique.

**412.** En France et dans le monde, plusieurs associations en faveur du progrès biotechnologiques et notamment du transhumanisme se sont développées et notamment l'association française *Technoprog*, apparue en 2007. Celle-ci se veut technoprogressiste et se réclame d'un « *transhumanisme démocratique* »<sup>1306</sup>. « *En politique, une de leurs priorités est la démocratisation de l'accès aux nouvelles technologies, c'est-à-dire un possible accès à tous* »<sup>1307</sup>, confie le Docteur Jousset-Couturier à propos de l'anticipation habile de la part de l'association considérant la nécessité de parler de l'accessibilité aux nouvelles technologies. L'accès équitable aux biotechnologies permettant l'augmentation de l'homme devrait être perçu comme un critère indispensable à l'acceptation de tout mouvement transhumaniste. « *Le problème principal de ces factions est la subordination d'un projet d'amélioration de l'homme à des idéologies politiques, en l'absence de garantie d'un accès universel aux technologies décisives* »<sup>1308</sup>, ce qui signifie et confirme qu'en l'absence d'accessibilité universelle, le transhumanisme ne peut être envisagé. En effet, le contraire aurait des conséquences irréversibles sur la sécurité juridique voire la sécurité des personnes. Que l'amélioration de l'homme soit subordonnée à des idéologies politiques pourrait s'avérer dangereux pour l'avenir de l'humanité et l'évolution naturelle de l'espèce. Ainsi, il revient à l'Etat de droit de veiller à l'encadrement de l'augmentation de l'homme par la génétique.

---

<sup>1304</sup> Gaumont-Prat H., « Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques* », Revue Lamy Droit civil, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014 ; Dionisi-Peyrusse A., *Actualités de la bioéthique*, AJ Famille, 2014, p. 145.

<sup>1305</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 25.

<sup>1306</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 21.

<sup>1307</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 23.

<sup>1308</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 23.

413. Enfin, l'égalité de traitement entre l'homme naturel et l'homme augmenté devrait être garantie en cas de législation concernant le transhumanisme.

## 2. L'exigence d'une égalité fondée entre l'homme naturel et l'homme augmenté

414. **L'homme augmenté lié à l'homme diminué ?** Le droit doit anticiper et prendre en compte une inégalité de nature entre l'humain tel qu'il le connaît actuellement et le transhumain qu'il ne connaît pas. « *Les humains diminués sont les premières victimes du transhumanisme* », affirme Monsieur Le Mené<sup>1309</sup>, liant sa réflexion au DPNI dont le remboursement a récemment été adopté par la Haute Autorité de Santé et visant de ce fait, l'homme handicapé, atteint de trisomie 21, dans une optique d'élimination de la pathologie génétique.

Dans une logique transhumaniste, l'homme diminué pourrait-il devenir l'homme « naturel », non augmenté ? Inversement, pourrait-il renvoyer à l'homme augmenté lui-même, qui, d'une certaine manière serait orienté et ainsi diminué<sup>1310</sup> ? Dans une acception psychologique, cette diminution pourrait s'apparenter à l'homme augmenté par le phénomène de neuro-amélioration lui-même ? En effet, les biotechnologies ont tendance à « *artificialiser* »<sup>1311</sup> l'homme à partir du moment où l'individu s'y soumet en vue de dépasser la simple réparation.

En tout état de cause, le terme « victime » est utilisé : illustrant un certain risque d'inégalités émergentes entre les différents individus humains et transhumains. Les craintes concernant l'apparition d'un nouvel homme diminué se développent. En effet et jusqu'alors l'homme « diminué » était celui atteint d'une pathologie, d'un handicap quand il était opposé à l'homme « sain ». Désormais, l'éventuelle existence d'un homme augmenté déplace et étend la diminution à l'homme non augmenté<sup>1312</sup>. Cet homme diminué puisque non augmenté, ne devrait pas à ressentir une inégalité quant à son accès en vertu d'une inégalité sociale

---

<sup>1309</sup> « Les humains 'diminués' sont les premières victimes du transhumanisme », Gèneéthique.org, 15 juin 2017.

<sup>1310</sup> V. « Homme augmenté, homme orienté ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1311</sup> Gaumont-Prat H., « Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques* », Revue Lamy Droit civil, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014 : « *la personne est en passe de s'artificialiser* ».

<sup>1312</sup> Gaumont-Prat H., « Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques* », Revue Lamy Droit civil, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014 : « *Les différentes facettes de ce nouveau phénomène opposent désormais les amélioristes, ou trans ou posthumanistes, qui s'orientent vers la légitimation de l'homme augmenté, et les antimélioristes, qui redoutent de voir apparaître un homme diminué* ».

résidant entre les individus. Il serait regrettable qu'une course à l'amélioration s'installe et arbitre la société de consommation : il ne faut pas que l'augmentation devienne la norme<sup>1313</sup>. Le Comité Consultatif National d'Ethique soulève à ce titre la question de « *l'autonomie de la personne et de la fausse liberté de celui qui va recourir à la neuro-amélioration alors qu'il subit la pression de son environnement socio-économique de course à la compétitivité et de culte de la performance* »<sup>1314</sup>.

**415. Quelques écueils.** Tout d'abord, le Comité Consultatif National d'Ethique recommande de distinguer visée thérapeutique et augmentation et ainsi de fixer de vraies frontières entre la réparation de l'homme et son augmentation. Il s'agirait ainsi de mettre en valeur la « *notion de finalité thérapeutique confrontée à la notion d'amélioration de confort* »<sup>1315</sup>.

Il ne faudrait pas que les humains classiques soient méprisés par les hommes augmentés. Par exemple, dans *Le Meilleur des mondes*, Aldous Huxley décrit un monde nouveau totalement différent du notre : il n'y a pas de famille, pas de reproduction et donc pas de procréation naturelle. Les enfants sont créés, conçus, conditionnés et élevés dans des Centres spéciaux donc la notion de parents leur est inconnue. On crée dans ce Nouveau Ford des êtres humains de façon stratégique, qu'on organise en castes. On voit des étudiants visiter un Centre d'incubation dans lequel ils apprennent qu'auparavant, les humains, non conçus dans le Nouveau Ford, avaient un mode de vie et une conception de la vie, tout à fait différents du leur. Ils semblent mépriser ce qu'ils appellent leurs ancêtres notamment au niveau de leur croyances : le Christianisme et le libéralisme leur sont totalement inconnus.

Il ne faudrait pas non plus qu'apparaisse une hiérarchisation des hommes. Le système de castes et de hiérarchie, décrit dans *Le Meilleur des mondes*, illustre cette hypothèse. Les individus conçus ne sont pas « individus » au sens où nous l'entendons : ils n'ont pas la notion d'individualité ni d'individualisme, en ce sens qu'ils n'ont pas de caractère singulier

---

<sup>1313</sup> Chneiweiss H., *L'homme réparé, Espoirs, limites et enjeux de la médecine réparatrice*, Plon, 2012 cité par Gaumont-Prat H., « Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques* », Revue Lamy Droit civil, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014 : « *les technologies pourraient en conséquence contribuer à renforcer la tendance à l'émergence d'une société de la performance (...) où la recherche de l'amélioration individuelle se justifierait simplement pour intégrer la "norme sociale" requise* ».

<sup>1314</sup> Gaumont-Prat H., « Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques* », Revue Lamy Droit civil, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014.

<sup>1315</sup> Gaumont-Prat H., « Avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques* », Revue Lamy Droit civil, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014.

(ils n'ont pas autant de prénoms que nous par exemple). Ils sont catégorisés et classés dans des sortes de castes hiérarchisées (Alpha, Bêta, Gamma, etc.), les êtres Alpha étant « mieux conçus et conditionnés » que les autres.

Il n'est pas impossible que dans *Le Meilleur des mondes*, l'auteur ait décrit un posthumanisme : c'est une nouvelle façon de faire naître et de concevoir l'homme<sup>1316</sup>. Tout est repensé : les notions de maternité, de parentalité et de famille n'existent pas. Ainsi, si c'est une image du posthumanisme, un après humanisme qui n'a pas encore hérité d'un nom propre, il faudrait assurer une transition entre l'humanité telle que nous la connaissons et ce nouveau mode de création et de production de l'homme. Cette transition correspond peut-être au transhumanisme.

**416. Conclusion : le transhumanisme, une utopie ?** Toutefois, la communauté scientifique rassure : nous ne sommes ni dans le transhumanisme ni dans le post humanisme mais toujours dans un humanisme classique et la médecine dans le soin et la réparation et non pas dans l'augmentation. Ceci est une utopie, un phénomène irréalisable. Pourtant, une partie des scientifiques et intellectuels pense que la médecine a pour objectif de guérir mais aussi « *d'améliorer l'espèce humaine* »<sup>1317</sup>...

---

<sup>1316</sup> À ce titre, ce monde s'appelle le Nouveau Ford, comme en référence au fordisme, connu pour l'effectivité des productions à la chaîne.

<sup>1317</sup> Kahn A., « Se garder de tout eugénisme », *Pratiques et droit, Réalité familiale*, octobre 1992, p. 12.

## Conclusion du second chapitre

**417.** L'eugénisme se matérialise également par l'augmentation de l'homme. Ainsi, le droit encadre les pratiques de façon stricte, prenant en considération leur finalité. En effet, la thérapie germinale est prohibée en raison de la transmission de la modification génétique qu'elle entraîne. *A contrario*, quand elle est somatique elle se situe entre la réparation et l'augmentation de l'homme et est juridiquement tolérée en raison de sa compatibilité avec la dignité humaine – notamment justifiée par sa fonction de réparation.

**418.** De plus, il ne faut pas négliger l'apparition imminente de l'« homme augmenté », symbole de l'augmentation et donc de la modification de l'espèce humaine. On parle aujourd'hui de transhumanisme et certains évoquent même un « post humain » en devenir. Ainsi, l'avenir de l'homme augmenté est quasi certain mais son statut juridique fait défaut. Le droit de la génétique ne doit pas ignorer l'ère nouvelle à laquelle il sera bientôt confronté et prendre en compte l'existence prochaine d'un homme augmenté différent de l'homme naturel et même de l'homme réparé. Aussi, doit-il s'interroger sur les pistes de définition de l'homme augmenté en vue d'une future juridicisation souhaitée. L'homme augmenté semble s'apparenter à la fois à l'humain et au post humain, comme si le transhumanisme servait de transition à une nouvelle ère post humaine.

Afin de garantir une certaine sécurité juridique, il mérite une qualification propre et un régime adéquat, pouvant s'inspirer de la réflexion sur les robots qui héritent progressivement d'un régime juridique émergent. Néanmoins, ce régime devrait faire état d'une égalité de traitement entre l'homme augmenté et l'homme classique, si toutefois les conditions d'accès aux techniques de transhumanisme permettent à tous les hommes classiques d'en bénéficier.

## Conclusion du titre premier

**419.** Si la modification de l'espèce peut passer par son amélioration, cette amélioration peut passer par la sélection ou par l'augmentation des individus. Celles-ci se réalisent à l'aide d'outils scientifiques diversifiés. En effet, les pratiques eugéniques connaissent aujourd'hui plusieurs formes.

**420.** La modification de l'espèce humaine peut se réaliser par la sélection des individus. Ainsi, le droit français rejette une conception ancienne de l'eugénisme en ce qu'elle apparaît systématique et collective, entrant en contradiction avec la dignité humaine. Celle-ci sert de critère négatif de refus de ces pratiques génétiques.

En revanche, le droit de la génétique tolère une nouvelle forme d'eugénisme et légalise les diagnostics anténataux. Diagnostic prénatal et diagnostic préimplantatoire correspondent à des besoins de la population, poursuivant la quête de l'enfant normal et sont matérialisés juridiquement dans une législation compassionnelle qui écarte tout eugénisme de confort. Ceci permet d'assurer leur compatibilité avec la dignité humaine. En l'espèce, elle est alors considérée comme un critère positif d'acceptation des pratiques génétique en question.

**421.** De plus, la modification de l'espèce humaine peut passer par l'augmentation de l'homme. Ainsi, la frontière entre la réparation et l'augmentation se concrétise par la thérapie génique. Elle-même se trouve tolérée pour moitié par le droit quand elle n'a pas vocation à transmettre les modifications génétiques qu'elle provoque aux générations futures et demeure ainsi compatible avec la dignité humaine.

Plus que l'enfant normal c'est ici l'enfant parfait qui est recherché. Aussi, une nouvelle forme d'humanisme en transition émerge : le transhumanisme. Il appartient au droit de s'intéresser à la nouvelle problématique de l'homme augmenté qui risque lui-même de connaître des difficultés dans ses futures relations avec la dignité humaine.

Aussi, un cadre juridique adéquat comprenant la détermination de la place de l'homme augmenté, entre humanisme classique et post humanisme, est souhaitable, incluant notamment la qualification de ce « nouvel » homme, dans les limites de la sécurité juridique requise. Il faudra ainsi faire attention à ne pas négliger la dignité humaine, si toutefois elle est applicable en l'espèce. Le principe mériterait certainement une vraie définition juridique.



## TITRE II – DIGNITE HUMAINE ET CLONAGE HUMAIN

« Dans l'espèce humaine, le clonage permet en principe la reproduction d'individus génétiquement identiques, l'obtention de cellules souches capable de régénérer les tissus endommagés d'un patient et (...) l'addition et le remplacement de gènes »<sup>1318</sup>

**422.** Les techniques de clonage humain peuvent participer à la modification de l'espèce humaine et de l'humanité. Celui-ci peut se définir comme l'« *intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Le Code civil porte une interdiction générale du clonage, reprise par le code de la santé publique qui condamne la constitution par clonage d'embryons humains, que ce soit à des fins de recherche, à des fins commerciales ou industrielles, à des fins thérapeutiques* »<sup>1319</sup>. Pour le Conseil d'Etat, « *c'est une méthode permettant d'obtenir des entités génétiquement identiques. On parle ainsi de clones d'individus identiques, de clones cellulaires, bactériens ou moléculaires* »<sup>1320</sup>. Le clonage consiste alors à « *produire à l'identique, c'est-à-dire à reproduire* »<sup>1321</sup>. Ainsi, on peut distinguer plusieurs types de clonages mais l'intérêt, en l'espèce, se porte sur les clonages reproductif et thérapeutique humains.

En effet, soit la modification est provoquée par une technique poursuivant une finalité reproductrice, par laquelle la science redéfinit les notions de famille, de parentalité et de sexualité avec le clonage reproductif (chapitre 1) ; soit la modification poursuit une finalité thérapeutique et impacte le mode de traitement des personnes avec le clonage thérapeutique (chapitre 2). Ainsi, certains aspects du clonage peuvent entrer en confrontation avec la dignité humaine. Ces deux types de clonage puisent leur source dans le clonage des animaux (chapitre préliminaire).

---

<sup>1318</sup> Houdebine L.-M., « Principes du clonage », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 179.

<sup>1319</sup> Guinchard S. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques 2013*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> édition, 2012.

Le clonage humain peut également être défini comme la « *technique consistant à isoler une cellule et sa descendance afin d'obtenir une lignée de cellules (clone) dérivant d'un seul ancêtre, donc ayant un patrimoine génétique identique* », *Le Larousse médical*, 2012, v. clonage.

<sup>1320</sup> Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999, p. 245.

<sup>1321</sup> J.-F. Mattei, « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-377.



## Chapitre préliminaire – Remarques communes aux clonages reproductif et thérapeutique humains

**423. Un clonage animal à l'origine du clonage humain.** Pour le Docteur McLaren, cloner correspond au fait de « *créer des animaux ou des plantes génétiquement identiques ou, plus exactement, identiques pour ce qui est des quelques 50 000 gènes présents dans le noyau de chaque cellule de l'organisme* »<sup>1322</sup>. En effet, le clonage par transfert nucléaire est une technique utilisée pour cloner : « *en laboratoire, on prend un ovule non fécondé de l'espèce voulue : son noyau contient un seul jeu de chromosomes, attendant d'être complété par celui d'un spermatozoïde lors de la fécondation. Ce noyau est retiré de l'ovule et remplacé par un noyau contenant un ensemble complet de chromosomes. On stimule ensuite par différents techniques l'œuf reconstitué pour qu'il se développe en embryon* »<sup>1323</sup>. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, le clonage est amphibien<sup>1324</sup>. Après la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, il concerne les mammifères<sup>1325</sup>. Le clonage peut également servir à la transgénèse<sup>1326</sup>, c'est-à-dire au

---

<sup>1322</sup> McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 9.

<sup>1323</sup> McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 11.

<sup>1324</sup> Gurdon J. et Byrne J., « Histoire du clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 40 : en 1914, le scientifique Spemann « réussit à nouer une petite partie du cytoplasme d'un œuf de triton en utilisant un fil mince. Quand le stade de seize cellules fut atteint, il relâcha le lien, permettant au noyau d'une des cellules de migrer dans la saillie du cytoplasme. Il a alors resserré le lien pour que le morceau de cytoplasme soit séparé du reste de l'embryon, ne formant qu'un embryon normal », pour éviter toute perte de matériel génétique. Selon lui, l'expérience est « idéale » car elle a le « pouvoir de transférer le noyau d'une cellule somatique dans un œuf dont le propre matériel génétique aurait été retiré ». Ce sont les bases de la transplantation nucléaire. Ainsi, la première transplantation nucléaire réussie est réalisée sur des animaux par les scientifiques Briggs et King en 1952.

<sup>1325</sup> Gurdon J. et Byrne J., « Histoire du clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 45-49 : Par transfert nucléaire encore, « l'embryon obtenu peut se développer en un organisme cloné génétiquement identique à la cellule donneuse ». Néanmoins, une deuxième technique peut être utilisée : celle de « la scission de l'embryon qui implique une division naturelle ou artificielle d'un embryon en au moins deux embryons partiels ». Ceux ci peuvent « survivre à cette séparation et donc se développer en deux individus génétiquement identiques ». En 1975, Monsieur Bromhall est le premier à tenter de cloner un mammifère par transfert de noyau d'une cellule somatique sur des lapins. Tous les embryons « sont morts à des stades embryonnaires précoces ». En 1979, Monsieur Willadsen réussit le premier clonage par scission embryonnaire sur un mouton. Puis, en 1984, Mc Grath et Solter réalisent le premier transfert nucléaire reproductible, sur des souris. Ainsi et après plusieurs expériences, en 1996 naît la brebis Dolly, clonée par l'équipe de Wilmut, Schnieke, Mc Whir, Kind et Campbell, à partir du noyau d'une cellule adulte. Néanmoins, il aura fallu utiliser près de 300 ovules pour parvenir au clone Dolly (v. « Le clonage reproductif », J.-F. Mattei, in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-377. Pour en savoir plus sur Dolly et le clonage animal en particulier, v. notamment *Dolly, la brebis clonée*, par le Pr. K. H. S. Campbell, pp. 61-74 ; Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999, pp. 13-14 ; Houdebine L.-M., « Principes du clonage », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, pp. 173-179 ; Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, 356-5 – *Dolly et le clonage humain*). Depuis, ce sont des souris, mais aussi des singes en 1997, des chèvres et des vaches en 1999 et même des cochons en 2000 qui ont été clonés par différentes équipes scientifiques dans divers pays.

<sup>1326</sup> Houdebine L.-M., « Principes du clonage », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 176 : « la transgénèse consiste à isoler un gène à partir de

transfert de gènes. Cette méthode permettrait aux biologistes d'« *étudier les fonctions biologiques et les maladies humaines [ou encore] préparer des organes de porc pour la transplantation à l'homme* »<sup>1327</sup> et, en théorie, de remplacer des gènes « *chez toutes les espèces chez lesquelles le clonage est maîtrisé* »<sup>1328</sup>.

On s'aperçoit rapidement que « *le clonage humain met en œuvre la technologie du clonage animal chez l'être humain à des fins de thérapeutique ou de reproduction* »<sup>1329</sup>. Ainsi et après la réussite de la naissance de la brebis clonée Dolly en 1996, le clonage animal prend une dimension internationale et éveille des interrogations et inquiétudes liées à certaines valeurs qui sont en jeu dans la question du clonage animal<sup>1330</sup> dont les techniques pourraient être appliquées à l'homme. Le processus législatif s'accélère dans divers pays en défaveur du clonage humain<sup>1331</sup>. En conséquences, à la demande de Bill Clinton, le National Bioethics Advisory Committee (NBAC), comité de bioéthique américain, doit présenter un rapport dans les trois mois sur les conséquences que le clonage pourrait avoir sur l'homme. Le 28 février 1997 le Président de la Commission européenne, Monsieur Santer, réclame au Groupe de Conseillers pour l'Éthique de la Biotechnologie (GCEB) un avis sur *les aspects éthiques des techniques de clonage*<sup>1332</sup> présenté le 28 mai 1997 et condamne clairement le clonage reproductif suite aux diverses analyses réalisées autour du clonage animal, de son applicabilité à l'homme et de ses conséquences<sup>1333</sup>.

**424. Les procédés de clonage humain.** Les deux types de clonage obéissent à différentes techniques mais la méthode la plus courante est celle du transfert nucléaire, utilisée pour donner naissance à la célèbre brebis clonée Dolly. En effet, il existe plusieurs procédés de clonage humain<sup>1334</sup>. D'abord, le clonage sur l'embryon humain par scission, appelé aussi le clonage horizontal. Cette technique consiste à « *scinder en deux un embryon*

---

*n'importe quel organisme vivant, à le modifier éventuellement au laboratoire par le génie génétique, et à l'implanter dans cet animal* ».

<sup>1327</sup> Houdebine L.-M., « Principes du clonage », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 177.

<sup>1328</sup> Houdebine L.-M., « Principes du clonage », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 179.

<sup>1329</sup> Gurdon J. et Byrne J., « Histoire du clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 39.

<sup>1330</sup> Schrotten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 96.

<sup>1331</sup> Tardu M., « Le droit face au clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 153.

<sup>1332</sup> Commission européenne, GCEB, avis n° 9, Aspect éthiques des techniques de clonage, 28 mai 1997.

<sup>1333</sup> Commission européenne, GCEB, avis n° 9, Aspect éthiques des techniques de clonage, 28 mai 1997 : v. points 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 et 2.5 concernant le clonage des animaux et 2.6, 2.7, 2.8, 2.9 et 2.10 concernant les implications humaines.

<sup>1334</sup> V. notamment Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, pp. 76-78.

(...) *pour obtenir des jumeaux* »<sup>1335</sup>. Ensuite et toujours sur l'embryon humain mais par transfert nucléaire et non plus scission, appelé le clonage vertical, qui consiste à « *transférer dans un ovocyte déjà énucléé, le noyau d'une cellule embryonnaire peu différenciée. Ces cellules peu différenciées ou indifférenciées sont prélevées sur des embryons ayant atteint un stade de développement de 32 à 64 cellules maximum* »<sup>1336</sup>. Enfin, la troisième technique est celle du clonage de l'être humain adulte par transfert nucléaire appelé lui aussi clonage vertical, mais utilisant initialement un matériel génétique adulte et non plus embryonnaire. Ici, il y a « *transfert d'un noyau d'une cellule somatique adulte dans un ovocyte énucléé* »<sup>1337</sup>. Plus simplement, cette technique consiste à « *prélever le noyau d'un ovule pour le remplir par un noyau d'une cellule somatique donc différenciée en vue d'une implantation dans un utérus* »<sup>1338</sup>. Vraisemblablement, il s'agit d'une technique « *difficile* » qui demeure la « *seule technique qui permet à un individu adulte de se cloner* »<sup>1339</sup>. Ces trois techniques peuvent être utilisées en vue de procéder aux clonages reproductif et thérapeutique.

**425. Les finalités du clonage humain.** Ce sont les finalités du clonage humain qui permettent de les distinguer. En effet, le clonage reproductif tend à la naissance d'un enfant ; tandis que le clonage thérapeutique a pour but la création puis la destruction d'un ou plusieurs embryons humains<sup>1340</sup>. Ainsi, le clonage offre deux possibilités : d'une part, il permet de cloner des individus entiers et ainsi « *créer des répliques génétiques des individus aimés* »<sup>1341</sup> ou aider un couple qui ne pourrait avoir d'enfant ; d'autre part, il permet de « *développer différentes formes de techniques de cellules souches* »<sup>1342</sup>, dans un but médical. « *Il y a création d'embryon en dehors de tout projet parental, c'est-à-dire que la création de*

<sup>1335</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, pp. 4-5 : les cellules embryonnaires, appelées « *blastomères* » sont indifférenciées, « *les deux premières cellules de l'œuf peuvent donner naissance à deux individus ou plus si la scission a lieu après la première division. Cette scission blastomérique est possible jusqu'au stade de huit cellules* ».

<sup>1336</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 5.

<sup>1337</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 7.

<sup>1338</sup> « *Le clonage reproductif* », J.-F. Mattei, in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-377 : technique complexe avec 0,3% de réussite du premier coup.

<sup>1339</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 7.

<sup>1340</sup> Le clonage reproductif est établi « *en vue de produire des individus génétiquement identiques* » alors que le clonage thérapeutique n'a pas pour but « *la réimplantation utérine du clone, mais son utilisation pour des expériences ayant un but thérapeutique à long terme, ou utilisables pour la croissance de tissus afin d'effectuer des transplantations thérapeutiques* » : v. Gurdon J. et Byrne J., « *Histoire du clonage* », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 50.

<sup>1341</sup> Tudge C., « *Qui a le droit de cloner qui ?* », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 17.

<sup>1342</sup> Tudge C., « *Qui a le droit de cloner qui ?* », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 18.

*l'embryon ne sera pas suivie par sa naissance* »<sup>1343</sup>. Concernant le clonage thérapeutique, soit on cherche à créer des cellules embryonnaires particulières ; soit, on tente d'améliorer le diagnostic préimplantatoire<sup>1344</sup>.

À propos du clonage reproductif, qui engendre la naissance d'un individu humain qui serait l'exacte copie génétique d'un être humain existant, certains prétendent que « *le clonage tel qu'on l'entend consiste à partir d'une seule cellule à reconstituer un être vivant* »<sup>1345</sup> et que « *le clonage implique essentiellement la production de copies génétiques* »<sup>1346</sup>. Dans cette mesure, le clonage embryonnaire serait la « *réalisation volontaire du phénomène naturel de jumeauté* »<sup>1347</sup>. En effet, « *le terme "clone", qui vient du grec klōn (jeune pousse), ne vise pas seulement le double, la copie conforme d'un individu, mais la totalité des doubles de cet individu* »<sup>1348</sup>. Toutefois, ceci est à nuancer car « *le clonage est une technique qui consiste à produire des organismes génétiquement "identiques". J'ai mis des guillemets à "identiques" car les organismes ne sont jamais totalement identiques, comme on peut l'observer dans le cas de jumeaux monozygotes (...). Pour éviter toute confusion, il serait par conséquent préférable d'éviter le terme "identique" dans ce contexte et de parler en termes de "similarité"* »<sup>1349</sup>. En conséquence, le clonage reproductif correspondrait plutôt à « *un ensemble d'individus génétiquement semblables provenant d'un organisme unique, par reproduction asexuée* »<sup>1350</sup>, et ce sont les termes « *semblable* » et « *similarité* » qui importent dans cette nuance.

**426. Clonage humain et principe de dignité.** Tout d'abord, le clonage passe par la manipulation génétique de l'embryon humain. La question de la dignité est donc liée à la manipulation embryonnaire. Ainsi, l'atteinte qui serait portée à l'enfant conçu, être humain dès sa conception, est-elle justifiée par l'application du principe de dignité de la personne humaine ? Il convient de rappeler que malgré l'absence de personnalités juridique et humaine attribuées à l'enfant conçu, il bénéficie toutefois d'une protection juridique en vertu de son

---

<sup>1343</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 34.

<sup>1344</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, pp. 31-32 et 34.

<sup>1345</sup> Houdebine L.-M., « Principes du clonage », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 173.

<sup>1346</sup> Gurdon J. et Byrne J., « Histoire du clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 39.

<sup>1347</sup> « Le clonage reproductif », J.-F. Mattei, in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp. 368-377.

<sup>1348</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 4.

<sup>1349</sup> Schrotten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 96.

<sup>1350</sup> Rossion P., « Clonage. Pour le meilleur ou pour le pire », *Science et vie*, avril 1997, n° 955, p. 56.

humanité. Ensuite, la question de la dignité est liée au patrimoine génétique de l'humanité et à la notion d'humanité telle qu'elle est saisie par le droit en tant qu'ensemble de valeurs. De plus, elle est liée à l'intégrité de l'espèce humaine, comme le démontre le contenu de l'article 16-4 du Code civil qui exige le respect de l'intégrité de l'espèce et interdit de toucher au génome par une manipulation germinale qui pourrait avoir pour effet de modifier l'espèce humaine et le patrimoine génétique de façon héréditaire et donc aboutir à la modification de l'ensemble de l'humanité. En l'espèce, un lien entre clonage, eugénisme et transhumanisme est clairement établi puisque le respect de la dignité humaine « *introduit la notion de crime contre l'espèce humaine, et depuis la révision des textes en 2004, il est clairement énoncé l'interdiction d'eugénisme, de clonage humain et de toutes méthodes pouvant modifier les caractères génétiques d'un individu dans le but de modifier sa descendance* »<sup>1351</sup>.

---

<sup>1351</sup> Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, p. 165.

## Chapitre 1. La prohibition quasi universelle du clonage reproductif humain

427. Le clonage reproductif peut se définir comme le « *clonage en vue de produire des individus génétiquement identiques (par transfert nucléaire de cellules somatiques d'un adulte ou d'un enfant, ou par division artificielle de l'embryon)* »<sup>1352</sup>. Plus spécialement, « *le clonage reproductif sert à transférer le noyau d'une cellule adulte quelconque dans un ovule dont il remplace le noyau. Il soulève des questions éthiques s'il est appliqué à l'homme. Il est déclaré "contraire à la dignité humaine" par l'UNESCO en 1997 dans la Déclaration Universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme* »<sup>1353</sup>.

428. **Le clonage reproductif humain saisi par le droit français.** En droit français, les premières lois *Bioéthique* de 1994<sup>1354</sup> insèrent un article 16-4 dans le Code civil dont le premier alinéa impose le respect de l'intégrité de l'espèce humaine<sup>1355</sup>. Toutefois, ces lois n'abordent pas la question du clonage humain et ne l'interdisent pas de façon expresse<sup>1356</sup>. C'est à l'occasion de la révision des lois de bioéthique en 2004 que le droit français s'y intéresse. En effet, l'article 21 de la loi du 6 août 2004<sup>1357</sup> intègre l'actuel troisième alinéa à l'article 16-4 au Code civil qui porte interdiction explicite du clonage reproductif<sup>1358</sup>. Cet alinéa trouve sa reproduction littérale dans le Code de la santé publique à l'article L. 2151-1<sup>1359</sup>.

---

<sup>1352</sup> Gurdon J. et Byrne J., « Histoire du clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 50.

<sup>1353</sup> *Le Larousse médical*, 2012 ; Frydman R., « Le clonage reproductif et le clonage scientifique à visée thérapeutique », RGDM, n° 29, 2008, pp. 43-49.

<sup>1354</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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>1355</sup> Article 16-4 al. 1 du Code civil : « *nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine* ». V. Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, n° 356-68 « interdiction implicite du clonage reproductif humain posée par le droit français jusqu'à la loi du 6 août 2004 », p. 25.

<sup>1356</sup> V. Cayla J.-S., « Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe », RDSS 1998, p. 283, concernant l'interdiction implicite du clonage humain par l'article 16-4 al. 3 avant la loi *Bioéthique* du 6 août 2004.

<sup>1357</sup> Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. En effet, le Conseil d'Etat avait poussé à légiférer car « *il pourrait se révéler politiquement opportun de prohiber de manière expresse et solennelle le clonage reproductif humain* » v. Rapport public du Conseil d'Etat, La documentation française, 1998, p. 283 in étude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 26.

<sup>1358</sup> Article 16-4 al. 3 du Code civil : « *est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* ». Alors que, le projet de loi relatif à la bioéthique du 20 juin 2001 prévoyait la rédaction suivante : « *est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant, ou se développer un embryon humain, qui ne seraient pas directement issus des gamètes d'un homme et d'une femme* ».

<sup>1359</sup> Article L. 2151-1 du Code de la santé publique issu de l'article 25 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *Comme il est dit au troisième alinéa de l'article 16-4 du code civil ci-après reproduit* :

**429. L'avis du comité d'éthique à propos du clonage humain.** De son côté, le Comité Consultatif National d'Ethique dans un avis du 22 avril 1997, saisi de la question du clonage reproductif, affirme l'incompatibilité qui réside entre le clonage reproductif et la dignité humaine<sup>1360</sup>. Puis, dans son avis du 18 janvier 2001 sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique, le Comité « *approuve le choix qui a été fait dans l'avant-projet d'interdire explicitement le clonage dit reproductif de l'être humain. Il en va de même, bien entendu, de toute pratique qui viserait à faire se développer un embryon humain pour constituer une réserve d'organes* »<sup>1361</sup>. En l'espèce, le Comité affirme sa volonté de prohiber à la fois le clonage reproductif et le clonage thérapeutique humains.

Enfin, l'OPECST a présenté un rapport<sup>1362</sup> qui résulte d'une étude portant pour partie sur le clonage humain et menée par les parlementaires avec le concours d'experts, notamment le Professeur Kahn. Le texte se concentre principalement sur le clonage reproductif animal car les techniques génétiques utilisées pour y parvenir sont susceptibles de connaître une application sur l'homme et donc d'intéresser la sphère juridique.

**430.** Quand le clonage reproductif humain est saisi par le droit, la question principale est de savoir « *comment faire pour protéger l'humanité contre elle-même dans sa dérive prométhéenne en matière de reproduction ?* »<sup>1363</sup>, afin de parvenir à un cadre juridique adéquat. Le clonage reproductif humain est interdit d'abord en raison la présomption d'atteinte à la dignité qu'il représente (section 1) et ensuite en raison de sa qualification pénale retenue par le législateur qui l'érige en crime contre l'espèce humaine (section 2).

---

*Art. 16-4 (troisième alinéa).- Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ».*

<sup>1360</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, du 22 avril 1997, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*: « *quelle qu'en soit la finalité et quelle que soit la technique employée, toute forme de clonage, dès lors qu'elle consiste à introduire une reproduction asexuée dans l'espèce humaine, constitue une mise en cause radicale de la dignité de la personne* ». Il faut insister sur le fait que l'expression « *introduire une reproduction asexuée* » ne vise que le clonage reproductif et non le clonage thérapeutique dans la mesure où seul le premier a pour objectif d'entraîner la naissance d'un individu.

<sup>1361</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 67, *L'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, 18 janvier 2001.

<sup>1362</sup> Rapport A. Claeys et C. Huriet, *Le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires*, Ass. Nationale n° 2198, Sénat n° 238, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 24 février 2000, 96 p.

<sup>1363</sup> Nisand I., « Diagnostic préimplantatoire et clonage reproductif », in Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, p. 602.

## Section 1. L'atteinte présumée à la dignité humaine

431. Avant même que le droit ne se saisisse réellement de la question, le clonage reproductif humain était déjà déconsidéré par une partie de la doctrine et des institutions. En effet, si « *le clonage reproductif humain constitue le degré ultime de la réification complète de l'être humain* »<sup>1364</sup>, il tend à constituer ainsi une atteinte à la dignité humaine qui commande que l'être humain ne soit pas instrumentalisé ni réifié, car l'être humain a davantage vocation à devenir une personne plutôt qu'à rester une chose juridique<sup>1365</sup>. En effet, l'embryon est un être humain assimilé à une chose juridique jusqu'à sa naissance qui lui confère les personnalités juridique et humaine. De plus, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), dans une résolution du 14 mai 1997 à propos du clonage reproductif a énoncé que « *l'utilisation du clonage pour reproduire des êtres humains n'est pas acceptable sur le plan éthique et est contraire à l'intégrité de la personne humaine et à la morale* »<sup>1366</sup>. Aussi, sans désigner directement la dignité, l'intégrité de la personne humaine et la morale tendent à faire référence à l'exigence de sauvegarde de la dignité qui pèse sur la bioéthique en vertu de l'article 16 du Code civil et de la valeur constitutionnelle du principe de dignité en France.

432. Dans ce contexte, le clonage reproductif constituerait une potentielle atteinte à la dignité humaine, mais en l'espèce, quelle dignité humaine est en l'espèce en danger (§1) ? De plus, il semblerait que les conséquences du clonage reproductif humain soient davantage préjudiciables que la technique de clonage elle-même (§2).

### §1. Les personnes concernées par la présomption d'atteinte

433. Avant même l'intervention de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004, certaines institutions se sont prononcées en défaveur du clonage reproductif humain en raison principalement de sa contradiction avec la préservation de la dignité de la personne humaine. À ce titre, la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'Homme du 11 novembre

---

<sup>1364</sup> Kaplan J.-C. in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 69.

<sup>1365</sup> Conseil de l'Europe, *travaux préparatoires au protocole additionnel du Conseil de l'Europe*, 1998, p. 230 : à ce propos, La France avait déclaré en 1998 qu'« *il est permis de penser que la prohibition des atteintes à la dignité édictée par la législation française trouve application quand bien même la personne ne serait, au moment où se réalise l'opération du clonage, que la personne future appelée à naître* ».

<sup>1366</sup> Résolution de l'OMS, *Le clonage dans la reproduction humaine*, Cinquantième Assemblée mondiale de la santé, 14 mai 1997.



1997 assimile le clonage reproductif à une pratique contraire à la dignité humaine<sup>1367</sup>. Puis, le Comité Consultatif National d'Ethique, dans avis du 22 avril 1997, considère que le clonage à finalité reproductive est susceptible de remettre en question la dignité de la personne<sup>1368</sup>.

En l'espèce, de quelle dignité s'agit-il ? En matière de production de l'homme par clonage, deux entités sont concernées par le questionnement. En effet, soit c'est l'élément de moyen qui est touché, à savoir les cellules souches embryonnaires utilisées d'une personne, c'est-à-dire et par extension, la personne source (B) ; soit c'est l'élément de résultat qui est visé c'est-à-dire l'individu cloné (A).

### **A. La dignité de l'individu cloné ?**

**434.** Le problème réside dans la question de savoir si le clone peut bénéficier d'une certaine protection juridique. En d'autres termes, une fois né, l'individu cloné sera-t-il compris dans le champ de protection du principe de dignité ?<sup>1369</sup> Plus encore, cette dignité tomberait-elle sous le coup d'un non respect inhérent à l'origine même du clone ? En tout état de cause, l'individu cloné pourrait-il correspondre à autre chose qu'un être humain ? La qualité humaine pourrait difficilement lui être niée dans la mesure où il disposerait, par définition, du patrimoine génétique d'un être humain déjà existant ou ayant existé. Mais le clone pourrait-il être qualifié de personne humaine ? Son humanité ne pouvant lui être niée, et les conditions de naissance et de viabilité étant remplies, comment ne pourrait-il pas appartenir à la catégorie des personnes d'un point de vue juridique ? Il s'agirait bien d'une personne physiquement identique à une personne préexistante.

**435. Autonomie, identité et subjectivité du clone.** Si une partie de la doctrine, dont le Professeur Schrotten<sup>1370</sup>, attribue à la dignité les trois caractéristiques cumulatives

---

<sup>1367</sup> Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, 11 novembre 1997, art. 11 : « *des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains qui ne doivent pas être permises* ».

<sup>1368</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997 : l'avis s'interroge sur le clonage reproductif humain et notamment sur la question de « *l'introduction d'une reproduction asexuée dans l'espèce humaine* » et en conclut qu'elle constitue une atteinte radicale à la dignité humaine.

<sup>1369</sup> « Le clonage reproductif », Forum européen de bioéthique, « La famille en chantier », Strasbourg, éd. 2012 : c'est une des problématiques abordées par le Forum européen de bioéthique de 2012. Peut-on fabriquer l'humain ? Cet être aura-t-il la même dignité qu'une personne humaine ? On est dans la volonté de faire naître un enfant qui serait l'image partielle d'un être déjà existant : produire à partir d'un individu né un individu. Cet être humain aura droit au respect du à tout être humain.

<sup>1370</sup> Monsieur Egbert Schrotten est professeur de philosophie de la religion et spécialiste des questions d'éthique, et notamment d'éthique chrétienne, à l'Université d'Utrecht aux Pays-Bas. Il est également directeur du Centre

suivantes : l'autonomie, l'identité ou la singularité et la subjectivité ou la liberté ; le clonage reproductif entraîne-t-il une « *négarion de la dignité du clone* » au regard de ces trois caractéristiques<sup>1371</sup> ?

Tout d'abord et concernant son autonomie<sup>1372</sup>, le clone, même si le risque d'une dimension instrumentale n'est pas à exclure, disposerait d'une certaine autonomie. En effet, il constituerait un individu à part entière qui partagerait le patrimoine génétique d'une personne vivante voire décédée.

Ensuite et concernant son identité, ce patrimoine génétique commun à une personne préexistante empêcherait de retenir la singularité morphologique d'un clone<sup>1373</sup>. Toutefois, ceci ne vaut que pour les attributs physiques de l'individu cloné. En effet, le clone et sa source ne peuvent être « *biologiquement identiques* » dans la mesure où « *l'individualité d'un humain est façonnée par des facteurs psychologiques, sociaux et culturels* »<sup>1374</sup>.

Enfin, il pourrait y avoir une violation de la subjectivité du clone qui ne serait pas issu de la « *loterie génétique* »<sup>1375</sup>. En effet, chaque homme résulte du hasard et est donc « *source de*

---

universitaire de bioéthique et de droit de la santé. Ainsi, ses diverses qualités et sa conception de la dignité sont d'une grande importance pour la réflexion en l'espèce.

<sup>1371</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 102 ; v. en ce sens également Hottos G., *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, De Boeck Université, Bruxelles, 2001, v. clonage humain reproductif : l'auteur mentionne, à travers la définition du clonage reproductif, trois caractéristiques de la dignité humaine : autonomie, identité ou singularité, et subjectivité ou liberté.

<sup>1372</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 103.

<sup>1373</sup> Mattei J.-F., « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-377 : « *le moi est en cause. Comment être moi si je suis la copie d'un autre ?* ».

V. en sens Sfez L., « Introduction », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 170 : « *c'est la fin du stade du miroir par lequel l'enfant constitue son identité, en se reconnaissant soi-même comme autre dans l'image* ».

<sup>1374</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 103 : l'auteur ajoute qu'en plus, le clone et sa source bénéficient d'une différence d'âge qui, en terme d'identité, ne permet pas de les confondre.

V. en sens Sfez L., « Introduction », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 171 : « *un individu est le produit d'une interaction entre gènes et environnement* ». Ainsi, des individus peuvent être génétiquement identiques mais demeurer différents.

Comité Consultatif National d'Éthique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997, p. 18 cité in Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 25 : « *l'identité psychologique d'une personne se constitue essentiellement au travers et à partir d'une individuation subjective et biographique inépuisablement singulière et foncièrement irréductible à quelque programmation génétique que ce soit* ». Ainsi, le génome et donc l'apparence physique peuvent être identiques mais pas la personnalité.

Bulletin de la Société française de philosophie, Numéro du centenaire, 15 décembre 2001, Paris, Vrin, p. 86-87 : Jacques Derrida ne condamne pas le clonage car celui-ci ne compromettrait pas nécessairement la singularisation de l'existence.

<sup>1375</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 104.

liberté »<sup>1376</sup>. Toutefois, il faut rappeler que devenir un sujet humain libre dépend des contextes familial, environnemental et social dans lequel évolue l'individu. Ainsi, le clone ne serait pas totalement dépourvu de sa liberté.

**436. L'unicité de la personne, corollaire de la dignité.** En tout état de cause, il s'avère que l'unicité de la personne a été largement discutée car elle constitue, pour une partie de la doctrine, un corollaire de la dignité dans la mesure où la dégradation de l'unicité de la personne porte atteinte au respect de la dignité<sup>1377</sup>. Cette détérioration peut se manifester de diverses façons qui tendent à constituer des familles d'arguments contre le clonage reproductif humain, que l'argument soit celui du nombre, de l'identité physique ou morale, qu'il se réfère à l'environnement d'un individu ou à la nature humaine. Ainsi et c'est notamment à travers le fantasme du clonage humain de masse, qui renvoie à l'idée d'une fabrication de l'homme à la chaîne, que le risque d'altération de l'unicité de la personne est né. De plus, il s'avère que le clonage humain ne permet pas de constituer un individu à l'identité parfaite puisque « *la reproduction d'êtres humains identiques est une illusion* »<sup>1378</sup>. De toute évidence, il en va de même concernant l'identité psychique de la personne qui reste unique, c'est ce qu'on appelle « *le chemin de l'individualisation* »<sup>1379</sup> qui rend chaque être singulier non seulement d'un point de vue physique mais surtout d'un point de vue psychique et mental : la personne est faite de gènes mais également d'un environnement extérieur, d'une existence évolutive au cours de laquelle elle se construit et se déconstruit en gardant son identité psychique propre. Cloner une personne ne signifie pas cloner son âme, ni reproduire sa personnalité ou sa mémoire<sup>1380</sup>. Dans cette logique, ceci rappelle que la personne ne doit pas être réduite à ses gènes<sup>1381</sup> car l'environnement social et familial dans lequel elle évolue compte énormément. Et bien heureusement car « *si tout était génétique, il ne resterait rien*

---

<sup>1376</sup> Mattei J.-F., « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-377.

<sup>1377</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 11 : « *pour certains, le clonage reproductif humain constitue une atteinte au principe du respect de la dignité humaine en raison de l'atteinte portée à l'unicité de la personne du fait de la production en série d'un individu* ».

<sup>1378</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 12.

<sup>1379</sup> Prochiantz A., « Le clonage de Dolly », Les Cahiers du CCNE 1997, n° 13, p. 8 in étude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 12. Et cette individualité est chère à l'homme qui a peur de la perdre : v. Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, pp. 13-14 : v. n° 356-34 « *peur de perdre son individualité* ».

<sup>1380</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 13.

<sup>1381</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 13 : v. n° 356-33 « *non-réductibilité de la personnalité de l'homme à ses gènes* » ; C. Sureau, « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 81-82 : « *Les gènes, à eux seuls, ne suffisent pas à définir la personne. Ce qui fait l'homme et le différencie de l'animal et a fortiori du vivant, c'est l'extraordinaire capacité de ses cellules neuronales à s'émanciper de leur programme génétique, une capacité que ne possède aucune autre espèce* ».

*pour l'autonomie, le choix, la décision personnelle. Tout serait prédéterminé par la structure du génome* »<sup>1382</sup>. Le clonage reproductif humain semble inhérent à ce déterminisme génétique qui s'oppose au hasard génétique qui est censé fonder la nature humaine. A ce titre, le Comité Consultatif National d'Ethique précise que l'indéterminabilité génétique est un « *trait primordial de la condition humaine* »<sup>1383</sup>. Ainsi, et avec une technique de clonage, « *la loterie génétique serait supprimée* »<sup>1384</sup> laissant place à une certaine détermination des gènes de l'individu et limitant sa liberté.

En conséquence, si le clone dispose d'une dignité, au regard de l'analyse des trois critères susmentionnés, l'auteur semble affirmer que celle-ci ne serait pas nécessairement niée par la technique du clonage reproductif. Toutefois, et alors que son autonomie et sa liberté sembleraient préservées, l'identité de la personne à l'origine et aux fondements du clone, pourrait être diminuée. En effet, on peut souligner une certaine perte de singularité au moins morphologique et ainsi s'interroger sur l'éventuelle part de perte de sa dignité, en tant que source de l'individu cloné, que représenterait l'accomplissement d'un tel clonage reproductif. Il apparaîtrait curieux de voir grandir et évoluer un parfait double physique de soi. Pourtant, « *le clone n'est en effet ni l'autre ni le même* »<sup>1385</sup>, il est plutôt « *un même qui est un autre* »<sup>1386</sup>, ce qui le rend angoissant.

**437. Le clone, éventuelle victime de sa création.** Concernant les conséquences de la naissance d'un clone, rien n'indique que l'enfant issu du clonage intentera une action à l'encontre des auteurs de ce crime de clonage reproductif. Toutefois il convient de l'envisager dans la mesure où, en cas de naissance d'un enfant, le délai de prescription de l'action publique est de dix ans, à compter de sa majorité. Ainsi, il reste à supposer que le clone, une fois majeur, aura la possibilité de poursuivre l'auteur de l'infraction dont il a été victime. Une

---

<sup>1382</sup> Sureau C., *Alice au pays des clones*, Stock, 1999, p. 69. Ce réductionnisme génétique est également repris à l'article 2 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, UNESCO, 11 novembre 1997 : « *chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques ; cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité* ».

<sup>1383</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997, p. 19. Il ajoute que la méconnaissance reviendrait à méconnaître l'autonomie et la liberté de la personne et ainsi, conduirait à méconnaître la dignité humaine.

<sup>1384</sup> Atlan H., « Possibilités biologiques, impossibilités sociales », in Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p. 28 cité in étude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 14.

<sup>1385</sup> Sfez L., « Introduction », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 170.

<sup>1386</sup> Sfez L., « Introduction », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, p. 170.

partie de la doctrine considère que cette possibilité « *victimise* »<sup>1387</sup> cet enfant clone et reconnaît que « *le législateur parvient à concilier l'intérêt général qui commande de ne pas porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et la nécessité de sauvegarder la dignité humain du clone* »<sup>1388</sup>. Par cette affirmation, le clone est bien membre de l'espèce humaine et entre dans le champ d'application de la dignité humaine. Le droit a pris le problème dans le sens inverse : en effet, il ne détermine pas expressément la dignité du clone mais procède à la création d'une infraction pénale de clonage reproductif humain qui anticipe une éventuelle atteinte à une éventuelle dignité de l'individu. La loi ne dit à aucun moment que le clonage reproductif est prohibé en raison de l'atteinte à la dignité du clone, mais c'est ce qui est induit<sup>1389</sup>. Elle interdit la pratique avant qu'une atteinte ne survienne à l'encontre de qui ou de quoi que ce soit.

Toutefois, une partie de la doctrine pense que « *par la particularité de son statut (clone), une telle personne serait, plus que ne l'est toute personne dont la naissance laisse place à un principe biologique d'incertitude et d'imprévisibilité, exposée à des discriminations, à une instrumentalisation, voire à un asservissement dans ses rapports avec autrui, avec le groupe et la société* »<sup>1390</sup>.

**438.** Dans ce contexte, si la dignité du clone risque de connaître une quelconque altération, qu'en est-il de la dignité de la personne source à l'origine du matériel génétique intéressant le clonage ?

## **B. La dignité des cellules souches embryonnaires utilisées ?**

**439.** Le clonage reproductif humain tombe sous le coup d'une instrumentalisation indéniable de l'enfant à naître. Parce que l'on instrumentalise par là les cellules souches embryonnaires utilisées et donc le matériel génétique de la personne source mais également l'enfant à naître, issu de ce matériel génétique. Néanmoins, même l'enfant conçu, dépourvu de personnalité juridique, dispose d'une certaine protection. Ainsi, et sans bénéficier directement du principe de dignité de la personne humaine, l'embryon issu du clonage

---

<sup>1387</sup> Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82 et s..

<sup>1388</sup> Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82 et s..

<sup>1389</sup> Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 334-335.

<sup>1390</sup> Albert A., « Vers une interdiction mondiale du clonage des êtres humains ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 179.

reproductif, en vertu de son humanité et puisqu'il a une vocation certaine à naître, ne devrait pas pouvoir tomber sous le coup d'une instrumentalisation<sup>1391</sup>.

En effet, les cellules souches embryonnaires utilisées à ce titre, constituent un être humain en devenir, envisagé dans sa conception collective qui est celle de l'humanité. Ainsi, le clonage reproductif humain consiste à manipuler des cellules souches embryonnaires d'une personne existante, en l'espèce c'est le matériel génétique de la personne source qui est utilisé ; afin que, ces mêmes cellules, ce même matériel, devienne un enfant clone. Ce sont les mêmes cellules qui sont manipulées et donc instrumentalisées de deux manières et pour une même finalité : la naissance d'un individu au patrimoine génétique similaire à une personne ayant existé. Le problème de l'utilisation des cellules souches embryonnaires se pose donc en double termes.

En France, l'Académie de médecine prend une résolution le 5 juin 1997 faisant suite au cinquante-quatrième avis émis par le Comité Consultatif National d'Ethique le 22 avril 1997 qui tend notamment à réclamer une interdiction universelle du clonage reproductif humain. L'Académie considère que ce clonage constitue « *une atteinte à la dignité humaine, non plus considérée comme une fin mais comme un moyen, non comme une personne, mais comme un objet manipulable ; il s'opposerait par ailleurs à cette loi biologique fondamentale reposant sur la diversité qui fait la richesse évolutive de l'humanité* »<sup>1392</sup>. En effet, le clonage reproductif humain tendrait d'une certaine manière à réifier les embryons humains en se permettant de les rééditer, de les produire, voire de les reproduire et de les manipuler à souhait jusqu'à l'obtention de la naissance d'une personne.

**440. Des intérêts fondamentaux du clonage reproductif humain.** De toute évidence et en vertu de la difficulté que présente la reconnaissance d'une dignité de l'enfant conçu, il semblerait difficile voire impossible d'identifier une dignité des cellules souches. Toutefois, et à l'instar de l'enfant conçu, une cellule souche embryonnaire, dans le cadre d'un clonage reproductif, a vocation à « *devenir* ». Aussi, ce matériel génétique naturel et humain présente de nombreux avantages pour la médecine et la recherche scientifique. Le clonage humain, à

---

<sup>1391</sup> Le Breton D., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017 : à l'occasion du Forum de 2017 sur le thème de l'humain, le sociologue David Le Breton souligne le fait d'instrumentaliser un enfant à naître comme un problème éthique inhérent au clonage reproductif humain. Selon lui, l'enfant conçu est nécessairement instrumentalisé : en effet, il s'agit soit d'un enfant de remplacement soit d'un enfant double.

<sup>1392</sup> Collange J.-F., Houdebine L.-M., Huriet C., Lecourt D., Renard J.-P. et Testart J., débat animé par Nouvel P., *Faut-il vraiment cloner l'homme ?*, Forum Diderot, 20 octobre 1998, organisé par le Centre d'études du vivant et par l'Association Diderot, PUF, coll. « Forum Diderot », 1999, p. 10 cité par Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 26.

travers l'utilisation de cellules souches embryonnaires, présenterait divers intérêts dont les principaux viseraient essentiellement l'assistance médicale à la procréation, la lutte contre la maladie et la recherche fondamentale<sup>1393</sup>. En effet, c'est un intérêt plutôt thérapeutique qui est présenté par la technique afin de soutenir la médecine dans ses progrès incontestables.

Tout d'abord, en matière d'assistance médicale à la procréation, le clonage reproductif humain peut présenter un certain intérêt pour le couple stérile qui ne serait pas forcé d'avoir recours à une tierce personne pour se reproduire. De plus, la technique de clonage pourrait permettre « *d'accroître les chances de réussite d'une grossesse lorsqu'un seul embryon a pu être obtenu dans le cadre d'une fécondation in vitro* »<sup>1394</sup>.

Ensuite, et dans la lutte contre les maladies génétiques ou encore le cancer, le clonage peut présenter plusieurs intérêts : d'une part, en l'associant à un diagnostic préimplantatoire permettant la sélection d'un embryon dépourvu de maladie génétique<sup>1395</sup> ; d'autre part, en cherchant à expliquer le mécanisme du vieillissement cellulaire afin d'obtenir une meilleure approche du cancer<sup>1396</sup>.

Enfin, de grands progrès pourraient être réalisés en matière de recherche fondamentale grâce au clonage humain qui permettrait notamment d'avoir « *une meilleure connaissance du cytoplasme et du rôle de l'ADN mitochondrial* »<sup>1397</sup>.

Toutefois, ces intérêts se révèlent insuffisants face à l'instrumentalisation engendrée par la technique de clonage reproductif.

**441. L'instrumentalisation, critère spécial d'interdiction.** L'interdiction stricte en ce domaine découle principalement d'un argument éthique : celui de la non-instrumentalisation des personnes. En effet, la dignité suggère de ne pas instrumentaliser la personne humaine d'une manière générale voire le vivant de façon plus particulière. Rappelons que, selon la conception kantienne de la dignité, la morale impose de ne jamais traiter l'autre seulement comme un moyen mais toujours comme une fin en soi. En l'espèce, cet impératif prohibe « *l'instrumentalisation de la nature de la personne dans son*

---

<sup>1393</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, pp. 8-11.

<sup>1394</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 8.

<sup>1395</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 9 : v. n° 356-24 « clonage humain et lutte contre la maladie ».

<sup>1396</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 10 : v. n° 356-27 « clonage et cancer », le lien entre le clonage et le cancer paraît plus évident quand on sait qu'« *une cellule cancéreuse est une cellule différenciée redevenue indifférenciée* ».

<sup>1397</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 9 : v. n° 356-25 « clonage humain et recherche fondamentale ».

*ensemble* »<sup>1398</sup>. Il est question ici de concevoir la question sous l'angle de l'« *essence* »<sup>1399</sup> même de la personne. Ce qui permet, dans ce contexte, de rattacher au principe de dignité l'exigence de non-instrumentalisation du corps et de la personne.

Toutefois, il convient de soulever un point précis puisqu'une partie de la doctrine estime que dans le cas de la création d'un second enfant à des fins de transplantation d'organes, il n'y aurait « *pas d'instrumentalisation totale* »<sup>1400</sup> car cet enfant ne serait « *pas limité dans sa faculté morale* »<sup>1401</sup>. Il existerait donc une instrumentalisation relative qui serait acceptable et une instrumentalisation absolue qui, elle, serait condamnable. Pourtant, l'instrumentalisation ne devrait pas être distinguée selon des degrés puisque la présence même d'une infime instrumentalisation constituerait une atteinte au principe de non-instrumentalisation. Si la dignité humaine exige une non-instrumentalisation du vivant, ce principe doit être pris dans son ensemble et dans sa totalité. Il ne paraît pas convenable, des points de vue éthique, moral et juridique, de différencier l'instrumentalisation alors que le principe concerne la non-instrumentalisation des personnes et du corps humain voire du vivant. Ainsi, il est l'argument éthique idéal à ériger contre le clonage reproductif humain.

Considéré comme une « *nouvelle forme d'instrumentalisation de l'homme* »<sup>1402</sup>, le clonage reproductif humain doit rester interdit. En effet, l'existence de ces êtres clonés risquerait d'être instrumentalisée et « *réduite à une nouvelle forme d'esclavage (...) sélectionnés pour cette raison* »<sup>1403</sup>. Aussi, et par extension, on peut anticiper une certaine réification de la personne source du clone ainsi que de son matériel génétique. Elle serait quelque part « *esclave de [son] génome* »<sup>1404</sup> puisque celui-ci aurait été choisi pour être reproduit à l'identique – ou presque. Ainsi, le clonage reproductif humain sur ce point entrerait doublement en contradiction avec la dignité humaine qui empêche l'instrumentalisation et refuse la réification de l'homme, même quand il s'agit de cellules

---

<sup>1398</sup> Mieth D., « Ethique, morale et religion », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 141.

<sup>1399</sup> Mieth D., « Ethique, morale et religion », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 142.

<sup>1400</sup> Mieth D., « Ethique, morale et religion », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 142.

<sup>1401</sup> Mieth D., « Ethique, morale et religion », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 142.

<sup>1402</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 15 ; Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997, p. 20 : « *le clonage reproductif [entraîne] nécessairement par là une instrumentalisation de la personne qu'il s'agirait de faire naître* ».

<sup>1403</sup> Atlan H., « Possibilités biologiques, impossibilités sociales », in Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p. 30.

<sup>1404</sup> Atlan H., « Possibilités biologiques, impossibilités sociales », in Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p. 30.



souches embryonnaires car leur humanité leur confère une protection juridique. De plus et en l'absence de motif thérapeutique, la dignité humaine s'élève systématiquement en bouclier contre toute manipulation génétique susceptible de modifier l'espèce humaine. Enfin, les cellules souches embryonnaires utilisées dans une procédure de clonage reproductif le sont en vue d'une implantation dans un utérus et sont donc destinées à se développer jusqu'à la naissance. En vertu de la finalité du clonage reproductif, l'embryon visé en l'espèce est bien un être humain en formation et une personne humaine fortement potentielle. La potentialité de personne de ces embryons ajoutée à la modification de l'espèce humaine entraînée par cette technique représente un risque très élevé d'atteinte à la dignité humaine entendue dans son sens large.

**442.** La non-instrumentalisation est-elle réellement saisie par le droit ? Il conviendrait de compléter les articles 16 et suivants du Code civil concernant la primauté de la personne humaine, sa dignité et le respect absolu de son corps. En effet, dans le respect absolu du corps humain on pourrait consacrer d'une part la non-marchandisation ou la non-patrimonialité du corps et d'autre part sa non-instrumentalisation<sup>1405</sup>. Ainsi, le corps humain serait protégé de toute dimension pécuniaire et patrimoniale d'un côté, et de toute dimension utilitariste de l'autre, limitant sa réification et assurant sa protection absolue.

**443.** En conséquence et selon le Comité Consultatif National d'Ethique : « *il ne peut susciter qu'une condamnation éthique véhémente, catégorique et définitive. Une telle pratique, mettant en cause de manière radicale l'autonomie et la dignité de la personne, constituerait une grave involution morale dans l'histoire de la civilisation (...) une atteinte dégradante à la condition humaine* »<sup>1406</sup>. En considérant que le clonage reproductif soit constitutif d'une atteinte à la dignité humaine, il convient de voir en quoi risque-t-il de l'être réellement ?

---

<sup>1405</sup> C. const. fr., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, spéc. Consid. n° 18 : « *Ce principe de non-patrimonialité du corps humain est de nature à assurer le respect de la dignité de la personne* ». Ainsi, un parallèle peut être réalisé concernant la non-instrumentalisation du corps et de la personne qui elle aussi mériterait d'être associée au respect de la dignité de la personne.

<sup>1406</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997, p. 21.

## §2. Les moyens de l'atteinte à la dignité humaine

**444.** Il semblerait que la technique du clonage reproductif humain en elle-même ne porte pas atteinte à la dignité humaine. Toutefois, les conséquences du clonage reproductif peuvent constituer une atteinte à la dignité (A). De plus, c'est l'environnement extérieur à l'individu qui présente des risques d'entrave à la dignité (B).

**445. Les détracteurs du clonage reproductif.** Les arguments contre le clonage reproductif humain peuvent être divisés en deux temps<sup>1407</sup>. D'une part, il y a les arguments « *pratiques* »<sup>1408</sup> (ou utilitaires) qui considèrent la fin et les conséquences de la technique : le clonage humain est trop risqué dans la mesure où la technique en elle-même n'est pas encore maîtrisée. De plus, les connaissances en matière sociales, éthiques et religieuses relatives à la question du clonage sont encore limitées. D'autre part, il y a les arguments fondamentaux (ou déontologiques) qui visent des normes et des principes. À supposer que le clonage soit autorisé en France, ces arguments fondamentaux s'opposent et notamment en raison de la contradiction engendrée par la technique avec la prohibition de l'instrumentalisation de l'embryon humain. En effet, « *le respect de la dignité humaine dans ce qu'elle a de plus fondamental, la singularité de chaque individu issue du mélange aléatoire des génomes de deux parents, impose à la France, au travers de sa loi, d'interdire le clonage reproductif* »<sup>1409</sup>.

### A. La relativité de l'atteinte à la dignité : les conséquences dommageables

**446. L'indifférence du droit quant à la technique de clonage.** La technique de clonage notamment par transfert nucléaire n'entrerait pas en contradiction avec le principe de dignité humaine. En effet, il existe plusieurs arguments affirmant l'absence d'une atteinte à la dignité par la technique elle-même. En conséquence, cette absence d'atteinte à la dignité aurait pu rendre la technique acceptable mais ce sont les finalités du procédé qui le rendent intolérable.

---

<sup>1407</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 96.

<sup>1408</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 101.

<sup>1409</sup> Nisand I., « Diagnostic préimplantatoire et clonage reproductif », in Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, p. 604.

Si les techniques de clonage ne sont pas nocives pour la dignité, il en est autrement concernant leurs conséquences. Aussi, ce sont les effets du clonage qui peuvent être préjudiciables. Ce n'est donc pas la technique qui est visée mais la finalité dans la mesure où le premier article<sup>1410</sup> du protocole additionnel à la Convention d'Oviedo précise que la création d'un être humain génétiquement identique est interdite et ce, « *quelle que soit la technique utilisée* »<sup>1411</sup>.

**447. L'importance des conséquences de la technique.** « *Le clonage humain reproductif peut être moralement problématique mais s'il était sans danger, il ne semble pas être moralement inacceptable* »<sup>1412</sup>. La technique n'est pas mauvaise en soi mais elle dépend principalement de l'usage qui en est fait.

L'une des raisons pour lesquelles le clonage reproductif humain est interdit c'est parce qu'il représente un danger dans ses effets. Ainsi, le législateur fait application du principe de précaution. Pourtant, ce danger n'est pas issu de la technique elle-même et le clonage n'est pas plus dangereux qu'une autre manipulation génétique. Une partie de la doctrine reconnaît que la technique du clonage humain reproductif est condamnable en raison des conséquences qui pourraient être dommageables pour la condition humaine et contreviendraient au respect de l'exigence de la non instrumentalisation de la personne. En effet, dans son avis du 22 avril 1997, le Comité Consultatif National d'Ethique précise que « *quelle qu'en soit la finalité et quelle que soit la technique employée, toute forme de clonage, dès lors qu'elle consiste à introduire une reproduction asexuée dans l'espèce humaine, constitue une mise en cause radicale de la dignité de la personne* »<sup>1413</sup>. Aussi, on estime que « *toute atteinte à l'unicité de l'être humain mettrait l'humanité en danger, car c'est dans cette unicité que les droits fondamentaux comme l'autonomie et la dignité de la personne trouvent leur support* »<sup>1414</sup>. En l'espèce, Madame Sebag réalise que la singularité de l'être humain lui permet de fonder l'autonomie et la dignité de la personne. En d'autres termes, le caractère unique et singulier d'un individu est le critère déterminant son degré de dignité et d'autonomie. Toutefois, si on

---

<sup>1410</sup> Protocole additionnel à la Convention portant sur l'interdiction du clonage d'êtres humains, signé à Paris le 12 janvier 1998, art. 1 : « *est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort* ».

<sup>1411</sup> « La position du Conseil de l'Europe », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 171.

<sup>1412</sup> Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 111.

<sup>1413</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997.

<sup>1414</sup> Sebag V., *Droit et bioéthique*, Larcier, 2007, p. 141.

s'en réfère au triptyque énoncé par le Professeur Schroten, la dignité humaine est constituée par son identité singulière, son autonomie et sa liberté marquée de subjectivité. Si Madame Sebag réduit la dignité à la singularité de l'individu et la distingue de l'autonomie comme si elles étaient complémentaires, Monsieur Schroten exige que cette dignité soit soutenue par cette singularité mais également par l'autonomie et la liberté de la personne. Madame Sebag accepte une complémentarité de l'autonomie et de la dignité humaine alors que Monsieur Schroten fait de l'autonomie une composante de la dignité. En tout état de cause, les notions d'autonomie, de liberté et de dignité semblent, en ce domaine sensible de la bioéthique, être étroitement liées. Pour ce qui est de l'unicité de l'être humain, elle apparaît sans conteste comme un élément fondamental de la reconnaissance de l'humanité d'un individu et de la dignité de la personne.

Néanmoins, le clonage pourrait porter « atteinte à la diversité génétique de l'espèce » si la technique se développait à grande échelle<sup>1415</sup>. À ce titre et pour certains, il semblerait que le clonage reproductif constitue une atteinte à la dignité de l'espèce humaine mais pas à celle de la personne. Or, si porter atteinte à l'espèce c'est toucher au moins un de ses membres en tant que maillon de la chaîne humaine, il paraît difficile de respecter un ensemble en n'en ébranlant qu'une partie<sup>1416</sup>.

**448. La condamnation de la production de l'homme.** Enfin, un des enjeux éthiques du clonage reproductif réside dans la question de l'utilisation du clonage par transfert nucléaire pour « produire un bébé humain »<sup>1417</sup>. Ce mécanisme pourrait être utilisé en vue d'une « amélioration du taux de réussite des fécondations in vitro » et, par exemple, dans le cadre des traitements contre la stérilité<sup>1418</sup>.

Ainsi, le clonage offre à l'ensemble de l'espèce humaine « le pouvoir (...) de transformer tous les organismes vivants [et] de les reconcevoir en partant de zéro »<sup>1419</sup>. Toutefois, ce pouvoir de « re-conception » voire de création de l'homme tend à l'écarter de toute loterie génétique et de la dimension libertaire de hasard et de nature qui réside dans la naissance d'un être humain. Dans ce contexte, la conception de cet être cloné serait marquée par un déterminisme génétique qui incomberait à ses « concepteurs ». Celui qui clone un bébé

---

<sup>1415</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, pp. 637-638.

<sup>1416</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 17 : « comment peut-on porter atteinte à la dignité d'un groupe sans porter atteinte à la dignité d'au moins l'un de ses membres ? ».

<sup>1417</sup> McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 12-13.

<sup>1418</sup> McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 12-13.

<sup>1419</sup> Tudge C., « Qui a le droit de cloner qui ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 21.

ou qui manipule l'embryon *in vitro* détermine ses gènes<sup>1420</sup>. Il existe ainsi une sorte de responsabilité morale du fait de la détermination des gènes d'un individu humain. « *Si nous étions humbles, envisagerions-nous de nous cloner nous-mêmes ?* »<sup>1421</sup> : en tout état de cause, qui sommes-nous, pour « *imposer nos goûts* »<sup>1422</sup> à notre descendance ? Beaucoup critiquent et déplorent la prédétermination génétique opposée à la loterie génétique naturelle et hasardeuse. Le clonage doit ainsi rester un « *mode exceptionnel de reproduction humaine* »<sup>1423</sup>.

**449.** Si la technique de clonage en elle-même ne représente pas un danger pour la dignité, il semblerait que l'atteinte soit constituée par l'environnement social extérieur à l'individu.

## **B. L'atteinte à la dignité humaine par l'environnement extérieur à l'individu**

**450. La place du clone dans la société : une dignité bafouée par autrui.** La compatibilité du clonage reproductif avec le principe de dignité humaine pourrait être perturbée par l'environnement extérieur à la technique de clonage et au clone lui-même. En effet, dans une dimension sociale et sociétale du clonage il est important d'envisager des situations dans lesquelles le clone pourrait se sentir en infériorité par rapport aux autres. De ce fait, l'accueil de l'enfant cloné par la société, le regard de l'être humain « classique » sur l'individu cloné ou encore sa place dans la collectivité humaine doivent être pensés afin d'anticiper un quelconque non respect du clone. Si ce n'est donc pas dans la technique elle-même que le clonage trouve sa condamnation, c'est dans le regard et le « *comportement* »<sup>1424</sup> des autres. Autrui apparaît ici comme élément de perturbation de la dignité de l'individu cloné. Ce dernier risquerait d'être considéré comme un sous-homme voire une sous-personne dont la dignité serait bafouée au commencement de son existence. Ainsi on redoute les

---

<sup>1420</sup> Tudge C., « Qui a le droit de cloner qui ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 34. L'auteur poursuit en affirmant que « *nous sommes responsables de ce que nous nous permettons de déterminer* ». En effet, nous sommes responsables moralement du bien être et du destin d'une personne « *dans les proportions que l'humanité n'a jamais connu auparavant* ».

<sup>1421</sup> Tudge C., « Qui a le droit de cloner qui ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 36.

<sup>1422</sup> Tudge C., « Qui a le droit de cloner qui ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 36.

<sup>1423</sup> Tardu M., « Le droit face au clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 158.

<sup>1424</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 18 : « *cette stigmatisation révèle que ce qui porte atteinte à la dignité du clone, ou à la dignité de l'espèce humaine, ce n'est pas la technique de clonage, mais le comportement que les autres auront à son égard* ».

discriminations, la distinction de ce clone avec une personne classique, la peur de l'autre ou encore les différences de traitement qui pourraient être opérées entre un individu classique et un individu cloné.

La technique en elle-même ne portant pas atteinte à la dignité, il existe un risque de considérer que la seule existence du clone constitue le point de départ d'une dignité humaine bafouée, en vertu de son appartenance à une humanité dont la dignité aurait été écartée par l'acceptation du clonage reproductif humain.

**451. Les risques de dérives évidentes du clonage reproductif.** L'application de la technique par l'homme n'est pas négligeable. En effet, une utilisation poursuivant des finalités incompatibles avec le principe de dignité humaine est à bannir. Il existe plusieurs hypothèses envisagées par la doctrine comme « *déraisonnables* »<sup>1425</sup>. La première est celle de la quête d'immortalité<sup>1426</sup> par la personne qui souhaite se cloner. La deuxième est la volonté de puissance<sup>1427</sup> de la personne : toutefois seules les caractéristiques génétiques physiques peuvent être reproduites et non pas les caractéristiques psychiques qui ne peuvent être clonées. En l'espèce dans *Le Meilleur des mondes*<sup>1428</sup> sont créés des individus qui peuvent être assimilés à des « *anticlones* »<sup>1429</sup> puisque psychologiquement conditionnés à leur fonction et morphologiquement différents. La troisième est le développement d'un mercantilisme<sup>1430</sup> délirant avec par exemple la volonté de cloner un prix Nobel<sup>1431</sup>.

Ensuite, il est des situations intermédiaires comme la mort prévue d'un être cher, mais cloner un mari ou un enfant décédé relève pour le premier de l'inceste et pour le second d'un « *fantasme de maternité* »<sup>1432</sup>.

---

<sup>1425</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 84 ; v. également pour les écueils à éviter Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 101.

<sup>1426</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 84 : ce qui se révèle insensé puisque le donneur de cellule ne pourra pas lutter contre la mort.

<sup>1427</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 84.

<sup>1428</sup> Huxley A., *Le Meilleur des mondes*, Plon, 1932, 319 p.

<sup>1429</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 85.

<sup>1430</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 86.

<sup>1431</sup> Ce qui s'avèrerait insensé car la prédisposition génétique est impossible mais en plus mettrait en péril la diversité de l'espèce humaine et mettrait en cause sa dignité par l'instrumentalisation de l'embryon.

<sup>1432</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 88.

Enfin, il existe des situations particulières comme les réservoirs d'organes mais ici « *qui serait le clone de qui ?* »<sup>1433</sup>. De plus, l'auteur perçoit le diagnostic préimplantatoire non plus comme une forme d'eugénisme mais comme un clonage horizontal diagnostique<sup>1434</sup>. En définitive, Monsieur Sureau parle de « *fantasme de société* »<sup>1435</sup> par rapport auquel il faut garder certaines réserves légitimes en vertu notamment des diverses situations évoquées. Il faut ainsi rester dans le domaine du fantasme et maintenir la prohibition du clonage humain afin de ne pas entrer en contradiction avec la sauvegarde de la dignité humaine.

À côté de ces dérives, Monsieur Frydman met en lumière une série de raisons qui vont à l'encontre du clonage reproductif. Il estime qu'il n'y a pas de vrai besoin ni de progrès scientifique attendus de cette technique, qui présente par ailleurs des risques d'« *aliénation majeure* » et qui prône un « *primat du biologique* » ouvrant la voie aux dérives à éviter<sup>1436</sup>.

Enfin, le clonage humain représenterait un risque d'atteinte à la « *personnalité* » et à l'« *individualité* »<sup>1437</sup>. Mais également un risque d'atteinte à l'« *intégrité* » de la personne ainsi que des risques d'atteinte grave à la santé et de développement défectueux du clone<sup>1438</sup>. Le clonage reproductif tend à la transformation de l'humanité et de la reproduction humaine pour aller vers une reproduction asexuée de l'homme, ce qui supprime la loterie génétique<sup>1439</sup>.

---

<sup>1433</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 90 : en l'espèce on cherche à créer des embryons par clonage pour obtenir à partir de leurs cellules prélevées au stade blastocyste, des « *lignées* », différenciées de façon variée et utilisables en clinique humaine soit comme telles soit pour réaliser par leur association de véritables « *neo-organes de remplacement* ».

<sup>1434</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 90. *A contrario*, à propos de la transgénése et de la thérapie génique germinale, il évoque l'hypothèse d'une correction des anomalies humaines par la création d'un individu dont le patrimoine génétique serait différent de l'originel. Ainsi, nous ne sommes plus dans le champ du clonage humain puisque le patrimoine génétique est différent : v. p. 91.

<sup>1435</sup> Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 91 : « *Il s'agit plus d'un fantasme de société que d'un risque véritable pour l'humanité. (...) Les réserves les plus expresses sont d'une manière générale parfaitement légitimes quant à une telle pratique. Leurs raisons tiennent essentiellement aux risques médico-scientifiques (...) et aux possibles conséquences individuelles, psychologiques et familiales (...)* ».

<sup>1436</sup> Frydman R., « Le clonage reproductif et le clonage scientifique à visée thérapeutique », RGDM, n° 29, 2008, pp. 44-45.

<sup>1437</sup> Tardu M., « Le droit face au clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 154 et s. : comme le mentionne la Constitution suisse.

<sup>1438</sup> Tardu M., « Le droit face au clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 158.

<sup>1439</sup> « Le clonage reproductif », Forum européen de bioéthique, « La famille en chantier », Strasbourg, éd. 2012.

452. Toutefois, cette atteinte à la dignité humaine peut être, par extension, constitutive d'un crime contre l'espèce humaine, ce qui permet au législateur d'entériner l'interdiction du clonage reproductif humain.

## Section 2. La qualification pénale de crime contre l'espèce humaine

453. Si le crime contre l'espèce humaine est celui qui se dirige sur un membre de l'espèce humaine en tant qu'être humain, le crime contre l'humanité est celui qui est dirigé contre un être humain parce qu'il est humain, l'humanité ainsi entendue est le sentiment d'humanité, c'est ce sentiment d'humanité qui est atteint par un crime contre l'humanité. Dans un cas on porte atteinte à l'espèce humaine alors que dans l'autre on porte atteinte à l'humanité de l'homme. De plus, dans les crimes contre l'humanité on trouve d'abord le génocide puis s'en suit une liste de crimes érigés en crimes contre l'humanité par le législateur figurant dans le Code pénal à l'article 212-1 (des autres crimes contre l'humanité). Alors que les crimes contre l'espèce humaine désignent seulement les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif. Ainsi, cette qualification dépend « *du contexte dans lequel ils ont été commis puisque tous ces actes sont déjà pénalement sanctionnés sous d'autres qualifications* »<sup>1440</sup>. Toutefois, ne peut-on pas considérer que le clonage reproductif soit également un crime contre l'humanité dans la mesure où il pourrait se retrouver dans la catégorie numéro 11 mentionnée par l'article 212-1 du Code pénal « *les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique* » ? En effet, la personne source du clone peut soutenir une atteinte grave à son intégrité au moins physique mais aussi psychique de savoir qu'il existe son double morphologique qui partagerait ses caractéristiques génétiques. De plus et par extension, « *le droit à la vie n'est pas un droit à protection absolue, puisqu'il comporte des exceptions (...)* En revanche la valeur qui sous tend l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants – c'est-à-dire précisément la notion de dignité – ne souffre aucune limitation ». Le clonage humain n'est-il pas « *une forme de traitement inhumain* »<sup>1441</sup> ? En tout état de cause ce qui semble sous-tendre le crime contre l'humanité

---

<sup>1440</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 28.

<sup>1441</sup> Delmas-Marty M., « Certitudes et incertitudes du droit », in Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p. 75.



est la dignité<sup>1442</sup>. Le fait est que la dignité visée par le Code pénal est celle de la personne et non celle de l'humanité, alors que la valeur protégée devrait avoir une dimension collective. Cette dimension collective ne se retrouve qu'à travers la notion de dignité – qui elle-même est à la fois individuelle et collective – et celle d'humanité – qui jouit des mêmes dualités.

En vertu de cette collectivité, « *la modification des modalités de procréation touche à la nature même de l'espèce humaine (...) le ravage est immédiatement collectif* »<sup>1443</sup>.

**454.** Le clonage reproductif humain est donc également prohibé en raison de sa caractérisation pénale de crime contre l'espèce humaine. En effet, eu égard aux différents risques de dérives, fantasmes et autres entraves à la préservation de la dignité humaine inhérents à la technique de clonage, le législateur français s'est montré prudent en instaurant un régime prohibitif à l'encontre de celle-ci. Il s'agira alors de déterminer la nature juridique du clonage reproductif humain déterminée par le législateur (§1) afin d'observer le parallèle entretenu entre les crimes de clonage et d'eugénisme (§2).

## **§1. La détermination de la nature juridique du clonage reproductif humain**

**455.** En France, le clonage reproductif humain a été qualifié par le législateur de 2004. Entre crime contre l'humanité et crime contre l'espèce humaine, le choix était difficile<sup>1444</sup>. Certains regrettent même que le législateur ait préféré crime contre l'espèce humaine à la place d' « *expérimentation humaine abusive* »<sup>1445</sup>. L'infraction pénale est créée par la loi du 6

---

<sup>1442</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 28 : « *il semble que le point commun aux divers interdits énumérés comme crimes contre l'humanité [soit] la protection de la dignité humaine – et non la survie de l'espèce humaine* ».

<sup>1443</sup> Nisand I., « Diagnostic préimplantatoire et clonage reproductif », in Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, p. 604.

<sup>1444</sup> « Clonage : un "crime contre l'humanité" ? », Gèneéthique.org, 04 novembre 2003 : « *Marcela Iacub, juriste et chercheur au CNRS, revient sur la dénomination "crime contre l'humanité" attribuée au clonage dans le projet de révision des lois de bioéthique. Pour elle (...) c'est comme si il y avait un "crime" sans victime car si ce "crime" protège l'appartenance de la personne à l'espèce humaine, cela signifierait-il qu'un clone ne soit pas doté du statut d'être humain ? Marcela Iacub voit dans cette dénomination une volonté (...) de protéger "une entité collective qui serait définie par la reproduction sexuelle"* ». En effet, il n'est pas impossible que le législateur ait souhaité initialement protéger la reproduction sexuelle et surtout sexuée de l'homme. Il est même préférable que la reproduction telle que nous la connaissons soit préservée, et c'est notamment pour cette raison que le clonage reste interdit : il contribue au changement de la nature de la reproduction humaine qui, avec le clonage reproductif, tendrait à devenir une reproduction asexuée de l'espèce humaine.

<sup>1445</sup> « Comment qualifier le clonage reproductif ? », Gèneéthique.org, 17 mai 2004 : « *dans le journal Le Monde, Philippe Descamps, journaliste scientifique et professeur de philosophie, Louise L. Lambrichs, écrivain et professeur d'histoire de la médecine à la faculté de médecine de Créteil ainsi que Michel Onfray, philosophe reviennent sur la question du clonage reproductif(...) Or estiment-ils, cette qualification [de crime contre l'espèce humaine] "est aussi monstrueuse d'un point de vue symbolique que le crime qu'on entend condamner"*.

août 2004 qui qualifie le clonage reproductif humain de crime contre l'espèce humaine (A), mais le clonage reproductif ne connaît pas une prohibition universelle (B).

### **A. La qualification française de crime contre l'espèce humaine par la loi du 6 août 2004**

**456. Le clonage reproductif saisi par le droit pénal.** Faisant suite aux controverses suscitées par la naissance de la brebis Dolly dans le monde scientifique, aux risques de dérives et autres fantasmes humains et aux diverses analyses philosophiques, juridiques et scientifiques à propos du clonage<sup>1446</sup>, la loi de bioéthique du 6 août 2004 fixe un cadre juridique spécial prohibant le clonage reproductif humain. En matière de crimes et délits contre les personnes, le droit pénal sanctionne le non-respect de ces diverses dispositions et érige le clonage reproductif en crime contre l'espèce humaine, au même titre que le crime d'eugénisme<sup>1447</sup>. Le législateur français lui octroie donc la deuxième qualification pénale la plus grave après le crime contre l'humanité.

Le droit pénal intervient également dans les infractions relatives à la santé publique en matière d'éthique biomédicale. Le Code pénal protège l'espèce humaine des atteintes qui peuvent lui être portées et condamne le fait de se prêter à un prélèvement cellulaire pour participer au crime de clonage reproductif<sup>1448</sup>. En l'espèce, l'individu qui « *procède à une*

---

*Ils proposent de qualifier ce crime autrement en parlant "d'expérimentation humaine abusive" ce qui selon eux mettrait les futurs enfants clonés à l'abri de toute suspicion de non appartenance à l'espèce humaine ».*

<sup>1446</sup> Roux M., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017 : Monsieur Roux, fervent défenseur du transhumanisme, président de Technoprogram, l'Association Française Transhumaniste, s'exprime à l'occasion d'une table ronde du Forum de bioéthique. Il estime que la qualification pénale du clonage reproductif est une conséquence du « bruit » qu'a provoqué l'apparition de la brebis Dolly et de l'impact qu'a eu en France l'analyse de Monsieur Habermas condamnant le clonage reproductif humain. Il ajoute néanmoins que la réalité est au doute dans la mesure où le clonage humain n'a jamais été réalisé. Il se demande enfin si le choix du législateur de verrouiller radicalement la pratique et le débat est vraiment opportun.

<sup>1447</sup> Article 214-2 du Code pénal issu de l'article 28 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende* ». Cet article est reproduit à l'article L. 2163-1 du Code de la santé publique.

Article 214-3 du Code pénal issu de l'article 28 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *les infractions prévues par les articles 214-1 et 214-2 sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée* ».

Article 214-4 du Code pénal issu de l'article 28 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *la participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l'un des crimes définis par les articles 214-1 et 214-2 est punie de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende* ».

<sup>1448</sup> Article 511-1 du Code pénal modifié par l'article 28 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée* ». Cet article est reproduit à l'article L. 2163-2 du Code de la santé publique.

*intervention* » est un acteur direct du clonage dont l'acte de commission est sanctionné : ceci s'apparente à un clonage reproductif « *actif* »<sup>1449</sup>. Plus encore, la loi pénale sanctionne le fait d'encourager une personne à le faire et le fait de faire de la publicité voire de la propagande et donc d'inciter la population à recourir à toute technique de clonage reproductif<sup>1450</sup>. À ce titre, il convient de préciser que ces actes et le fait de se prêter à un prélèvement en ce sens s'apparentent à du clonage reproductif « *passif* »<sup>1451</sup> : la personne qui se prête à un prélèvement ou qui encourage le recours à la technique n'est ni actrice principale et ni actrice directe de la réalisation du clonage mais y contribue fortement. Toutefois, il reste à relever que le médecin qui procéderait à l'intervention en utilisant ses propres gènes, c'est-à-dire en se prêtant lui-même à un prélèvement, serait doublement auteur d'un clonage reproductif actif et passif et tomberait sous le coup de la disposition pénale la plus sévère qui condamne le fait de procéder à une telle intervention<sup>1452</sup>.

Ainsi, la loi possède un champ d'application large rendant la condamnation pénale du clonage reproductif complète. La loi détermine les personnes et activités concernées de façon précise, incriminant ainsi les éventuels auteurs et participants directs et indirects de ce crime contre l'espèce humaine.

**457.** La France a opté pour un régime d'interdiction et la loi *Bioéthique* de 2004 a érigé le clonage reproductif humain en crime contre l'espèce humaine, à côté du crime d'eugénisme. Toutefois, l'effectivité de cette position française ne sera pas totalement assurée tant que la prohibition d'un tel type de clonage n'aura pas de portée universelle.

## **B. Le défaut de caractère universel de la prohibition du clonage reproductif humain en droit international**

**458.** S'il était autorisé, le clonage reproductif humain toucherait l'espèce humaine dans son ensemble. Au vu de cette défaillance de portée universelle et de la carence des législations nationales qui ne sont pas toutes prohibitives, il est regrettable de ne pas trouver

---

<sup>1449</sup> Mistretta P., *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, pp. 378-379.

<sup>1450</sup> Article 511-1-2 du Code pénal créé par l'article 28 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, de provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Est punie des mêmes peines la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de l'eugénisme ou du clonage reproductif ».

<sup>1451</sup> Mistretta P., *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, pp. 379 et s..

<sup>1452</sup> Mistretta P., *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 380.

de convention internationale interdisant le clonage reproductif. Pourtant, l'article 22 de la loi de bioéthique du 6 août 2004 disposait que « *dans un délai d'un an à compter de la publication de la présente loi, le Gouvernement déposera devant le Parlement un rapport présentant les initiatives qu'il aura prises auprès des instances appropriées pour élaborer une législation internationale réprimant le clonage reproductif* »<sup>1453</sup>, afin d'atteindre l'objectif d'universalité de l'interdiction d'une pratique présentant clairement un danger pour l'espèce humaine entière. Il existe bien plusieurs textes non contraignants et contraignants à vocation universelle. Néanmoins, aucun d'entre eux « *ne répond simultanément à l'exigence d'universalité* »<sup>1454</sup> qui devrait coller à l'interdiction du clonage reproductif.

**459. Le clonage reproductif saisi par le droit.** Le droit international s'intéresse à la prise en compte du clonage notamment par la Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains. En effet, la Convention internationale contre le clonage des êtres humains à des fins de reproduction du 22 février 2005<sup>1455</sup> se prononce en défaveur du clonage reproductif humain, en raison notamment de son incompatibilité avec la dignité humaine<sup>1456</sup>. De plus, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme de l'UNESCO du 11 novembre 1997 interdit le clonage humain reproductif en raison de sa contradiction avec la dignité humaine<sup>1457</sup>. Toutefois, ces textes ne concernent pas le clonage thérapeutique et n'ont, par ailleurs, pas de caractère contraignant. Ils ne permettent donc pas une interdiction universelle du clonage humain, la marge de manœuvre étant laissée aux législations des Etats membres.

---

<sup>1453</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, art. 22.

<sup>1454</sup> Albert A., « Vers une interdiction mondiale du clonage des êtres humains ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 175.

<sup>1455</sup> Convention internationale contre le clonage des êtres humains à des fins de reproduction, Assemblée générale des Nations Unies, 22 février 2005.

<sup>1456</sup> Convention internationale contre le clonage des êtres humains à des fins de reproduction, Assemblée générale des Nations Unies, 22 février 2005 : « (...) *rappelant la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, adoptée le 11 novembre 1997 par la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, en particulier l'article 11 de la Déclaration dans lequel la Conférence a spécifié que des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne doivent pas être permises* » (p. 7) ; « *Consciente des problèmes éthiques que certaines applications des sciences de la vie en rapide évolution risquent de poser pour la dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales* » (p. 7) ; « *b) Les États Membres sont invités à interdire toutes les formes de clonage humain dans la mesure où elles seraient incompatibles avec la dignité humaine et la protection de la vie humaine; c) Les États Membres sont invités en outre à adopter les mesures voulues pour interdire l'application des techniques de génie génétique qui pourrait aller à l'encontre de la dignité humaine* » (p. 8).

<sup>1457</sup> Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, UNESCO, 11 novembre 1997, article 11 : « *des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains qui ne doivent pas être permises* ».

Puis, sous le contrôle du Conseil de l'Europe naît le protocole additionnel à la *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, portant interdiction du clonage d'êtres humains. Son article premier énonce l'interdiction du clonage reproductif : « 1. est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort ; 2. au sens du présent article, l'expression être humain "génétiquement identique" à un autre être humain signifie un être humain ayant en commun avec un autre l'ensemble des gènes nucléaires »<sup>1458</sup>. Le protocole lie interdiction du clonage reproductif, dignité et intégrité de la personne. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait déjà demandé en 1986 aux Etats membres d'interdire « la création d'êtres humains identiques par clonage ou par d'autres méthodes, à des fins de sélection de la race ou non »<sup>1459</sup>.

Ensuite, le Parlement européen, réclame la « répression pénale » en réaction à « toute possibilité de produire des êtres humains par clonage » dans deux résolutions de 1989 et 1993<sup>1460</sup>. Cette condamnation du clonage reproductif humain a été rappelée dans une résolution du 2 février 1998<sup>1461</sup>. Puis, il adopte la résolution sur le clonage des animaux et des êtres humains en 1997 affirmant que « le clonage humain est et doit rester interdit »<sup>1462</sup>. Puis, le Parlement européen est à l'initiative de la *Résolution contre le commerce d'ovules et le clonage* du 10 mars 2005<sup>1463</sup>, « (...) invite la Commission, en conséquence, à retirer tout soutien et tout financement au clonage des êtres humains dans le cadre de tout programme de l'Union européenne »<sup>1464</sup>. Le Parlement européen avait déjà mis en évidence le caractère contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du clonage humain et avait statué sur la non brevetabilité des procédés de clonage<sup>1465</sup>. De plus, la Charte des droits fondamentaux de

---

<sup>1458</sup> Article 1 du protocole additionnel à la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997, signé à Paris le 12 janvier 1998 ; v. à ce titre Cayla J.-S., « Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe », RDSS 1998, p. 283.

<sup>1459</sup> Recommandation du Conseil de l'Europe 1046, 24 septembre 1986, art. 14 A, IV, al. 2, relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins de diagnostics, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales, Conseil de l'Europe, Direction des affaires juridiques, Strasbourg, 1989.

<sup>1460</sup> Résolution Parlement européen, 16 mars 1989, JOCE 17 avril, n° C 96, p. 165 sur les problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique ; Résolution Parlement européen, 28 octobre 1993, JOCE 22 nov., n° C 315, p. 224 portant sur le clonage de l'embryon humain.

<sup>1461</sup> Résolution Parlement européen, 2 février 1998, JOCE 2 février, n° C 034, p. 164.

<sup>1462</sup> Résolution Parlement européen, 12 mars 1997, JOCE 14 avril, n° C 115, p. 92.

<sup>1463</sup> Résolution du Parlement européen sur le commerce d'ovules humains, P6\_TA (2005) 0074, 10 mars 2005.

<sup>1464</sup> Résolution du Parlement européen sur le commerce d'ovules humains, P6\_TA (2005) 0074, 10 mars 2005, point n° 11 ; « (...) invite la Commission, en conséquence, à exclure le clonage des êtres humains du financement du 7<sup>e</sup> programme-cadre de recherche » point n° 14.

<sup>1465</sup> Directive du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques, transposée en France par la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004, JORF n°286 du 9 décembre 2004 page 20801, considérant 40 : « considérant qu'un consensus existe au

l'Union européenne, signée à Nice en 2000, inscrit dans son premier chapitre consacré à la dignité, un article 3 à propos du droit à l'intégrité de la personne, qui précise l'interdiction expresse du clonage reproductif humain<sup>1466</sup>.

**460. L'absence de législation universelle contraignante.** Ainsi et depuis les années 1990 et tout particulièrement depuis la naissance de Dolly, la plupart des gouvernements et dirigeants du monde ont mis en œuvre une série d'outils juridiques contraignants sur les différents territoires nationaux<sup>1467</sup>. Or, une partie de la doctrine déplore, à raison, l'absence d'une véritable protection juridique internationale contre le développement des techniques de clonage reproductif humain. Ainsi, « *le véritable enjeu se situe au niveau international* »<sup>1468</sup> comme le rappelle le Comité Consultatif National d'Ethique qui précise également que si on souhaite « *se prononcer pour l'interdiction légale de tout clonage reproductif de l'être humain, il est de haute importance que l'argumentation éthique invoquée apparaisse le plus possible probante à l'échelle internationale comme nationale afin que des mesures concertées soient prises en ce sens partout dans le monde, condition indispensable de leur efficacité* »<sup>1469</sup>. De plus et depuis décembre 2001, la France, l'Allemagne et la Belgique se révèlent en faveur d'une convention internationale contre le clonage humain à des fins de reproduction<sup>1470</sup>.

La multiplication des interdictions nationales pourrait paraître inutile dans la mesure où il faut reconnaître la « *nature planétaire des enjeux* »<sup>1471</sup> du clonage humain qui touche l'ensemble de l'espèce humaine. À ce titre, une partie des experts onusiens met en garde contre le risque de dérives que cela risquerait d'engendrer. Ils affirment qu' « *en l'absence*

---

*sein de la Communauté quant au fait que l'intervention génique germinale sur l'homme et le clonage de l'être humain sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs; qu'il importe par conséquent d'exclure sans équivoque de la brevetabilité les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humaine et les procédés de clonage des êtres humains ».*

<sup>1466</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 18 décembre 2000, art. 3, 2°, al. 4 : « *dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés: (...) l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains* ».

<sup>1467</sup> Le Breton D., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017 : 169 pays sur 212 ont interdit le clonage reproductif humain.

<sup>1468</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 26.

<sup>1469</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997, p. 17 ; puis pp. 25-26 : « *le véritable enjeu dans l'immédiat consiste en effet à veiller à ce que la position rigoureuse qui est celle de la loi française et que les événements actuels viennent confirmer, influence les dispositions qui ne manqueront pas d'être prises sur le plan international. Cela devrait être possible, car de nombreux pays partagent les mêmes craintes et aucun instrument international ne vient pour le moment fragiliser les positions qui viennent d'être décrites* ».

<sup>1470</sup> Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82 et s..

<sup>1471</sup> Albert A., « Vers une interdiction mondiale du clonage des êtres humains ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 175.

*d'un accord international prohibant le clonage reproductif*» certains chercheurs pourraient le pratiquer dans des pays dont la législation le permet<sup>1472</sup>. Il existerait un réel risque que des clones humains naissent<sup>1473</sup> et que les diverses législations nationales ne soient pas en mesure de composer avec ces nouveaux individus, dont la légitimité de l'existence ne sera pas reconnue de façon universelle.

#### **461. Exemples de législations étrangères relatives au clonage reproductif.**

Beaucoup de législations nationales ont déterminé un régime juridique établissant la prohibition du clonage reproductif, mais pas toutes<sup>1474</sup>. Ainsi, l'idée d'une convention internationale concernant le clonage à des fins reproductives a-t-elle été envisagée : les délégations<sup>1475</sup> du Comité spécial sur la convention internationale contre le clonage d'êtres humains à des fins de reproduction « *sont unanimes pour condamner le clonage reproductif et favorables à l'élaboration d'une convention juridiquement contraignante visant son interdiction* »<sup>1476</sup>. Finalement c'est une convention non contraignante qui a été adoptée le 8 mars 2005 par l'Assemblée générale des Nations unies contre le clonage reproductif contraire à la dignité humaine<sup>1477</sup> suite à la déclaration de principes adoptée par la commission juridique de l'Assemblée générale du mois précédent<sup>1478</sup>.

Certains Etats ont opté pour une prohibition globale du clonage humain, d'autres ont pris position en faveur d'une prohibition du clonage reproductif seulement, impliquant une autorisation ou un vide juridique concernant le clonage thérapeutique<sup>1479</sup> et d'autres ne

---

<sup>1472</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 89.

<sup>1473</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 89 : Monsieur Tobin, coauteur d'un rapport de l'université des Nations unies sur le clonage reproductif humain publié en novembre 2007 met en garde sur un futur proche angoissant : « *il s'agit seulement d'une question de temps avant que des clones humains ne voient le jour et se multiplient en raison des avancées rapides de la recherche* ».

<sup>1474</sup> V. notamment *Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique*, UNESCO, juillet 2004.

<sup>1475</sup> Les délégations présentes viennent d'Allemagne, du Brésil, de Chine, du Costa Rica, de Croatie, d'Espagne, des Etats-Unis, de France, du Japon, du Liechtenstein, de Malaisie, de l'Ouganda, du Portugal, de la République de Corée, de Russie, du Saint-Siège, de Suède, de la Commission européenne, de l'OMS et de l'UNESCO.

<sup>1476</sup> « Vers une condamnation universelle du clonage reproductif », Gèneéthique.org, 28 février 2002.

<sup>1477</sup> Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains, AG/10333, 8 mars 2005.

<sup>1478</sup> Convention internationale contre le clonage des êtres humains à des fins de reproduction, Assemblée générale des Nations Unies, 22 février 2005.

<sup>1479</sup> Le clonage thérapeutique pose moins de problèmes éthiques que le clonage reproductif humain. Ce dernier aurait mérité une interdiction universelle en raison du bouleversement profond de l'humanité et de l'atteinte à l'intégrité de l'espèce qu'il peut engendrer. En revanche, une interdiction universelle du clonage thérapeutique n'est pas à déplorer dans la mesure où ce type de clonage n'a pas vocation à faire naître un être humain identique à un autre mais à soigner. Il demeure interdit en France mais toutes les législations nationales n'ont pas la même conception de la vie humaine et de l'embryologie humaine. Aussi, l'exigence de respect des cellules souches embryonnaires n'est pas commune à tous les Etats qui ne peuvent rencontrer d'harmonisation internationale en ce domaine, contrairement au clonage reproductif dont l'interdiction universelle a été recommandée à plusieurs reprises.

disposent d'aucune réglementation<sup>1480</sup>. En l'espèce, quelques exemples de législations encadrant le clonage reproductif permettent d'obtenir des éléments de comparaison et de constater que le défaut d'universalité de l'interdiction du clonage reproductif humain demeure.

**461.** En **Allemagne**, un rapport de 1985, *Fécondation in vitro, analyse du génome et thérapie génique*, recommande l'interdiction du clonage car il « *constitue une atteinte particulièrement grave à la dignité de l'être humain* »<sup>1481</sup>. De ce fait, la loi du 13 décembre 1990 organise la protection de l'embryon humain en son article 6<sup>1482</sup> et prohibe le clonage humain, y compris sa tentative, en le sanctionnant de cinq ans d'emprisonnement assortis d'une amende. Le texte interdit aussi la création et l'utilisation d'embryons à des fins autres que la reproduction. Cette décision est entérinée par le Bundestag qui s'oppose à tout type de clonage dans une résolution du 21 mars 1997. Ainsi, la législation allemande est totalement prohibitive. Néanmoins, la loi sur les cellules souches *Stammzellgesetz*, adoptée le 28 juin 2002, permet l'importation de cellules souches embryonnaires provenant d'embryons surnuméraires antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2002<sup>1483</sup> sous l'approbation d'un comité de surveillance<sup>1484</sup>, ce qui permet de s'interroger sur le caractère absolu de cette prohibition.

**462.** En **Espagne**, la loi du 22 novembre 1988 relative aux techniques de procréation médicalement assistée dispose que « *la création d'êtres humains identiques par clonage selon quelque méthode que ce soit ou pas tout autre procédé visant à l'amélioration de la race est une infraction très grave* »<sup>1485</sup>. De plus, le texte interdit toute tentative de création d'embryons avec ou sans fécondation, autre qu'à des fins de procréation.

---

<sup>1480</sup> V. notamment *Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique*, UNESCO, juillet 2004.

<sup>1481</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 21.

<sup>1482</sup> Loi allemande 745/90 du 13 décembre 1990, relative à la protection des embryons humains et l'interdiction des recherches sans bénéfice direct sur des sujets d'expérimentation incapables de donner leur consentement, v. art. 6 : § 6 Klonen (1) Wer künstlich bewirkt, daß ein menschlicher Embryo mit der gleichen Erbinformation wie ein anderer Embryo, ein Foetus, ein Mensch oder ein Verstorbener entsteht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer einen in Absatz 1 bezeichneten Embryo auf eine Frau überträgt. (3) Der Versuch ist strafbar. La peine encourue n'est que de cinq ans contre trente en France en cas de clonage reproductif humain et l'alinéa 3 précise que la tentative est punissable également.

<sup>1483</sup> Cette date du 1<sup>er</sup> janvier 2002 a été déplacée au 1<sup>er</sup> mai 2007 par un amendement voté par le Bundestag le 11 avril 2008.

<sup>1484</sup> *Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique*, UNESCO, juillet 2004.

<sup>1485</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 21 ; *Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique*, UNESCO, juillet 2004 : v. article 20 du Chapitre VI de la loi n° 35/1988 sur la procréation médicalement assistée.



**463.** Aux **Etats-Unis**, il n'existe pas de loi fédérale concernant le clonage humain. Ainsi, il appartient aux Etats membres de régler librement le clonage humain. Cependant, le 9 juin 1997, un rapport rendu par la NBAC qualifie le clonage humain de moralement inacceptable<sup>1486</sup>. Il réclame un moratoire auprès du Congrès américain qui décide immédiatement d'interdire le clonage pendant cinq ans. Par la suite, le Sénat rejette la proposition de loi du 31 juillet 2001 portant interdiction de tout clonage humain votée par la Chambre des Représentants. Séduit par le clonage thérapeutique, le Sénat est opposé à une interdiction totale du clonage humain. Enfin, par un rapport *Human cloning and human dignity : an ethical inquiry*, le Président du Conseil de bioéthique américain<sup>1487</sup> s'est prononcé pour l'interdiction définitive du clonage reproductif humain<sup>1488</sup>. À ce jour, l'Arizona, l'Arkansas, le Michigan, la Dakota du Nord, l'Oklahoma, la Dakota du Sud et la Virginie interdisent totalement le clonage humain. Puis, la Californie, le Connecticut, l'Illinois, l'Iowa, le Maryland, le Massachusetts, le Missouri, le Montana, le New Jersey et le Rhode Island prohibent le clonage reproductif sans que l'interdiction ne concerne le clonage thérapeutique. Le Minnesota semble interdire le clonage thérapeutique sans évoquer le clonage reproductif. Seuls ces dix-huit Etats encadrent et réglementent le clonage humain de façon explicite. Les autres ignorent la question et laissent un vide juridique à ce propos ou ne l'abordent que de façon indirecte au travers d'autres questions<sup>1489</sup>, laissant un flou juridique. Aucun d'entre eux n'interdit le clonage humain de façon expresse, qu'il soit reproductif ou thérapeutique.

**464.** En **Italie**, le Comité national pour la bioéthique a conclu le 22 juin 1996 à l'illicéité morale de la production d'êtres humains génétiquement identiques par scission ou clonage. Dans l'attente d'une loi, le ministère de la santé a édicté l'ordonnance relative à l'interdiction des pratiques de clonage humain ou animal le 5 mars 1997 prohibant totalement toute forme de clonage<sup>1490</sup>. Enfin, la loi du 19 février 2004 interdit l'expérimentation sur l'embryon et, ainsi, les clonages reproductif et thérapeutique<sup>1491</sup>.

---

<sup>1486</sup> « Cloning Human Beings Reports and Recommendations of the NBAC », Rockville, Maryland, 9 juin 1997, in Collange J.-F., Houdebine L.-M., Huriet C., Lecourt D., Renard J.-P. et Testart J., débat animé par Nouvel P., *Faut-il vraiment cloner l'homme ?*, Forum Diderot, 20 octobre 1998, organisé par le Centre d'études du vivant et par l'Association Diderot, PUF, coll. « Forum Diderot », 1999, p. 10.

<sup>1487</sup> Ce Conseil succède à la NBAC.

<sup>1488</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, pp. 22-23.

<sup>1489</sup> « Appendix: State Laws on Human Cloning », *The New Atlantis*, Number 46, Summer 2015, pp. 95-106.

<sup>1490</sup> *Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique*, UNESCO, juillet 2004 : l'article 1 de l'ordonnance prévoit que « toute forme d'expérimentation et d'intervention, quel que soit le procédé, visant même indirectement un clonage humain ou animal, est interdite ». De plus, pour « toute

**465.** Au **Japon**, la loi relative à la *réglementation des techniques de clonage humain ou aux autres techniques similaires*, a été adoptée en novembre 2000 et est entrée en vigueur en juin 2001. Elle « *prévient la naissance d'un humain cloné par l'interdiction de transplantation d'embryons de clone dans l'utérus d'une femme ou d'un animal* »<sup>1492</sup>. Les embryons clonés et la recherche sur l'embryon sont soumis à des « *lignes directrices relatives à la gestion des embryons spécifiques* »<sup>1493</sup>. En juillet 2004, le Comité de bioéthique a publié un rapport qui suggère d'autoriser la conception d'embryons à des fins de recherche incluant des embryons de clone d'embryons et qui encourage la création d'un système de monitoring<sup>1494</sup>. Ainsi, la législation japonaise n'est pas la plus prohibitive de toutes et on peut s'interroger à propos de l'avenir du droit en ce domaine avec le développement des biotechnologies, dans une société connue pour sa participation à l'essor et au développement technologique.

**466.** Au **Royaume-Uni**, *the Human Fertilization and Embryology Act* de 1990 prohibait déjà le remplacement du « *noyau d'une cellule embryonnaire par un noyau prélevé sur la cellule de toute personne, embryon ou stade de développement ultérieur à l'embryon* »<sup>1495</sup>. La loi ne semble donc pas applicable au clonage puisqu'il s'agit de transférer un noyau dans un ovocyte énucléé et non pas dans une cellule embryonnaire. Suite à cela, la *Human Genetics Advisory Commission* et la *Human Fertilization and Embryology Authority* (HFEA) ont lancé, le 30 janvier 1998, une consultation publique accompagnée d'un rapport intitulé le *Cloning Issues in Reproduction, Science and Medicine*. En juin 1999, le gouvernement maintient sa position condamnant le clonage reproductif humain : la révision de la première loi a abouti à sa prohibition<sup>1496</sup>. Toutefois, le 17 novembre 2001, la Chambre

---

*personne qui réalise un projet afin d'obtenir un être humain à partir d'une seule cellule génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort* », la peine encourue est de vingt ans d'emprisonnement.

<sup>1491</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, pp. 21-22.

Loi relative aux règles en matière d'assistance médicale à la procréation, art. 13 al. 1 : « *I. E vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano* », littéralement « *toute expérimentation sur chaque embryon humain est interdite* ».

<sup>1492</sup> Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique, UNESCO, juillet 2004.

Art. 3 : « *Personne ne doit transférer un embryon de clone humain somatique, un embryon amphitimidique humain animal, un embryon hybride humain-animal ou un embryon chimérique humain-animal dans un utérus d'un être humain ou animal* ».

<sup>1493</sup> Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique, UNESCO, juillet 2004 : ces lignes directrices sont élaborées par le Ministre de l'Éducation, de la Culture, des Sports, des Sciences et des Technologies. Selon les directives publiées en décembre 2001, relatives à la manipulation d'embryons spécifiques, la recherche sur les embryons est permise uniquement en utilisant des embryons surnuméraires résultant du traitement FIV dans les quatorze premiers jours du développement de l'embryon.

<sup>1494</sup> Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique, UNESCO, juillet 2004.

<sup>1495</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 21.

<sup>1496</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 21.

des Communes a adopté une loi interdisant le clonage reproductif. Validée par la Chambre des Lords, cette loi prévoit dix ans de prison à « *toute personne coupable d'avoir implanté dans l'utérus d'une femme un embryon humain issu du clonage* »<sup>1497</sup>.

**467.** En Suisse, la Constitution fédérale du 18 avril 1999 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, interdit toute forme de clonage humain<sup>1498</sup>. Il semble pertinent de souligner que ladite Constitution consacre un chapitre aux droits fondamentaux, parmi lesquels figure la dignité humaine<sup>1499</sup>, contrairement à la Constitution française.

**468.** Ces diverses législations prohibitives reposent sur l'application du principe du droit à la vie de l'embryon<sup>1500</sup> qui est protégé en vertu de sa potentialité de vie humaine<sup>1501</sup>. Par ailleurs, le principe récurrent est celui de la dignité humaine : le Comité d'éthique français interdit le clonage en raison de la « *mise en cause radicale de la dignité de la personne* » qu'il provoque<sup>1502</sup>. Il existe de surcroît une crainte légitime et relative à l'instrumentalisation de la personne.

**469.** En tout état de cause la France n'ignore pas la question du clonage humain, qu'il soit reproductif ou thérapeutique : un cadre juridique existe. Ainsi, si le législateur français de 2004 a bien déterminé la nature juridique du clonage reproductif humain, il a également établi un parallèle avec le crime d'eugénisme.

---

<sup>1497</sup> « Grande Bretagne : interdiction totale du clonage reproductif d'humain », Gèneéthique.org, 05 décembre 2001.

<sup>1498</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse, 18 avril 1999, art. 119 *procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain* : « 1. L'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique. 2. La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants : a. toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et d'embryons humains sont interdites; b. le patrimoine génétique et germinal non humain ne peut être ni transféré dans le patrimoine germinal humain ni fusionné avec celui-ci; (...) ».

<sup>1499</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse, 18 avril 1999, art. 7 *dignité humaine* : « La dignité humaine doit être respectée et protégée ».

<sup>1500</sup> Tardu M., « Le droit face au clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 156.

<sup>1501</sup> Conseil de l'Europe, *travaux préparatoires au protocole additionnel du Conseil de l'Europe*, 1998, p. 230 : la France a déclaré qu'« *il est permis de penser que la prohibition des atteintes à la dignité édictée par la législation française trouve application quand bien même la personne ne serait, au moment où se réalise l'opération du clonage, que la personne future appelée à naître...* ».

<sup>1502</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, du 22 avril 1997, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*.

## §2. L'entretien d'un parallèle avec le crime d'eugénisme

470. La loi de bioéthique du 6 août 2004 assimile le clonage reproductif humain au crime d'eugénisme, ce qui facilite son interdiction en droit français (A). De surcroît et au vu de la similarité des objectifs poursuivis par les techniques, le cumul des pratiques eugéniques et de clonage n'est pas exclu et pourrait s'avérer particulièrement dangereux pour l'avenir de l'espèce humaine (B).

### A. La rédaction des dispositions législatives associant les procédés génétiques

471. Une partie de la doctrine estime que le clonage reproductif humain se distingue de l'eugénisme dans la mesure où « *il aboutit, mais ne tend pas directement, à l'organisation de la sélection des personnes* »<sup>1503</sup>. En d'autres termes, c'est la finalité, l'objectif du clonage reproductif qui peut participer à la sélection des personnes et donc être permettre au clonage d'être assimilé au crime d'eugénisme. Ce qui veut dire que le clonage reproductif en lui-même n'est pas une forme d'eugénisme et ceci ne vaudrait que pour certaines pratiques, certains buts poursuivis. Or et à ce jour, toute forme de clonage humain est illégale, quelle que soit la méthode ou la finalité engagée et le clonage reproductif doit être traité au même titre que le crime d'eugénisme c'est-à-dire en crime contre l'espèce humaine<sup>1504</sup>.

472. **Le parallélisme entretenu en droit pénal : une qualification pénale commune.** De ce fait, la rédaction du Code pénal lors de l'introduction des dispositions de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 interdisant explicitement le clonage humain en témoigne. Dans le livre II des crimes et délits contre les personnes, le titre premier est consacré aux crimes contre l'humanité et à ceux commis contre l'espèce humaine. Le deuxième sous-titre, qui traite donc des crimes contre l'espèce humaine, est composé d'un chapitre réunissant les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif<sup>1505</sup> et d'un autre concernant les dispositions communes aux deux crimes<sup>1506</sup>. Ainsi, avec une caractérisation pénale partagée entre les deux crimes on peut estimer qu'un parallèle est entretenu par le législateur de 2004 et les rédacteurs

---

<sup>1503</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 29.

<sup>1504</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 26 : « *le fait de vouloir donner naissance à un individu génétiquement identique à un autre, qu'il s'agisse d'un embryon – par scission ou par transfert de noyau – ou d'un adulte – par transfert de noyau – constitue une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes* ».

<sup>1505</sup> V. art. 214-1 à 214-4 du Code pénal.

<sup>1506</sup> V. art. 215-1 à 215-3 du Code pénal.

du Code pénal. Cette idée est d'autant plus renforcée que les deux infractions se rejoignent dans leur qualification mais également dans leur sanction et sont punissables par trente ans de réclusion criminelle et de l'amende pénale la plus élevée<sup>1507</sup>. Enfin et concernant les infractions en matière d'éthique biomédicale, la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique fait perdurer cette association en incluant dans le même article les sanctions relatives à la publicité et à la propagande en faveur de l'un ou de l'autre des crimes contre l'espèce humaine<sup>1508</sup>.

**473. Le parallélisme en droit civil.** Les lois *Bioéthique* de 1994 sont à l'origine de l'article 16-4 du Code civil dont la rédaction a changé grâce à l'apport exprès de la loi concernant l'interdiction du clonage reproductif. Initialement, cet article était rédigé de la façon suivante : « *nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* »<sup>1509</sup>. Ainsi, pour le Conseil d'Etat, et ce même avant la rédaction issue de la loi de 2004, le clonage reproductif « *porte évidemment atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et constitue une transformation des gènes dans le but de modifier la descendance de la personne, toutes choses formellement prohibées* »<sup>1510</sup>. Cette conception est étroitement liée à la notion d'eugénisme. D'une part, parce que le droit français considère que les deux techniques sont susceptibles de porter atteinte à l'intégrité de l'espèce ; et, d'autre part, parce qu'elles ont toutes deux vocation à modifier la descendance d'une personne et

---

<sup>1507</sup> V. art. 214-1 du Code pénal : « *le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende* » pour la pratique directe de l'eugénisme et art. 214-2 du Code pénal : « *le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende* » concernant la pratique directe du clonage reproductif humain.

<sup>1508</sup> Art. 511-1-2 al. 2 du Code pénal : « *est punie des mêmes peines la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de l'eugénisme ou du clonage reproductif* ».

<sup>1509</sup> Cayla J.-S., « Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe », RDSS 1998, p. 283 : art. 16-4 du Code civil jusqu'à la loi de bioéthique du 6 août 2004, n'interdisant qu'implicitement le clonage humain.

<sup>1510</sup> Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999, p. 16 : cette remarque est issue du rapport public du Conseil d'Etat paru en 1998 relatif au droit de la santé. Il relevait que, même sous l'égide de la loi de 1994, la lecture de l'article 16-4, qui ne mentionnait pas encore expressément l'interdiction du clonage reproductif humain comme après la modification issue de la loi de 2004, pouvait se faire comme instaurant « *de jure* » la prohibition du clonage reproductif. Cette analyse juridique est également reprise par le Comité Consultatif National d'Ethique dans son avis n° 54 (Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997). Le Conseil d'Etat précise que « *la production en laboratoire d'êtres humains répondant à des caractéristiques physiques voire mentales, constituerait une atteinte à la dignité et à la liberté de l'homme plus radicale encore que ne le fut l'esclavage* » : Conseil d'Etat, rapport 1998, *Réflexions sur le droit de la santé*, François Stasse, Doc. fr. Etudes et documents du Conseil d'Etat, n° 49, 509 p. cité in Cayla J.-S., « Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe », RDSS 1998, p. 284.

donc l'espèce elle-même. Ainsi, et dans le cadre d'une crainte de la modification non naturelle de l'espèce humaine, le clonage reproductif est associé au crime d'eugénisme.

474. Dans le cadre de la protection pénale de l'espèce humaine, retrouvée dans la catégorie des crimes et délits contre les personnes dans un titre consacré aux crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine, un seul et même chapitre concerne les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif, avant les atteintes à la personne. Ainsi et à l'instar du Comité Consultatif National d'Ethique, le législateur considère à raison que le clonage est une forme d'eugénisme. En conséquence, le parallèle est entretenu notamment parce que le cumul des pratiques biomédicales peut être réalisé.

## **B. L'eugénisme par la pratique du cumul des techniques biomédicales**

475. Dans une société fantasmagorique, l'autorisation du clonage reproductif humain pourrait susciter le cumul des techniques biomédicales. Dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, après une sélection eugénique à l'occasion de laquelle on aurait choisi le meilleur embryon *in vitro* par le biais d'un diagnostic préimplantatoire. Une fois cet individu né, on pourrait faire application d'une logique transhumaniste afin d'obtenir le meilleur individu aux niveaux morphologique et psychique<sup>1511</sup>. Enfin et après obtention de l'être parfait, le clonage reproductif interviendrait en tant que mode de production ou de reproduction asexuée de cet être parfait préalablement sélectionné et augmenté.

Une partie de la doctrine ne nie pas le fait que le clonage reproductif humain présente bien des « *risques d'eugénisme* »<sup>1512</sup>. Plus qu'un risque d'eugénisme c'est un double risque de sélection des êtres humains et de reproduction asexuée de l'homme qui est visé ici. Ce double risque aurait notamment pour effet la reformulation de la notion de sexualité et de la reproduction humaine. L'espèce, en passant à une reproduction asexuée, serait alors transpercée par de profonds bouleversements relatifs dans un premier temps à son origine. De plus, cela risque de remettre en cause certains dogmes ancrés dans une société où la famille et le concept de parentalité sont déjà soumis à de nombreux changements de forme<sup>1513</sup>.

---

<sup>1511</sup> C'est-à-dire augmenter cette personne jusqu'à ce qu'elle devienne la plus forte, la plus intelligente et qu'elle dispose des meilleures caractéristiques physiques possibles.

<sup>1512</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 80.

<sup>1513</sup> Huxley A., *Le Meilleur des mondes*, Plon, 1932, p. 48 : à titre illustratif, dans le célèbre roman *Le meilleur des mondes*, la notion de « parent » est par exemple inconnue aux personnages : « *les êtres humains, autrefois, étaient (...) vivipares* » ; p. 49 : « (...) *en ces jours de grossière reproduction vivipare, les enfants étaient toujours élevés par leurs parents, et non dans des Centres de Conditionnement de l'Etat* ».

476. Ainsi, un cumul des pratiques génétiques peut être opéré dans cet unique but de sélection : il s'agit dans un premier temps de choisir, donc de sélectionner, un individu humain qui, une fois élu, sera dans un second temps cloné. En fait, si le clonage reproductif venait à être légalisé, le risque ainsi encouru serait celui d'un certain clonage de masse à travers lequel se dessinerait l'intention pour l'homme de produire et reproduire une certaine partie de la population selon certains critères. Dans ces circonstances, il est possible de reconnaître l'existence d'une opportunité de cumuler les deux dans le but de modifier l'espèce humaine afin de ne garder que les meilleurs membres de la famille humaine. Il s'agirait de cumuler sélection et reproduction asexuée en vue d'une amélioration de l'humanité. Ainsi, le clonage reproductif peut, par nature, être assimilé aux pratiques eugéniques.

477. **Des objectifs similaires.** On trouve, entre le transhumaniste et le défenseur du clonage reproductif, un certain nombre de points communs dont la quête de l'immortalité et la recherche de la très bonne santé. Toutefois, certains y ajoutent qu'en plus de la mort de la mort, le clonage, à l'instar du transhumanisme, peut poursuivre également une autre quête : celle de la mort de la mort de l'Univers<sup>1514</sup>. « *Quel est le but ultime de l'humanité, de la science? Pour Clément Vidal, la réponse à cette dernière question est claire: le but ultime de la science est de combattre la mort de l'Univers, par la création artificielle de nouveaux univers* »<sup>1515</sup>. En conséquence, le clonage est-il constitutif d'une évolution de l'espèce ou à l'inverse empêche-t-il l'évolution naturelle de l'espèce humaine ? Le clonage est-il une évolution en lui-même ou représente-t-il une stagnation voire un recul de l'espèce ?

Déjà en 1997, le Parlement européen affirme que le clonage reproductif « *permet une sélection eugénique et raciste de l'espèce humaine* »<sup>1516</sup>. La même année, la Commission européenne via le Groupe de Conseillers pour l'éthique des biotechnologies (GCEB) met en garde contre « *l'instrumentalisation de l'homme voire le danger d'eugénisme [qui le rendrait] éthiquement inacceptable* »<sup>1517</sup>. Les institutions européennes observent et entretiennent donc ce même parallèle.

---

<sup>1514</sup> Tremolet de Villers V., « Laurent Alexandre : "Bienvenue à Gattaca deviendra la norme" », *Le Figaro*, 2 juin 2017 : « *la mort de la mort n'est qu'une étape: les transhumanistes veulent rendre l'univers éternel* » ; « *l'espèce humaine va devenir immortelle* ».

<sup>1515</sup> Tremolet de Villers V., « Laurent Alexandre : "Bienvenue à Gattaca deviendra la norme" », *Le Figaro*, 2 juin 2017.

<sup>1516</sup> Résolution Parlement européen, 12 mars 1997, JOCE 14 avril, n° C 115, in Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 635.

<sup>1517</sup> Commission européenne, GCEB, avis n° 9, Aspect éthiques des techniques de clonage, 28 mai 1997, in Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 636.

Madame Thiel, médecin spécialiste en éthique, reconnaît un lien entre le transhumanisme et le clonage. En effet, elle estime qu'il y a des êtres de substitution. Ils consistent à continuer la personne en étant sa propre reproduction identique<sup>1518</sup>. Par le biais du transhumanisme, la personne peut se continuer car la quête principale de ce courant est la mort de la mort. De plus et par le biais d'une technique de clonage reproductif, la personne peut se continuer en reproduisant son information génétique et la transférant dans un nouvel être qui disposera donc d'un patrimoine génétique similaire. La question de la continuation de l'homme est au centre des préoccupations qui lient transhumanisme et clonage. Toutefois, certains défenseurs du courant transhumaniste s'indignent de la rumeur qui court à propos du « *fantasme* »<sup>1519</sup> concernant la volonté d'un transhumaniste de se cloner. Il soutient que les transhumanistes souhaitent seulement améliorer la santé de l'homme en proposant le meilleur soin, la meilleure thérapie afin de parvenir au meilleur état de santé possible.

**478. Les réservoirs d'organes : le clonage humain poussé à son paroxysme.** Les réservoirs d'organes consistent en une réserve dans laquelle on peut puiser des organes dont une personne aurait besoin soit parce que le sien est malade soit parce qu'il n'est plus. Les organes sont des éléments constitutifs du corps de chaque être humain, certains d'entre eux sont vitaux mais il n'empêche qu'ils occupent tous une place particulière dans le corps humain. Ainsi, certains ont estimé que le clonage pouvait être l'occasion de créer des réserves humaines dont les individus compatibles pourraient disposer. L'idée s'adapte aux deux types de clonage. D'une part, on peut disposer de lignées cellulaires, créées dans le cadre d'un clonage thérapeutique et utilisables pour créer des organes à l'infini pour le patient source des cellules. À ce titre, le « père » du premier bébé éprouvette estime qu'« *on peut imaginer des clones qui permettraient de disposer de lignées cellulaires pour fabriquer des organes de rechange en cas de maladie ou d'accident (...) pour refaire un foie ou un cœur* »<sup>1520</sup>. D'autre part, on peut procéder par clonage reproductif à la création d'un être humain génétiquement identique à une personne vivante et on se sert de cet enfant clone pour soigner la personne source qui est forcément compatible. Cette seconde hypothèse rejoint celle du bébé

---

<sup>1518</sup> Thiel M.-J., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1519</sup> Coeumelle D., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1520</sup> Propos de M. Edwards rapportés par Postel-Vinay O. et Millet A., in « Comment ça va, Dolly ? Le clonage des mammifères passe à la vitesse supérieure », La Recherche, n° 297, avril 1997, pp. 50-63 ; Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 32 : « *Certains proposent même de laisser ces embryons se développer pour servir ensuite de banque d'organes à son "double". Les embryons seraient génétiquement reprogrammés pour ne laisser croître que les seuls organes dont on aurait besoin* ».



médicament issu du double diagnostic préimplantatoire<sup>1521</sup>. À ce titre, le clonage reproductif remettrait en cause la dignité humaine notamment « *en fabriquant des copies plutôt que des originaux. Ces doubles peuvent s'avérer être des réserves d'organes congelés* »<sup>1522</sup>. Dans les deux cas, ces réserves seraient la manifestation d'une nouvelle forme d'augmentation de l'homme dont les organes ne seraient plus soignés mais remplacés par des organes neufs compatibles avec son génome. Ainsi, les réservoirs d'organes participent à la recherche de l'homme meilleur, qui disposerait d'organes de rechange pour maintenir une santé parfaite, dans une logique oscillant entre transhumanisme et clonage humain.

De toute évidence, ces réserves apparaissent « *incompatibles* »<sup>1523</sup> avec la dignité humaine en raison notamment de l'instrumentalisation de la personne et du matériel génétique qu'elles représentent.

**479. Eugénisme, clonage et déterminisme génétique.** Ainsi, considérant la « protection de l'individu cloné », la question est double : il s'agit de protéger son identité génétique et son mode de fabrication<sup>1524</sup>. Tout d'abord, la négation d'une identité génétique propre à l'individu cloné peut se faire de façon relative. D'une part, il n'est plus issu de la loterie génétique mais d'un certain déterminisme génétique. Il semble de ce fait dépourvu d'une identité morphologique propre. D'autre part, et s'il bénéficie d'un environnement extérieur favorable, il aura une identité psychique propre et personnelle<sup>1525</sup>. Ensuite, le mode de « fabrication » de l'être humain implique une distinction entre la reproduction et la procréation. Le clonage apparaît comme un moyen de reproduction de l'espèce humaine et à ce jour, ce sont la reproduction naturelle et la procréation, aidées par l'intervention de la science et de la médecine, qui semblent être préservées par le droit français de la bioéthique.

---

<sup>1521</sup> Renvoyer au titre 3 sur l'eugénisme.

<sup>1522</sup> Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82 et s. ; Fishel S., New Scientist 1<sup>er</sup> mars 1997, traduction in Postel-Vinay O. et Millet A., « Comment ça va Dolly ? Le clonage des mammifères passe à la vitesse supérieure », La Recherche, avr. 1997, n° 297, p. 63 : « *D'autres envisagent de laisser le clone se développer entièrement sans le cerveau : des bébés clones anencéphales. A ce titre, Simon Fishel embryologiste anglais n'est pas contre le fait de fabriquer des "copies d'homme en état de mort cérébrale, comme réserve de greffes d'organes"* ».

<sup>1523</sup> Mieth D., « Ethique, morale et religion », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 131 : « *Les réservoirs d'organes (...) sont incompatibles avec la dignité* ».

<sup>1524</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 638 : « *si on protège l'individu, s'agit-il de protéger son identité génétique ou son mode de fabrication ?* ». La question est formulée de façon à faire un choix mais il semble préférable de cumuler les intérêts de la protection : en effet, le clonage reproductif humain demeure interdit en raison notamment de l'atteinte qui peut être portée à l'identité génétique d'une personne et, et non pas ou, en raison d'une nécessité évidente de garantir le mode de « fabrication » de l'être humain.

<sup>1525</sup> J.-F. Mattei, « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-377 : en effet, « *on ne peut cloner une mémoire, un vécu, une expérience, une conscience, on ne clone que l'apparence* ».

Le clonage est lié à l'eugénisme qui dispose d'une part de responsabilité dans les questions relatives au déterminisme génétique et au mode de fabrication des êtres humains. Toutefois, la condamnation du clonage reproductif au nom de la dignité peut sembler ambiguë pour certains dans la mesure où en effet, la dignité d'un être humain ne doit pas être directement liée à son mode de production<sup>1526</sup>. Pourtant, si la dignité correspond à la réunion des conditions de liberté, d'autonomie et d'identité, le déterminisme génétique dont sont marqués l'eugénisme et le clonage reproductif ne participe-t-il pas à l'altération de l'exigence de liberté par laquelle est concernée la dignité humaine ? De surcroît, le clonage reproductif humain représente une « révolution » car il « permet la reproduction non sexuée des êtres humains »<sup>1527</sup>, et il y a quelque chose de dérangeant, au moins d'un point de vue moral, à vouloir modifier profondément le mode de reproduction des êtres humains et souhaiter fabriquer le nouveau visage de l'espèce humaine.

---

<sup>1526</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 638.

<sup>1527</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 638. Et non pas « asexuée » qui viserait les techniques d'assistance médicale à la procréation qui elles sont autorisées sous conditions légales et ne participent pas à un bouleversement profond de la nature humaine et de l'origine naturelle des individus. A ce titre, on se demande à travers la question du clonage s'il « porte atteinte à la nature humaine » : Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, pp. 79-80.

## Conclusion du chapitre premier

**480.** Le clonage reproductif humain se trouve totalement interdit en France par un législateur qui veille à la sauvegarde de la dignité. En effet, le clonage reproductif humain conduirait à accepter un nouveau mode de création de l'homme, une nouvelle forme de production de l'homme qui serait contraire à la reproduction sexuée classique qui fonde l'espèce humaine.

**481.** Le clonage est d'abord interdit en raison de la présomption d'atteinte à la dignité qui en découle. Deux dignités sont évoquées : celle du clone, en tant que résultat du clonage ; celle des cellules souches embryonnaires et donc de la personne source, en tant que moyen du clonage reproductif humain. Ensuite, le clonage peut avoir des conséquences dommageables entrant en contradiction avec la dignité. Cependant, il s'avère que c'est l'environnement social extérieur à l'individu qui représente une source d'atteinte à la dignité. En effet, le regard et le jugement d'autrui sur le clone peuvent être constitutifs d'une atteinte à l'individu cloné et à son identité. De plus, le clonage reproductif contient de sérieux risques de dérives dangereuses pour l'intégrité de l'espèce.

**482.** Aussi, le clonage reproductif humain est qualifié par le législateur de crime contre l'espèce humaine. Sa nature juridique est déterminée en France par la loi de bioéthique de 2004 qui entretient un parallèle avec l'eugénisme dont les raisons semblent cohérentes. Le législateur assimile les deux pratiques génétiques, anticipant un éventuel cumul des deux.

**483.** Enfin, si la France a statué en faveur d'une prohibition totale du clonage reproductif humain, on peut déplorer l'absence d'une véritable interdiction universelle du clonage reproductif humain en raison de sa propagation possible. En effet, si tous les Etats ne prennent pas leur précaution en prohibant totalement cette pratique, il n'est pas impossible qu'un individu envisage de réaliser une technique de clonage reproductif humain dans un pays dont la législation ne serait pas pénalisante en ce domaine.

## Chapitre 2. L'interdiction française du clonage thérapeutique humain

**484.** Le clonage non reproductif, dit thérapeutique est le « *clonage dont le but n'est pas la réimplantation utérine du clone, mais son utilisation pour des expériences ayant un but thérapeutique à long terme, ou utilisables pour la croissance de tissus afin d'effectuer des transplantations thérapeutiques* »<sup>1528</sup>. Ainsi, « *le clonage thérapeutique consiste à cultiver des cellules souches en les orientant vers des cellules de tissus donnés, tels que la peau, le tissu nerveux, le muscle, le foie... Leur introduction dans l'organe lésé d'un malade pourrait induire une régénération du tissu déficient* »<sup>1529</sup>. De plus, il permet de « *mettre au point une technique de différenciation cellulaire à la demande, pour obtenir des cellules sanguines, musculaire, nerveuses ou autres, destinées au traitement d'affection congénitales ou dégénératives* »<sup>1530</sup>. Le clonage thérapeutique « *pourrait permettre d'obtenir, dans le cadre d'une greffe, des cellules embryonnaires génétiquement identiques au receveur dont la différenciation serait ensuite induite pour obtenir des cellules (...) ensuite greffées sur le receveur* »<sup>1531</sup>.

**485. Le clonage thérapeutique en droits étrangers.** Comme beaucoup d'Etats, le Royaume-Uni interdit le clonage reproductif humain. Néanmoins, par un règlement de 2001 sur la fécondation et l'embryologie humaines aux fins de recherche, il tolère le clonage thérapeutique<sup>1532</sup>. Les Pays-Bas, à l'instar de la France, prohibent le clonage reproductif mais permettent la recherche *in vitro* sur l'embryon sous condition. En effet, dans une déclaration du 29 avril 1998 les Pays-Bas considèrent qu'est un « *individu humain, c'est-à-dire un être humain qui est né* »<sup>1533</sup>, excluant ainsi l'embryon humain de la catégorie des individus humains.

---

<sup>1528</sup> Gurdon J. et Byrne J., « Histoire du clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 50.

<sup>1529</sup> *Le Larousse médical*, 2012 ; Frydman R., « Le clonage reproductif et le clonage scientifique à visée thérapeutique », RGDM, n° 29, 2008, pp. 43-49.

<sup>1530</sup> « Thérapie cellulaire – des cellules souches, embryonnaires et autres », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, p. 382.

<sup>1531</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 32.

Pour rappel v. Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999, p. 243 : « *les cellules germinales sont des cellules qui en se multipliant puis en se différenciant aboutissent à la formation des gamètes, ovocytes et spermatozoïdes, selon le sexe. Les cellules somatiques sont les cellules issues des cellules embryonnaires qui forment l'ensemble des cellules d'un organisme vivant* ». De même qu'un ovocyte est une « *très grosse cellule contenant le génome maternel et, dans son cytoplasme, les "messages" permettant le début du développement* ».

<sup>1532</sup> Règlement de 2001 ? Compléter !

<sup>1533</sup> « La position du Conseil de l'Europe », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 171.

L'argument qui soutient principalement l'acceptation du clonage thérapeutique humain est celui de la promotion du droit de tous à la meilleure santé possible qui serait supérieur au droit à la vie et à la dignité de l'embryon. Ainsi, le droit au meilleur état de santé possible, consacré en 1966 par le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>1534</sup> se révèle être un argument à la fois pour mais aussi contre le clonage thérapeutique ou de recherche<sup>1535</sup>. Enfin, le progrès scientifique et la liberté de la recherche sont également des arguments en faveur du clonage thérapeutique<sup>1536</sup>.

**486.** En France, ce type de clonage demeure interdit, à l'instar du clonage reproductif. Pourtant, la finalité thérapeutique qui lui est inhérente aurait pu faire en sorte qu'il soit légalement accepté (section 1). Non seulement cet argument se révèle insuffisant à son autorisation mais en plus les moyens d'exercice du clonage thérapeutique empêchent qu'il soit reconnu comme pratique acceptable (section 2).

### **Section 1. La finalité thérapeutique légitime le clonage thérapeutique humain ?**

**487.** La finalité thérapeutique ou médicale d'une pratique génétique lui permet souvent de pallier son incompatibilité avec la dignité humaine. En d'autres termes, toute manipulation génétique susceptible d'entrer en contradiction avec la sauvegarde de la dignité humaine est proscrite jusqu'à ce qu'on lui trouve une application thérapeutique permettant de contourner le risque de non respect auquel la dignité pourrait être exposée. Ainsi, le motif thérapeutique est le meilleur moyen de faire accepter à la législation française tout écart dans l'équilibre recherché entre la sauvegarde de la dignité humaine et le développement d'un droit de la bioéthique. De ce contexte émergent deux interrogations : l'une concerne le motif thérapeutique que présente ce type de clonage pour l'avenir de l'espèce humaine, qui a fait l'objet de nombreux débats dans la mesure où il s'agit d'un motif favorisant *a priori* une législation permissive ; l'autre vise bien entendu l'observation de la place de la dignité humaine eu égard à ce motif thérapeutique.

---

<sup>1534</sup> Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, art. 12 al. 1 : « *les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* ».

<sup>1535</sup> « La position du Conseil de l'Europe », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 165.

<sup>1536</sup> « La position du Conseil de l'Europe », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 166.

Aussi, il s'agira d'observer l'intérêt thérapeutique qu'il présente (§1) et ainsi de faire état de la préservation de la dignité humaine au contact du clonage thérapeutique (§2)<sup>1537</sup>.

## **§1. La question de l'éthique biomédicale**

**488.** En l'espèce, l'éthique biomédicale est mise en cause. En effet, l'aspect thérapeutique du clonage non reproductif humain aurait pu jouer en faveur d'une autorisation légale de cette technique, comme caractère inhérent à la technique (A). Toutefois, il s'avère que cet argument thérapeutique se révèle insuffisant pour parer une interdiction légale (B).

### **A. Le caractère thérapeutique du procédé : un caractère *a priori* permissif**

**489. La finalité thérapeutique facilitant l'acceptation d'une technique biomédicale.** En France, la finalité thérapeutique permet d'accepter certaines pratiques biomédicales qui *a priori* sembleraient contraires à la dignité humaine. Ainsi, sous couvert de cet argument prodigieux, il est des circonstances dans lesquelles le législateur a pu se montrer conciliant. En effet, il n'est pas rare de constater quelques dérogations juridiques en vertu d'un certain caractère thérapeutique qui serait inhérent à certaines méthodes. Autrement dit, si l'acte est pratiqué pour motif thérapeutique ou si la technique est accompagnée d'un caractère voire d'une finalité thérapeutique, cet argument à l'origine « médical », devenu « thérapeutique » dans divers textes, permet au droit de l'accepter.

En mettant en balance un certain nombre d'intérêts, le motif thérapeutique se révèle être l'argument dominant en droit de la santé. En effet, il facilite l'acceptation de certaines pratiques sous couvert de la poursuite d'un objectif de soin pour la personne concernée. En d'autres termes, si une méthode permet, sans danger apparent et sans contrevenir aux principes fondamentaux encadrant la personne et la préservation de la dignité, de soigner le patient concerné, elle pourra être autorisée. Dans ce contexte, deux hypothèses sont à observer : soit la pratique est susceptible de constituer une atteinte à la dignité humaine et c'est probablement et notamment en cela qu'elle sera dans un premier temps interdite ; soit, elle n'est pas constitutive d'une telle atteinte et la prohibition trouvera un fondement différent. En conséquence et selon la première alternative, ce motif thérapeutique permettrait ainsi

---

<sup>1537</sup> Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82 et s..

d'accepter la pratique en question, malgré l'éventualité d'une atteinte à la dignité humaine. Le motif thérapeutique poursuivi annihilerait le risque de non-respect de la dignité humaine.

**490. Le but thérapeutique poursuivi par un clonage éponyme.** Ainsi, la question s'est posée pour le clonage non reproductif humain, biotechnologie censée poursuivre un but thérapeutique. A l'inverse du clonage reproductif, ce clonage n'est pas destiné à faire naître un être humain. En l'espèce, pas de clone – puisque le développement de l'embryon est prématurément interrompu – mais seulement des cellules voire des gènes clonés<sup>1538</sup>. La science s'intéresse particulièrement aux cellules souches embryonnaires, qui posent de graves problèmes éthiques, car contrairement aux cellules souches adultes, elles contribuent fortement au développement d'un individu<sup>1539</sup>. Néanmoins, si ce clonage n'est pas destiné à faire naître un être humain, il a, en revanche et à l'instar des autres types de clonage, la capacité d'en créer un, sans avoir vocation à naître ni vivre. Ainsi, la recherche sur ces cellules présente un double intérêt puisqu'elle permet dans un premier temps de réaliser des progrès en matière de différenciation cellulaire, utiles notamment à la lutte contre les maladies et spécialement contre le cancer. Dans un second temps, la recherche sert à produire des cellules différenciées en grande quantité qui seront « *utilisées comme greffes pour traiter différentes maladies* ». C'est ce qu'on appelle la thérapie cellulaire qui « *consiste à remplacer des cellules détruites ou anormales par des cellules saines* »<sup>1540</sup>. Ainsi, le Comité Consultatif National d'Ethique se montre favorable au clonage thérapeutique à travers l'avis du 18 janvier 2001 car il « *considère qu'il est du devoir de la société de promouvoir le progrès thérapeutique et de hâter l'amélioration de la prévention et du traitement de maladies aujourd'hui incurables ou difficilement soignables* »<sup>1541</sup>. De la même manière que l'OPECST, le 5 décembre 2006 a suggéré au Parlement français d'autoriser la recherche sur l'embryon et a œuvré en faveur du clonage thérapeutique, en raison des avantages que la recherche sur les cellules souches pourrait présenter pour les patients malades atteints notamment des maladies d'Alzheimer ou de Parkinson<sup>1542</sup>.

---

<sup>1538</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 81 : « *on ne cherche pas à produire un être humain, mais seulement du matériel biologique* ».

<sup>1539</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 31 : « *elles peuvent reconstituer n'importe quels tissus ou cellules, y compris celles de la lignée germinale* », « *du fait de leur pluripotence, peuvent se multiplier indéfiniment en conservant leur état indifférencié, et se différencier en n'importe quel type de cellules ou de tissus* ».

<sup>1540</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 31.

<sup>1541</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 67, *L'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, 18 janvier 2001, p. 5.

<sup>1542</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 82 ; v. Claeys A., Rapport AN n° 3498, Rapport Sénat n° 101, OPECST, 6 décembre 2006.

Il y a toutefois eu de nombreux débats à propos de la réalité de ce caractère thérapeutique dont les scientifiques ne peuvent pas témoigner de façon absolue, en raison des risques et des effets de cette technique qui demeurent inconnus à ce jour et au jour de la rédaction de la loi du 6 août 2004, permettant au législateur d'entériner sa volonté de prohiber la méthode, jugée trop risquée et méconnue.

**491. L'existence d'arguments favorables au clonage thérapeutique.** En vertu de la possibilité de réaliser des progrès thérapeutiques, la recherche sur l'embryon a progressivement évolué. La logique de la loi *Bioéthique* de 2004 était de protéger l'embryon au nom du principe de dignité et notamment d'interdire tout type de clonage. Néanmoins, le même texte commence à envisager à titre expérimental et très exceptionnel, la recherche sur l'embryon. En effet, cette évolution se fonde sur l'existence d'embryons destinés à la destruction, soutenue par des exigences thérapeutiques. La loi de 2013 intervenant en matière de recherche sur l'embryon confirme cette évolution en autorisant la recherche sur certains embryons<sup>1543</sup>. Aussi la question d'une évolution similaire se pose-t-elle au regard du clonage thérapeutique<sup>1544</sup>.

Les arguments en faveur du clonage thérapeutique sont essentiellement liés aux perspectives thérapeutiques attendues dans les effets du clonage. Certains partisans relèvent également un « *devoir de solidarité* » envers les personnes malades ; et, on souligne « *la mondialisation de la recherche* », la « *sévérité de la compétition scientifique internationale et les intérêts économiques en jeu* »<sup>1545</sup>. Ainsi, une des interrogations fondamentales en ce domaine est celle de l'utilisation thérapeutique des cellules souches embryonnaires, plus généralement dans le cadre de la thérapie cellulaire<sup>1546</sup>. Celle-ci permettant notamment de diminuer les risques de rejet<sup>1547</sup> des greffes de cellules.

---

<sup>1543</sup> V. chapitre concerné.

<sup>1544</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 650.

<sup>1545</sup> Comité Consultatif National d'Éthique, avis n° 67, *L'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, 27 janvier 2000, p. 7 : « *les perspectives thérapeutiques (...) sont telles qu'elles rendent éminemment souhaitable l'ouverture maîtrisée [du clonage thérapeutique] (...) Le devoir de solidarité avec les personnes qui souffrent de maladies interdit en ce domaine d'entraver la recherche (...) L'ouverture retenue par l'avant-projet apparaît également souhaitable en raison de la mondialisation de la recherche, de la sévérité de la compétition scientifique internationale et des intérêts économiques qui sont en jeu* ». En effet, il y a eu un avant-projet de loi présenté par le Premier ministre Lionel Jospin le 28 novembre 2000. Il prévoyait d'interdire le clonage reproductif humain mais pas le clonage thérapeutique humain. Il comptait autoriser la recherche sur l'embryon et souhaitait améliorer l'assistance médicale à la procréation.

<sup>1546</sup> V. notamment Dosquet C., « La thérapie cellulaire aujourd'hui et demain », RGDM, n° 29, 2008, p. 37 : La thérapie cellulaire est un « *ensemble de procédures thérapeutiques au cours desquelles des cellules sont greffées pour reconstituer un tissu lésé et par là même restaurer une fonction déficiente : par exemple, une greffe de moelle osseuse permet de reconstituer la moelle osseuse qui va recommencer à produire les différentes cellules* ».



**492. Exemples de législations souples.** Le clonage thérapeutique, qui requiert pourtant la même technique que le clonage reproductif, ne subit pas autant l'interdit que ce dernier. En effet et au regard notamment de la Déclaration universelle de l'UNESCO, plusieurs textes non contraignants interdisent le clonage reproductif mais pas le thérapeutique<sup>1548</sup>. A ce titre, certains Etats ont opté pour une législation permissive relative au clonage thérapeutique, qui présenterait un intérêt médical non négligeable selon certaines législations étrangères, tout en maintenant l'interdiction du clonage reproductif. Par exemple, « *les députés espagnols ont adopté, jeudi 14 juin 2007, en dernière lecture, une loi autorisant le clonage dit thérapeutique* »<sup>1549</sup>. Ainsi et après le Royaume-Uni, la Belgique, la Suède, le Japon, l'Australie, Israël, la Corée du Sud et Singapour, l'Espagne est « *le neuvième pays au monde et le quatrième en Europe à légaliser le clonage de recherche* »<sup>1550</sup>. Le clonage non reproductif humain reste donc en pourparlers dans certains pays, même si la France semble avoir réglé la question sans projeter de revenir sur sa position actuelle.

**493.** Si la finalité thérapeutique du clonage pouvait initialement s'apparenter à un argument propice à son acceptation légale, il se montre finalement insuffisant.

## **B. La finalité thérapeutique finalement insuffisante**

**494. L'examen de la réalité du caractère thérapeutique.** C'est parce que le clonage thérapeutique poursuit un motif thérapeutique qu'il a fait l'objet de diverses discussions<sup>1551</sup>. En effet, une partie de la doctrine scientifique affirme que ce clonage pourrait permettre d'éradiquer un maximum de maladies et notamment les maladies dégénératives. Aussi, une partie de la doctrine scientifique, a, au moment des échanges qui ont animé le débat au début des années 2000, pris position en faveur d'un clonage thérapeutique aux propriétés curatives réelles. Ainsi, « *grâce au clonage thérapeutique de cellules souches embryonnaires*

---

*sanguines* ». L'auteur explique bien les techniques de thérapie cellulaire et les différents tenants et aboutissants permettant d'appréhender correctement la notion.

<sup>1547</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 81.

<sup>1548</sup> Thiel M.-J., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

<sup>1549</sup> « L'Espagne autorise le clonage humain dit "thérapeutique", ou clonage de recherche », Gèneéthique.org, 15 juin 2007.

<sup>1550</sup> « L'Espagne autorise le clonage humain dit "thérapeutique", ou clonage de recherche », Gèneéthique.org, 15 juin 2007.

<sup>1551</sup> Thiel M.-J., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017 : contrairement au clonage reproductif, le clonage thérapeutique a fait l'objet de divers débats autour des années 2000 et notamment en raison du doute quant aux effets de la méthode et à la réalité de son caractère thérapeutique.

*humaines, nous avons le potentiel de guérir une multitude de maladies et de troubles qui sont un fléau pour notre espèce. Comment une société civilisée peut-elle tourner le dos aux maladies, aux troubles et à la souffrance de son propre peuple ? Un œuf segmenté microscopique de quatre jours après la fécondation est-il vraiment plus important que la guérison de la maladie d'Alzheimer de votre mère, de la maladie de Parkinson de votre père ou du diabète de votre fils ? (...) Des cellules clonées indifférenciées malléables, qui vous sont génétiquement identiques, vous sauveront des maladies qui vous font souffrir. Le clonage thérapeutique humain est véritablement un miracle des temps modernes »<sup>1552</sup>. En l'espèce, l'auteur semble s'indigner, sous le ton de la culpabilisation, du refus formulé par une société qui aurait tort de se passer d'une méthode aussi attractive que salvatrice pour l'espèce humaine. Il fait clairement la propagande et la publicité d'un clonage thérapeutique qu'il compare à une révolution voire à un phénomène divin. Ses arguments favorables au clonage thérapeutique sont relativement classiques puisqu'il prône le traitement de la douleur ainsi que l'abolition de la souffrance et de la maladie. L'auteur avance la certitude d'un clonage thérapeutique aux effets curatifs. Cet argument était suffisant pour conduire le législateur à hésiter quant à une éventuelle ouverture au clonage thérapeutique humain. Toutefois, en vertu de la difficulté à démontrer la véracité des propriétés curatives – voire d'augmentation – du clonage et de l'incertitude quant aux effets de la technique sur l'homme et l'ensemble de l'espèce, le législateur français décide de l'interdire au même titre que le clonage reproductif, en lui attribuant toutefois une qualification pénale différente et moins sévère.*

Enfin, cette citation fait apparaître la mise en balance deux intérêts fondamentaux, à savoir la vie d'un embryon de quelques jours, dont il semble minimiser l'existence, et la guérison de la maladie d'un proche, qu'il estime plus importante. Ceci revient à l'opposition classique entre les « pro vie » et les « pro choix », qui commande les grandes lignes du droit de la bioéthique et particulièrement les problématiques liées au début et à la fin de la vie.

**495. Le clonage thérapeutique discuté au Parlement.** L'OPECST a présenté un rapport<sup>1553</sup>, en réponse à l'avis du Comité Consultatif National d'Ethique qui conseillait de

---

<sup>1552</sup> Waite, 2001 cité in *Histoire du clonage* par le P. John B. Gurdon et James A. Byrne, in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 54.

<sup>1553</sup> Rapport A. Claeys et C. Huriet, *Le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires*, Ass. Nationale n° 2198, Sénat n° 238, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 24 février 2000, 96 p.

distinguer clairement clonage reproductif et non reproductif<sup>1554</sup>. Le texte met en lumière la possibilité de réfléchir aux applications et bienfaits thérapeutiques qui pourraient découler du clonage thérapeutique<sup>1555</sup>. Il faut rappeler que ce rapport et l'avis du Comité Consultatif National d'Ethique susmentionné ont été rédigés avant que le clonage humain ne soit explicitement saisi par le droit le 6 août 2004.

Monsieur Schwartzberg, député et ancien ministre de la recherche, a présenté une proposition de loi « *visant à autoriser les recherches sur le clonage thérapeutique* » le mercredi 25 mai 2005<sup>1556</sup>. Ce texte fait suite aux recherches sud-coréennes et britanniques sur le clonage thérapeutique annoncées dans la presse<sup>1557</sup> et invite à revenir sur les dispositions de la loi de bioéthique du 6 août 2004 prohibant le clonage thérapeutique. Selon lui, « *celles-ci entravent les chercheurs français (...) qui risquent d'être durablement distancés dans la compétition internationale* »<sup>1558</sup>, et « *pénalisent les malades (...) qui sont en attente de thérapies nouvelles pouvant résulter de ces recherches* »<sup>1559</sup>. C'est donc d'abord dans le cadre de la compétition scientifique entre Etats et dans le souci d'assurer la compétitivité des chercheurs français que le parlementaire s'exprime. Il évoque ensuite le bénéfice que cela pourrait apporter aux patients dans l'attente d'un traitement voire d'une guérison<sup>1560</sup>.

---

<sup>1554</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, du 22 avril 1997, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, p. 17 : « le clonage reproductif aboutissant à la naissance d'êtres humains doit être bien distingué du clonage non reproductif, qui ne conduit pas à la naissance d'un enfant ».

<sup>1555</sup> Rapport A. Claeys et C. Huriet, *Le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires*, Ass. Nationale n° 2198, Sénat n° 238, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 24 février 2000, p. 6 : « le débat sur l'application à l'homme des techniques de clonage a pris une dimension nouvelle avec l'introduction d'une distinction entre le clonage reproductif – unanimement condamné – et le clonage thérapeutique dont de nombreux scientifiques soulignent aujourd'hui l'intérêt qu'il pourrait revêtir dans l'exploitation des ressources médicales offertes par les cellules souches pluripotentes ».

<sup>1556</sup> Proposition de loi visant à autoriser les recherches sur le clonage thérapeutique, présentée par M. Roger-Gérard Schwartzberg, AN n° 2346 ; « Autoriser le clonage thérapeutique en France ? », Gèneéthique.org, 26 mai 2005.

<sup>1557</sup> « Autoriser le clonage thérapeutique en France ? », Gèneéthique.org, 26 mai 2005 : « *rappelons que les chercheurs de Séoul ont produit pour la première fois onze lignées de cellules souches embryonnaires provenant d'embryons clonés à partir de cellules de peau de malades. Les britanniques, quant à eux, ont produit un embryon cloné (cf. revues de presse du 20/05/05 et du 23/05/05)* ». A ce propos et après enquête menée par l'Université de Séoul, les recherches menées par le Professeur Hwang et les résultats qu'il avait avancés étaient faux. Le scientifique a été poursuivi dans ce qui a été appelé l'affaire Hwang pour « *fraude, détournements de fonds et violation des lois sur la bioéthique* » et condamné à une peine privative de liberté avec sursis en 2009 : v. Chneiweiss H., « Cloningate ? La publication scientifique et le clonage thérapeutique face à la mystification Hwang », *Médecine/Science*, 6 février 2006, 22, pp. 218-222 ; Baralon M., « L'affaire Hwang ou l'ivresse du clonage ? », *La Croix*, 26 août 2013.

<sup>1558</sup> Proposition de loi visant à autoriser les recherches sur le clonage thérapeutique, présentée par M. Roger-Gérard Schwartzberg, AN n° 2346.

<sup>1559</sup> Proposition de loi visant à autoriser les recherches sur le clonage thérapeutique, présentée par M. Roger-Gérard Schwartzberg, AN n° 2346.

<sup>1560</sup> Proposition de loi visant à autoriser les recherches sur le clonage thérapeutique, présentée par M. Roger-Gérard Schwartzberg, AN n° 2346 : le texte ajoute que « *prohiber le transfert nucléaire, comme le fait la loi du 6 août 2004, est préjudiciable au droit des malades à être soignés. Ceux-ci ont le droit de voir les recherches*

Enfin, des auditions publiques ont été mises en place le 22 novembre 2005 par l'Assemblée nationale afin de débattre à nouveau sur les cellules souches. À cette occasion, Monsieur Claeys, en tant que rapporteur de l'OPECST a énoncé qu'il « *fallait réellement introduire la notion de clonage dans la loi* »<sup>1561</sup>, malgré l'incertitude qui résidait autour des effets thérapeutiques de la méthode. Il dénonce ainsi une mauvaise appréhension juridique du sujet qui a vraisemblablement été étudié avec précipitation<sup>1562</sup>.

**496. L'intention thérapeutique finalement insuffisante.** Ainsi, au regard de son actuelle interdiction par le législateur de 2004, le motif thérapeutique s'est finalement révélé insuffisant. En effet, l'article 25 de la loi du 6 août 2004 poursuit l'encadrement juridique du clonage humain et étend l'interdiction du clonage reproductif au clonage thérapeutique en insérant, dans le Code de la santé publique, plusieurs articles concernant la création d'embryons pour diverses finalités. Ainsi, sont prohibées les créations d'embryons pour la recherche<sup>1563</sup>, à des fins commerciales et industrielles<sup>1564</sup> et pour motif thérapeutique<sup>1565</sup>.

Le Code pénal assure également la protection de l'embryon humain en réprimant la pratique du clonage thérapeutique avec la condamnation du non respect des différentes interdictions relatives à la création d'embryons pour les diverses finalités de recherche, thérapeutique, industrielle et commerciale, issues du Code de la santé publique<sup>1566</sup>. Le

---

*progresser et développer de nouvelles thérapeutiques réellement efficaces, susceptibles de leur apporter des chances de guérison* ».

<sup>1561</sup> « Compte rendu des auditions sur le clonage », Gèneéthique.org, 06 avril 2006. En effet, l'expression de « clonage thérapeutique » ou de « clonage non reproductif » ne figure pas dans le texte de la loi du 6 août 2004. Ce sont les diverses finalités du clonage qui sont énoncées : à des fins thérapeutiques, industrielles ou commerciales.

<sup>1562</sup> « Compte rendu des auditions sur le clonage », Gèneéthique.org, 06 avril 2006 : « *il faut dire la vérité : on a traité ce sujet [clonage thérapeutique] dans l'urgence. Cela a été nuisible à une réflexion approfondie. Le travail sur les cellules souches est encore du domaine de la seule recherche fondamentale. Il faut cesser de laisser croire à des applications thérapeutiques lointaines* » explique Monsieur Claeys.

<sup>1563</sup> Article L. 2151-2 du Code de la santé publique issu de l'article 25 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *la conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite* ».

<sup>1564</sup> Article L. 2151-3 du Code de la santé publique issu de l'article 25 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles* ».

<sup>1565</sup> Article L. 2151-4 du Code de la santé publique issu de l'article 25 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *est également interdite toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques* ».

<sup>1566</sup> Article 511-17 du Code pénal issu de l'article 28 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.*

*Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales* ». Cet article est reproduit à l'article L. 2163-3 du Code de la santé publique.

Article 511-18 du Code pénal issu de l'article 28 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* ». Cet article est reproduit à l'article L. 2163-4 du Code de la santé publique.

clonage est réprimé « *par sept ans d'emprisonnement la constitution par clonage d'embryons humains quelle que soit la fin poursuivie* »<sup>1567</sup>. Ainsi, le législateur français considère que créer un « *embryon-clone* »<sup>1568</sup> humain pour le faire naître est un crime contre l'espèce humaine sanctionné de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende alors que réaliser la même opération sans le faire naître mais en vue de le détruire n'est qu'un délit puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. De plus, seule la conception *in vitro* ou la constitution par clonage à des fins de recherche est visée par l'article 511-18 du Code pénal : excluant ainsi du champ de la condamnation pénale l'utilisation des embryons à ces diverses fins<sup>1569</sup>. Le législateur s'est dispensé de toute précision quant à l'utilisation des embryons, se concentrant sur leur conception, probablement parce qu'il a estimé que sans conception il ne pouvait exister d'utilisation. Pourtant, la possibilité de concevoir un embryon à l'étranger et de l'utiliser sur le territoire français ne doit pas être totalement ignorée.

497. En procédant à cette mise en balance des intérêts, on retrouve l'instrumentalisation d'un côté et les possibilités thérapeutiques de l'autre. En effet, la technique du clonage thérapeutique « *implique l'instrumentalisation de l'embryon. A ce danger s'opposent les possibilités thérapeutiques que cette technique laisse entrevoir* »<sup>1570</sup>. Le problème est que l'intérêt thérapeutique de la méthode implique une certaine instrumentalisation, non seulement des cellules souches embryonnaires mais aussi du corps de la femme<sup>1571</sup>. Ainsi, cet argument du risque de l'instrumentalisation des donneuses<sup>1572</sup> permet le maintien de l'interdiction du clonage thérapeutique et rend insuffisant le seul argument thérapeutique de la pratique entrant en contradiction avec la dignité humaine.

De plus, le clonage non reproductif humain est prohibé au regard de l'étroite frontière érigée entre le clonage thérapeutique et le clonage reproductif qui partagent les mêmes

---

Article 511-18-1 du Code pénal issu de l'article 28 de la loi *Bioéthique* du 6 août 2004 : « *Le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* ». Cet article est reproduit à l'article L. 2163-5 du Code de la santé publique.

<sup>1567</sup> Guinchard S. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques 2013*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> édition, 2012.

<sup>1568</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 39.

<sup>1569</sup> Mistretta P., *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 371.

<sup>1570</sup> Sebag V., *Droit et bioéthique*, Larcier, 2007, p. 143.

<sup>1571</sup> V. notamment Demichel F., « Clonage à visée thérapeutique : les risques d'instrumentalisation du corps des femmes et le droit », RGDM, n° 29, 2008, pp. 91-94.

<sup>1572</sup> Sebag V., « De la découverte scientifique du clonage thérapeutique à la règle de droit : un exemple d'itinéraire multidisciplinaire », RGDM, n° 29, 2008, p. 112 : l'auteur évoque les « *risques liés à l'admission de cette pratique, liés à la difficulté d'obtention d'ovules en nombre suffisant risquant de conduire à un véritable marché reposant sur l'instrumentalisation des donneuses* ».

techniques. En application du principe de précaution<sup>1573</sup>, le législateur faisant preuve de prudence et de prévention, préfère interdire le clonage réalisé à des fins thérapeutique, de recherche ou scientifique afin d'éviter toute tentation d'un clonage reproductif. En effet, un éventuel glissement vers une pratique du clonage reproductif ne doit pas être exclu<sup>1574</sup> puisque du thérapeutique au reproductif il n'y aurait qu'un pas. Rappelons que les techniques sont identiques mais que les finalités demeurent différentes. Ce sont les buts poursuivis par les techniques qui semblent froisser l'éthique biomédicale et entrer en contradiction avec le principe de dignité humaine et non pas les procédés en eux-mêmes.

**498.** Cependant, l'Assemblée générale des Nations unies entérine la problématique à travers une Déclaration sur le clonage des êtres humains adoptée le 8 mars 2005 dans le cadre de la protection de la vie humaine et des atteintes à la dignité qui peuvent être occasionnées : *« les États Membres sont invités à adopter toutes les mesures voulues pour protéger comme il convient la vie humaine dans l'application des sciences de la vie et à interdire toutes les formes de clonage humain dans la mesure où elles seraient incompatibles avec la dignité humaine et la protection de la vie humaine »*<sup>1575</sup>.

**499.** La question de l'éthique biomédicale est mise en cause par le clonage thérapeutique. En effet, l'aspect thérapeutique de ce type de clonage aurait pu suffire dans une démarche légale d'autorisation. Néanmoins, non seulement cet argument de la finalité médicale et des vertus thérapeutiques s'est avéré insuffisant à faire accepter le procédé génétique mais en plus le clonage pourrait être constitutif d'une atteinte à la dignité humaine.

## **§2. L'atteinte à la dignité et le clonage thérapeutique**

**500.** Le clonage thérapeutique engendre-t-il une atteinte à la dignité humaine ? Dans sa technique elle-même, il ne paraît pas incompatible avec la dignité (A). Néanmoins, dans ses effets, une certaine atteinte au principe constitutionnel ne semble pas totalement évincée (B).

---

<sup>1573</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 594 et s. à propos du respect du principe de précaution, spéc. p. 596 concernant le principe de précaution et l'espèce humaine.

<sup>1574</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », *RGDM*, n° 29, 2008, p. 83 ; Sicard T., *L'éthique médicale et la bioéthique*, Que sais-je ?, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, 2013, p. 34.

<sup>1575</sup> Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains, AG/10333, 8 mars 2005 ; « Autoriser le clonage thérapeutique en France ? », *Gènétique.org*, 26 mai 2005.

## A. La technique et l'atteinte à la dignité

**501.** En l'espèce, les techniques de clonage étant identiques, la finalité poursuivie importe peu. Il est possible alors de considérer que, à l'instar du clonage reproductif, la technique de clonage thérapeutique qui impose la création d'embryons humains ne serait pas constitutive d'une atteinte à la dignité. Aussi, plusieurs pays ont opté pour des législations permissives eu égard à la propriété curative et à l'absence présumée de caractère attentatoire à la dignité humaine du clonage thérapeutique humain. À titre illustratif, en Allemagne, le Bundestag a voté une loi le 25 avril 2002 autorisant l'importation de cellules souches embryonnaires, faisant suite à un avis favorable du Comité national d'éthique le 5 décembre précédent<sup>1576</sup>.

Ainsi, l'argument du droit à la vie est un premier élément de preuve de l'absence d'une atteinte à la dignité humaine par la technique du clonage. À l'instar de la loi de 1975 sur l'interruption de grossesse<sup>1577</sup>, le législateur pourrait en ce domaine créer une seconde exception au droit à la vie. En s'alignant sur le délai équivalent à douze semaines de gestation pour autoriser une interruption volontaire de grossesse, il serait possible d'accepter le clonage thérapeutique dont la procédure suppose un arrêt prématuré du développement de l'embryon, qui n'est encore qu'au stade « *pré-embryonnaire* »<sup>1578</sup> pour certains, puisque l'évolution de la cellule utilisée est interrompue au bout de quelques jours seulement<sup>1579</sup>.

**502. Dignité et expérimentation sur l'embryon.** Une des questions relatives au traitement auquel l'embryon est soumis au cours d'une expérience de clonage thérapeutique est celle de savoir si « *l'expérimentation représente véritablement une atteinte à la dignité de cet embryon* »<sup>1580</sup>. De toute évidence, la réponse à cette interrogation dépend de la détermination du statut de l'embryon en droit français. À partir de quand l'homme dispose-t-il d'une dignité ? À ce jour, l'enfant conçu n'entre pas dans le champ d'application de la dignité

---

<sup>1576</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 37.

<sup>1577</sup> Loi dite Veil n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

<sup>1578</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 81. A ce propos, ceux qui évoquent un stade « pré-embryonnaire » parlent de « pré-embryon » au même titre que la « pré-implantation », v. notamment Legros B., « L'effritement de la protection des débuts de la vie en droit français face aux « assauts » des progrès scientifiques et de la jurisprudence », RGDM, n° 61, décembre 2016, pp. 159-175, spéc. pp. 168-170 évoquant la nécessité d'introduire cette notion de « pré-embryon » en droit français, afin notamment de renforcer la protection juridique de l'enfant conçu.

<sup>1579</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 40 : v. n° 356-96 « l'argument du droit à la vie ».

<sup>1580</sup> Sebag V., « De la découverte scientifique du clonage thérapeutique à la règle de droit : un exemple d'itinéraire multidisciplinaire », RGDM, n° 29, 2008, p. 114.

de la personne humaine car il n'est pas une personne aux sens juridique et métaphysique du terme et ne le sera qu'au moment de sa naissance, à condition qu'il soit vivant et viable. Toutefois, nous avons remarqué précédemment que l'enfant conçu bénéficiait d'ores et déjà d'une certaine protection en vertu de son humanité, de sa qualité humaine. Si la dignité humaine s'entend comme comprenant la réunion des critères alternatifs de la personnalité et de l'humanité, on s'accorde à dire que l'embryon, en vertu de son humanité, dispose d'une certaine dignité. Il resterait donc à savoir si le caractère expérimental enlève à la pratique toute dimension attentatoire à la dignité dont bénéficierait l'embryon concerné. Comment l'expérimentation ne serait-elle pas source d'atteinte ? Parce que l'expérimentation pourrait participer activement et positivement au progrès scientifique elle immuniserait les auteurs et les acteurs du procédé de clonage pratiqué à titre expérimental ? Ainsi et avant de se demander si l'expérimentation en elle-même représente un risque pour l'embryon, ne serait-il préférable de se demander si cet embryon a une dignité qui serait susceptible de ne pas être préservée par une technique, même exercée à titre expérimental<sup>1581</sup>. Le caractère expérimental d'une technique biomédicale permettrait-il de contourner l'exigence de sauvegarde du principe de dignité qui pèse sur l'ensemble du droit français ? Faciliterait-il l'acceptation d'une manipulation génétique ?

**503. L'hypothèse du clonage scientifique.** Le professeur Axel Kahn évoque « *une avancée considérable* »<sup>1582</sup> à propos du transfert nucléaire qui permet d'envisager le clonage dit scientifique. Celui-ci permettrait de « *mieux comprendre les maladies grâce aux cellules obtenues d'embryons clonés de malades* »<sup>1583</sup>. Dans la mesure où ces cellules sont malades, elles ne pourraient pas servir à soigner les patients mais elles seraient étudiées et analysées dans leur évolution afin de comprendre, par exemple, le fonctionnement de la maladie dont elles sont atteintes. À l'instar des clonages reproductif et thérapeutique, ce type de clonage supposerait la création d'un être humain. Néanmoins, il n'aurait pas une finalité thérapeutique directe, mais seulement une finalité expérimentale voire de recherche fondamentale. Faisant suite à l'annonce de l'équipe de Séoul, qui s'est avérée totalement fautive<sup>1584</sup>, certains

---

<sup>1581</sup> Cassier L., « La dignité de l'embryon humain », RTD de l'homme, 2003, p. 418 : « *en soumettant des embryons humains à l'expérimentation altérons-nous la force et la cohérence de l'ensemble symbolique qui construit la dignité humaine entre nous ? On voit sans peine que la réponse à cette question gardera toujours quelque chose d'incertain et d'arbitraire* ».

<sup>1582</sup> « Nouveaux résultats de clonage humain en Corée », Génétique.org, 20 mai 2005.

<sup>1583</sup> « Nouveaux résultats de clonage humain en Corée », Génétique.org, 20 mai 2005.

<sup>1584</sup> V. notamment Chneiweiss H., « Clonage ? La publication scientifique et le clonage thérapeutique face à la mystification Hwang », Médecine/Science, 6 février 2006, 22, pp. 218-222 ; Baralon M., « L'affaire Hwang ou l'ivresse du clonage ? », La Croix, 26 août 2013.



scientifiques français, dans une logique concurrentielle, espèrent ainsi un changement de la loi à propos du clonage humain et de la possibilité de cloner un embryon ou encore d'obtenir des « *lignées de cellules souches embryonnaires par transfert nucléaire* »<sup>1585</sup>, comme le disent les chercheurs coréens qui ne sont pas à l'aise avec le terme de clonage. À ce propos, le Professeur Bardet, cardiologue et député, est partisan d'une légalisation du clonage scientifique. Il reprend l'argument classique selon lequel la recherche sur les embryons clonés étant autorisée ailleurs, la France est « obligée » de s'aligner, sous peine de prendre du retard<sup>1586</sup> et de connaître la fuite de ses cerveaux.

**504.** Ainsi, en ne portant pas en elle-même atteinte à la dignité humaine, la technique de clonage thérapeutique aurait pu être acceptée. Toutefois, le législateur français semble avoir été motivé notamment par le « *principe formel de dignité de l'être humain* »<sup>1587</sup> afin de maintenir l'interdiction du clonage thérapeutique humain. En effet, il ne saurait se risquer à mettre en danger ce principe constitutionnel qui sert définitivement de curseur aux manipulations génétiques.

## **B. Les manifestations d'une atteinte éventuelle à la dignité**

**505.** Le Parlement européen condamne le clonage thérapeutique qu'il considère comme « *contraire à la dignité humaine* »<sup>1588</sup>. En effet, certains aspects du clonage thérapeutique peuvent entrer en contradiction avec l'exigence de sauvegarde de la dignité humaine. Aussi, le législateur français, anticipant ce risque, préfère ne pas autoriser le clonage thérapeutique, au même titre que le clonage reproductif.

**506. Le projet parental exigé.** Dans le cadre d'une technique d'assistance médicale à la procréation, le projet parental apparaît comme élément déterminant, puisqu'il est exigé par les lois de bioéthique avant de pouvoir procéder à toute conception d'embryon. Ainsi, quand un projet parental est poursuivi par un couple, c'est que ce couple a l'intention de devenir parent et qu'il a recours à la science pour l'aider dans la rencontre des gamètes. Ceci suppose donc la création d'un embryon ayant vocation à naître et à devenir une personne humaine.

---

<sup>1585</sup> « Nouveaux résultats de clonage humain en Corée », Gèneéthique.org, 20 mai 2005.

<sup>1586</sup> « Clonage : tentative au parlement français ? », Gèneéthique.org, 17 février 2006.

<sup>1587</sup> Sebag V., « De la découverte scientifique du clonage thérapeutique à la règle de droit : un exemple d'itinéraire multidisciplinaire », RGDM, n° 29, 2008, p. 112.

<sup>1588</sup> « Le clonage thérapeutique d'embryons humains », Gèneéthique.org, 09 septembre 2000.

Aussi et en l'espèce, l'importance d'un tel projet se manifeste à travers la question de savoir si on peut créer un embryon en dehors de tout projet parental. *A priori* non, dans la mesure où le droit de la bioéthique interdit toute constitution d'embryon en dehors de tout projet parental, ce qui permet notamment d'interdire les deux types de clonage qui ne supposent pas forcément l'existence d'un projet parental – le clonage thérapeutique n'aboutissant pas à la naissance d'un enfant. Ainsi, l'existence d'un projet parental formulé par un couple ayant la volonté d'avoir un enfant aurait pu justifier le recours au clonage humain.

Le Comité Consultatif National d'Ethique a néanmoins évoqué deux hypothèses qui pourraient éventuellement former deux exceptions à l'exigence d'un projet parental. D'une part, c'est la volonté de faire évoluer les méthodes d'assistance médicale à la procréation et, d'autre part, la création d'embryon par clonage dans le but de soigner le patient « *objet du clonage* »<sup>1589</sup>.

**507. L'application du principe de précaution.** En application du principe de précaution<sup>1590</sup>, il existe plusieurs raisons pour le législateur français d'interdire le clonage thérapeutique.

Tout d'abord, il existe une crainte et un risque certains que le clonage thérapeutique engendre la pratique du clonage reproductif et principalement parce que les deux procédés obéissent aux mêmes techniques : les moyens sont les mêmes, seules les finalités sont différentes. Le clonage thérapeutique pourrait bien faire le lit du clonage reproductif. Cette idée est notamment évoquée par le Président de la République Jacques Chirac à l'occasion de son discours au Forum mondial de biotechnologie à Lyon le 8 février 2001<sup>1591</sup>. Il mentionne

---

<sup>1589</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 67, *L'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, 27 janvier 2000 et Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 36.

<sup>1590</sup> Noiville C., « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, vol. 3, no. 1, 2009, pp. 73-89 : le principe de précaution n'est pas le principe qui figure traditionnellement dans le domaine de la santé mais plutôt dans celui de l'environnement : « *cette philosophie politique du risque s'est imposée comme un nouveau credo, au point qu'elle a conduit le législateur français, en 2005, à intégrer le principe de précaution dans notre constitution, lui conférant ainsi une forte valeur à la fois symbolique et juridique. Certes, si l'on s'en tient à cet énoncé constitutionnel stricto sensu, le principe de précaution ne vise pas directement la santé* ». Toutefois, il existe bien un principe de précaution pouvant s'appliquer en ce domaine au regard d'une de ses définitions : « *il énonce en effet que l'incertitude sur les risques d'un produit ou d'une activité ne constitue pas une raison de repousser l'adoption de mesures de protection (...)* ; *il s'agit de faire pencher la balance en faveur de l'environnement et de la santé, trop souvent oubliés au profit du développement technologique* ».

<sup>1591</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 37.

Sebag V., « De la découverte scientifique du clonage thérapeutique à la règle de droit : un exemple d'itinéraire multidisciplinaire », RGDM, n° 29, 2008, p. 113 : l'auteur parle de « *prélude à l'admission du clonage reproductif* » ; Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 83.

aussi le risque de dériver vers un trafic d'ovocytes humains<sup>1592</sup>, en raison de la forte demande que le procédé risque de susciter<sup>1593</sup>.

Ensuite, le clonage thérapeutique ne mérite pas d'assouplissement légal dans la mesure où il semble préférable de vérifier l'existence d'alternatives au clonage avant d'y avoir recours. Par exemple en utilisant d'autres cellules comme des cellules souches somatiques ou d'autres voies de recherche avec le recours aux cellules souches pluripotentes induites, appelées cellules iPS<sup>1594</sup>. A ce propos, le pape Jean-Paul II affirmait déjà en 2000 que « *la recherche sur les cellules souches adultes est la seule solution thérapeutique acceptable* »<sup>1595</sup>. Il semblerait plus sage de s'intéresser à cette alternative au regard de l'abandon auquel fait face le clonage, dont la question a été juridiquement réglée par la loi *Bioéthique* de 2004<sup>1596</sup>.

Enfin, le Professeur Mémeteau estime qu'accepter le clonage non reproductif humain reviendrait à nier l'humanité de l'embryon qui même au stade pré embryonnaire dispose d'une humanité. Il précise que « *si l'embryon ne profite pas de cette humanité, c'est que moi, lorsque j'étais embryon, je n'en profitais pas non plus. Je nie donc un moment de ma dignité et de mon humanité* »<sup>1597</sup>. Le Professeur craint donc la négation de l'humanité et de la dignité de chacun, y compris au stade de la conception. Ainsi, et selon la conception et le point de vue de chacun, le clonage thérapeutique a fait l'objet de nombreuses controverses quant à son acceptation. Cependant, le législateur français a conclu en 2004 par la révision des lois de bioéthique à la nécessité d'entériner son interdiction, au regard d'une conception extensive de la dignité humaine, appliquée à l'enfant conçu en vertu de son humanité. Si la dignité humaine est à la fois celle de la personne et celle de l'humanité alors effectivement l'embryon doit bénéficier de cette reconnaissance.

---

<sup>1592</sup> Sebag V., « De la découverte scientifique du clonage thérapeutique à la règle de droit : un exemple d'itinéraire multidisciplinaire », RGDM, n° 29, 2008, p. 113 : l'auteur évoque « *la crainte que les besoins en ovocytes nécessités par le clonage entraînent un commerce d'ovocytes et par là la mercantilisation des donneuses* » ; v. également Demichel F., « Clonage à visée thérapeutique : les risques d'instrumentalisation du corps des femmes et le droit », RGDM, n° 29, 2008, pp. 91-94.

<sup>1593</sup> Et d'autant plus concernant le clonage reproductif humain car le clonage humain d'une certaine manière peut être une solution à l'infertilité, même s'il existe aujourd'hui d'autres méthodes applicables et légales.

<sup>1594</sup> V. infra.

<sup>1595</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 37 : le 29 août 2000, le pape Jean-Paul II a condamné le clonage thérapeutique à l'occasion du XVIII<sup>e</sup> Congrès international de la Société de transplantation organisé à Rome.

<sup>1596</sup> Depuis que le droit a saisi la question du clonage humain en 2004 et a opté pour une prohibition absolue en France, on s'aperçoit que la littérature à ce propos est peu abondante et que la question semble avoir été définitivement résolue. Mis à part quelques fervents défenseurs du clonage humain qui n'ont pas obtenu satisfaction en 2004, la doctrine ne se préoccupe plus tellement de cette problématique.

<sup>1597</sup> Mémeteau G., « Si je devais écrire à mon député au sujet de la bioéthique... », RGDM 2000, n° 4, p. 95.

En conséquence, ce sont bien les dérives et risques entourant la pratique et les effets du clonage thérapeutique qui ont joué en faveur d'une législation prohibitive en ce domaine.

**508.** En définitive, si l'aspect thérapeutique de ce clonage s'est finalement avéré insuffisant à permettre son acceptation légale, l'exercice technique du procédé passe par des moyens qui semblent également jouer en sa défaveur et alimenter la décision du législateur.

## **Section 2. La réalisation du clonage thérapeutique excluant son autorisation**

**509.** La technique du clonage thérapeutique suppose non seulement la création d'un embryon humain mais aussi sa destruction quasi immédiate. Ainsi et en raison de son incompatibilité avec le principe de dignité dans la procédure de création puis destruction de l'embryon, ce clonage demeure interdit (§1). En vue d'une sauvegarde du principe de dignité, il apparaît souhaitable voire préférable de se pencher sur la question de l'utilisation des cellules souches adultes (§2).

### **§1. L'utilisation des embryons humains incompatible avec la dignité humaine**

**510.** Le clonage thérapeutique consiste à créer un embryon dont la finalité principale est la destruction, puisque cet embryon n'est pas littéralement un enfant à naître. Ainsi, cette technique biomédicale fait émerger une réification de l'embryon (A) et suppose un lien étroit avec le statut de l'embryon en droit français (B).

#### **A. Le rejet de la création-destruction d'embryons, rempart au clonage thérapeutique**

**511. Rappel de l'exigence du projet parental pour toute constitution d'embryon.** Tout d'abord, rappelons que les lois de bioéthique sont intervenues dans l'interdiction de la création d'embryon à des fins thérapeutiques, de recherche, industrielles ou commerciales<sup>1598</sup>.

---

<sup>1598</sup> Art. L. 2151-2 du Code de la santé publique, modifié par l'article 40 de la loi de bioéthique du 6 août 2004 : « la conception *in vitro* d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite » ; art. L. 2151-3 du Code de la santé publique créé par l'article 25 de la loi bioéthique du 6 août 2004 : « un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles » ; art. L. 2151-4 du Code de la santé publique créé par l'article 25 de la loi bioéthique du 6 août 2004 : « est également interdite toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques ».

Ensuite, rappelons que la destruction des embryons est strictement encadrée par une procédure spéciale notamment dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation et ne concerne que les embryons surnuméraires. Cette procédure rigoureuse ne permet pas de donner les embryons non transférés dans un utérus à la recherche tant qu'ils sont inscrits dans un projet parental. Par ailleurs, la destruction des embryons obéit à des conditions légales strictes. Le problème réside principalement dans cette question de la création des embryons humains : serait-elle acceptable en dehors de tout projet parental ? Ce dernier est un élément permettant de légitimer la conception d'embryons et le législateur confirme sa volonté de concilier droit et progrès scientifique, constituant ainsi une importante avancée sur le plan technique – qui se rattache à la science – comme sur le plan moral – qui se rapporte à l'éthique. À ce jour, sans projet parental un embryon ne peut être constitué par la science, même au service de la fertilité. Dans ce contexte, le clonage thérapeutique ne peut être accepté, un projet parental ne pouvant en l'espèce être poursuivi.

**512. L'existence d'un projet thérapeutique.** Le clonage thérapeutique consiste à créer des cellules humaines formant le début d'un être humain – dont le développement sera arrêté prématurément – et d'utiliser ce matériel génétique pour soigner une personne<sup>1599</sup>. Ainsi, le clonage thérapeutique constitue une double atteinte à la dignité : d'une part parce qu'il consiste en la création-destruction d'embryons humains, participant ainsi à leur instrumentalisation et d'autre part parce qu'il encourage leur utilisation pour la recherche uniquement<sup>1600</sup>. En effet, dans le clonage thérapeutique il n'existe pas de projet parental mais un « *projet thérapeutique* »<sup>1601</sup> : on crée un embryon afin de le détruire au profit d'une personne ayant besoin de son matériel génétique dans le cadre d'une thérapie<sup>1602</sup>. Dans cette logique, la méthode pourrait s'apparenter à celle du double diagnostic préimplantatoire appelé aussi la technique du « bébé-médicament » sauf qu'il s'agit ici d'un « embryon-médicament » qui ne deviendra jamais un « bébé ». La question est de savoir si ce projet thérapeutique énoncé peut à lui seul constituer un élément de légitimation du clonage. Au vu du régime d'interdiction stricte choisi par un législateur prudent et prévenant, il semble évident que

---

<sup>1599</sup> McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 13 : « *les cellules souches jouent un rôle fondamental dans les mécanismes de réparation et de régénération du corps* ».

<sup>1600</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 650.

<sup>1601</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 35.

<sup>1602</sup> McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 14 : « *un des enjeux éthiques du clonage thérapeutique consiste à "produire des cellules souches à partir de jeunes embryons obtenus en pratiquant un clonage par transfert de noyau de cellule somatique provenant du patient lui-même. Le risque de rejet serait supprimé car les cellules souches sont génétiquement identiques au patient. Ici l'embryon n'est pas transféré dans un utérus"* ».

l'existence d'un projet thérapeutique ne soit pas suffisante à légitimer le recours à la méthode, au vu notamment de l'instrumentalisation et de la réification qu'engendre la procédure de création-destruction des embryons humains nécessaire à l'établissement d'un clonage thérapeutique.

En conséquence et malgré l'existence d'un motif thérapeutique, le législateur français procède au rejet de la création-destruction d'embryon qui s'avère ainsi défavorable au clonage thérapeutique.

**513.** Axel Kahn assume son opposition au clonage thérapeutique humain en estimant que « *si la liberté de la recherche est fondamentale, elle doit être limitée par des valeurs supérieures* »<sup>1603</sup>. Ceci confirme la position du législateur car en l'espèce, il ne précise pas les valeurs auxquelles il fait référence mais on peut supposer qu'il met en balance la liberté de la recherche et la non instrumentalisation de la personne, la protection de la personne, la non réification des êtres humains, corollaires de la dignité humaine.

**514.** Ainsi, le rejet de la procédure création-destruction des embryons humains dans le cadre du clonage thérapeutique est un des arguments ayant joué en sa défaveur. Ce rejet légal est clairement la conséquence directe du statut de l'embryon qui demeure ambigu et dont les contours mériteraient davantage de précision et de clarté.

## **B. Le régime juridique du clonage thérapeutique déterminé par le statut de l'embryon**

**515.** Cette problématique présente un intérêt particulièrement important dans la mesure où elle fait écho au premier chapitre de nos recherches. L'opportunité de soulever cette question à nouveau est également justifiée parce qu'elle permet de « clore » la réflexion sur le droit positif et la question de la dignité en droit de la génétique.

**516. La réduction de l'embryon humain à un amas de cellules.** L'embryon peut être défini comme un « *organisme en voie de développement, depuis son stade unicellulaire jusqu'à la réalisation d'une forme capable de vie autonome* ». Il faut appeler embryon « *tout*

---

<sup>1603</sup> « Scientifiques ? Pour ou contre le clonage thérapeutique ? », Génétique.org, 31 janvier 2003.

*stade du développement susceptible de se poursuivre dans les conditions favorables* »<sup>1604</sup>. Ainsi, l'être humain et donc l'embryon, est bel et bien composé de cellules dès sa conception.

Afin de légitimer le recours au clonage thérapeutique, il n'est pas rare que la distinction soit établie entre un embryon et une lignée de cellules souches. Cette distinction trouve son fondement dans le fait que non seulement la finalité de ce clonage n'est pas la naissance d'un être humain mais surtout qu'elle réside dans l'arrêt précoce du développement des cellules embryonnaires utilisées. Toutefois, une partie de la doctrine souligne que malgré cette interruption provoquée il s'agit bien de la création d'un embryon humain, et non pas d'une simple cellule qui pourrait être considérée comme un embryon<sup>1605</sup>. Néanmoins, en acceptant le principe d'une reproduction asexuée, c'est-à-dire sans fécondation et à laquelle correspond le clonage humain en général, on légitime le clonage thérapeutique. Il y aurait alors non plus instrumentalisation de l'embryon mais d'une cellule puisque, dans une logique purement scientifique, on se sert de cellules et non pas d'un embryon humain développé, et ce, pour motif thérapeutique. La légitimation est à son comble et permet à certains d'affirmer qu'une cellule totipotente n'est pas un embryon, alors qu'elle en a les propriétés<sup>1606</sup>. En définitive, on s'aperçoit que l'embryon qui n'entre plus dans un projet parental est déconsidéré<sup>1607</sup>.

**517.** Le clonage humain est étroitement lié au statut de l'embryon dans la mesure où il tend clairement à sa réification. Sont ici visés les clones d'embryons humains fabriqués « *en tant que sources de greffes cellulaires* »<sup>1608</sup>. Encore une fois, pour déterminer le degré de réification de l'embryon cloné, il faut se référer au degré d'humanité qui lui est reconnu. Ainsi, plus on lui attribuera d'humanité, plus l'embryon cloné pourra être assimilé à une « *personne potentielle* »<sup>1609</sup>. Monsieur Kahn semble reconnaître une certaine potentialité de

---

<sup>1604</sup> Kahn A., *Le clonage « thérapeutique » et le statut de l'embryon*, in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 118-119.

<sup>1605</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 34.

<sup>1606</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 35 : en ce sens, le Professeur Atlan distingue cellule totipotente et embryon et affirme être favorable au développement de réservoirs d'organes, dans une logique de culture de cellules et d'organes entiers : v. Atlan H., « Possibilités biologiques, impossibilités sociales », in Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p. 113.

<sup>1607</sup> On le voit notamment à travers la législation relative à la recherche sur l'embryon et au traitement des embryons surnuméraires créés au moyen des méthodes d'assistance médicale à la procréation.

<sup>1608</sup> Kahn A., « Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 118.

<sup>1609</sup> Comité Consultatif National d'Ethique 1993 trouver avis.

personne à l'embryon et lui conférer une certaine dignité<sup>1610</sup>. Toutefois, la loi française refuse toujours de donner une définition de la personne qui contiendrait des éléments chronologiques précis<sup>1611</sup>. Pourtant, l'énonciation d'une définition claire et précise de la personne humaine permettrait de déterminer un statut juridique à l'embryon humain, comprenant de préférence une distinction claire du comportement que les scientifiques doivent adopter entre l'embryon *in utero* et l'embryon *in vitro*. Néanmoins, le droit français de la bioéthique semble se comporter de façon ambiguë par rapport à l'embryon humain : la définition n'est pas clairement affirmée ni assumée. En effet, un embryon conçu *in utero* ne dispose pas de la même qualification qu'un embryon conçu *in vitro* puisque la recherche sur l'embryon en France est uniquement tolérée sur des embryons surnuméraires, eux-mêmes issus d'une création multiple *in vitro* à l'occasion d'une méthode de l'assistance médicale à la procréation. Ainsi, le projet parental reste d'importance capitale puisqu'il détermine la potentialité de personne de l'embryon *in vitro* ayant vocation à être implanté dans un utérus en vue d'une naissance. Ceci excluant les embryons surnuméraires, dépourvus de cette potentialité de personnalité et d'humanité, du champ de protection de la dignité humaine, permettant leur manipulation. Et, à l'inverse, le projet parental soutient la création d'un embryon humain<sup>1612</sup>. Dans cette mesure, une partie de la doctrine estime donc que c'est l'« *intentionnalité qui crée le projet* » et « *le projet qui engendre la dignité* »<sup>1613</sup>.

De ce fait, si l'embryon conçu *in vitro* à des fins de recherche, ou celui qui se retrouve évincé d'une assistance médicale à la procréation en raison de son incapacité à être transféré dans un utérus, ne peut être considéré comme une personne humaine potentielle, alors le droit français de la bioéthique l'ignore du champ de la dignité humaine et permet sa réification. Dans ce contexte, la question se pose du clonage thérapeutique qui n'a pas vocation à développer un embryon *in vitro* jusqu'à la naissance. Sera-t-il un jour permis, en raison de son absence d'atteinte à la dignité de l'embryon dépourvu de projet parental, dignité étant considérée comme inexistante ?

---

<sup>1610</sup> Kahn A., « Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 119 : « *ce dont l'embryon est une potentialité, c'est-à-dire la personne, est infiniment digne* ».

<sup>1611</sup> Kahn A., « Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 119 : « *la loi française refuse d'enfermer l'embryon et la personne dans des définitions biologiques et dans des limites chronologiques précises* ».

<sup>1612</sup> Kahn A., « Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 120 : « *la création d'un embryon humain en dehors d'un projet parental, uniquement pour la recherche ou dans le but de préparer du matériel thérapeutique, pose question* ».

<sup>1613</sup> Kahn A., « Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 121.



Pour l'heure, le clonage thérapeutique humain demeure interdit par la législation bioéthique française en raison notamment des craintes relatives à une ouverture au clonage reproductif humain<sup>1614</sup>.

**518. Eléments de droit comparé.** L'Angleterre connaît une conception bien plus utilitariste de l'embryon et de la vie humaine que la France. Ainsi, les anglo-saxons adoptent sans difficulté un régime libéral d'utilisation de l'embryon humain en tant que matériel génétique présentant une grande utilité pour la science. « *La législation britannique donne une définition juridique de la limite chronologique à partir de laquelle la recherche sur l'embryon devient de principe un acte criminel. Ils acceptent que des embryons soient créés par procréation classique à la seule fin de recherche, à condition de détruire les embryons dans les quatorze jours. Certains évoquent un "stade pré embryonnaire" pendant lequel la recherche serait légitime* »<sup>1615</sup>. Le législateur anglais situe ce stade entre zéro et quatorze jours. Au cours de cette période, le « pré embryon » est véritablement assimilé à un simple amas de cellules destiné à la recherche uniquement. En l'espèce et contrairement à la France, la conception d'embryons aux seules fins de recherche est autorisée. En conséquence, les bénéfices à caractère thérapeutique de ladite recherche l'emportent, dans le souci de l'effectivité et du développement du droit à la santé des personnes. Ceci s'explique notamment par le fait que les anglo-saxons favorisent l'« *approche utilitariste de l'éthique* »<sup>1616</sup> alors que le droit français maintient une « *approche kantienne* »<sup>1617</sup> de la dignité – empêchant ainsi l'instrumentalisation de l'enfant à naître, en raison de son humanité.

**519.** Les moyens servant au clonage thérapeutique présentent des défaillances suffisantes au législateur pour l'interdire. Dans ce contexte, il semble opportun d'aborder un dernier paragraphe concernant l'existence d'une éventuelle alternative susceptible d'intéresser le droit français.

---

<sup>1614</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 651 : v. Augé M., « La question des finalités », in Delmas-Marty M. et Zhang N., *Clonage humain*, Droits et sociétés, vol. 3, Société de législation comparée, 2005, p. 87 et s..

<sup>1615</sup> Kahn A., « Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 119.

<sup>1616</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 24.

<sup>1617</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 24.

## §2. Les cellules pluripotentes induites : alternative potentielle au clonage humain

**520.** L'intérêt d'aborder la question d'une alternative existante au clonage humain réside dans la réduction des problématiques liées à l'éthique biomédicale telle qu'elle est actuellement comprise dans le droit français de la bioéthique. En effet, les cellules pluripotentes induites ont été découvertes à travers une expérience biomédicale récente (A). La technique conduisant à leur utilisation permettrait de contourner la dignité de l'enfant conçu, le problème de l'utilisation des cellules souches embryonnaires et du statut juridique de l'enfant à naître puisqu'il s'agit d'avoir recours à des cellules souches adultes (B).

### A. La présentation d'une autre alternative biomédicale

**521. Le contexte de la découverte.** C'est au Japon, en 2006, que le Professeur Yamanaka et son équipe ont découvert une nouvelle technique biomédicale présentant les caractères d'une révolution scientifique. Shinya Yamanaka « a décrit la technique qui permet d'obtenir des iPS par "reprogrammation" de cellules spécialisées »<sup>1618</sup>. Les cellules souches sont donc capables de se différencier dans les trois catégories de lignées cellulaires embryonnaires à l'origine de tous les tissus et organes. Ces cellules multipotentes peuvent se différencier *in vitro* et *in vivo* dans tous les types de cellules du corps adulte d'où elles proviennent. Le Professeur Yamanaka a d'abord prouvé qu'il était possible d'obtenir des iPS à partir d'un cheveu mais également à partir de cellules sanguines : « il est donc possible de créer des iPS à partir d'une prise de sang ! »<sup>1619</sup>.

**522. Définition de la cellule pluripotente induite.** Pour rappel, une cellule est la structure de base du corps. C'est le plus petit élément ayant les attributs de la vie. La cellule souche est celle qui est à l'origine de toutes les autres cellules et il faut en distinguer deux. D'une part, il y a les cellules souches dites normales qui correspondent au premier stade embryonnaire, « quand l'œuf fécondé s'est divisé en deux à cinq jours pour former le

---

<sup>1618</sup> De Vos J., « Cordon ombilical, cellules souches adultes, cellules iPS. Les mauvaises et les bonnes alternatives aux cellules souches embryonnaires humaines », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 72.

<sup>1619</sup> De Vos J., « Cordon ombilical, cellules souches adultes, cellules iPS. Les mauvaises et les bonnes alternatives aux cellules souches embryonnaires humaines », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 72.

*blastocyste, dont les cellules sont pluripotentes, puis au fur et à mesure du développement embryonnaires, deviennent multipotentes et se spécialisent en lignée susceptible de générer différents tissus* »<sup>1620</sup>. Et d'autre part, il y a les cellules souches hématopoïétiques qui « *sont à l'origine des cellules sanguines dont elles assurent la production tout au long de la vie* »<sup>1621</sup>. La différenciation cellulaire correspond aux divers stades de développement des cellules souches embryonnaires jusqu'à la formation d'un embryon puis d'un fœtus humain<sup>1622</sup>.

En l'espèce, la nouvelle manipulation génétique repose sur le principe de la dédifférenciation des cellules<sup>1623</sup>. En effet, les cellules pluripotentes induites sont des cellules souches adultes appelées « *cellules iPS* »<sup>1624</sup> et « *reprogrammées vers la pluripotence* »<sup>1625</sup>. Cette reprogrammation vers un stade antérieur de développement de la cellule en question permet d'obtenir des cellules « *ressemblant à des cellules souches embryonnaires et immunologiquement identiques à la cellule mère initiale* »<sup>1626</sup>. En d'autres termes, les scientifiques parviennent à faire évoluer une cellule adulte à l'envers c'est-à-dire qu'on procède à la rétrogradation de la cellule dans son développement. La cellule adulte différenciée depuis des années est capable d'être dédifférenciée afin de retrouver un stade antérieur d'évolution : elle rajeunit. Ainsi, cette technique biomédicale permet d'avoir recours à des cellules initialement adultes ensuite reprogrammées pour redevenir embryonnaires. Elle s'érige clairement en alternative potentielle et adéquate au clonage thérapeutique dans la mesure où cette thérapie cellulaire n'entre plus en contradiction avec la législation concernant la constitution d'embryon aux seules fins de recherches ou de thérapie. Dans ce contexte, la revue *Science* a même publié un article intitulé « *Is therapeutic cloning dead ?* » le 21 décembre 2007, comme avant-goût pour la suite des événements.

**523. L'utilité de la dédifférenciation cellulaire.** L'utilisation des cellules de sang du cordon, parce que leur plasticité est proche de celle des cellules souches embryonnaires, « *permettrait des résultats, notamment des affections sanguines et un système de conservation*

---

<sup>1620</sup> *Le Larousse médical*, 2012, v. cellule.

<sup>1621</sup> *Le Larousse médical*, 2012, v. cellule : « (...) leur existence a été démontrée chez l'homme ; dans certaines maladies, une anomalie du caryotype est retrouvée dans les cellules sanguines, preuve de leur origine commune ».

<sup>1622</sup> A propos des cellules souches v. notamment Coulombel L., « Cellules souches humaines : de quoi parle-t-on ? », RGDM n° 29, 2008, pp. 17-34.

<sup>1623</sup> « Le clonage reproductif », Forum européen de bioéthique, « La famille en chantier », Strasbourg, éd. 2012 : on modifie le matériel génétique d'une cellule en injectant dans le noyau des virus ou des dérivés viraux qui vont modifier le patrimoine génétique et faire retourner la cellule à l'état antérieur.

<sup>1624</sup> Pour induced pluripotent stem cells.

<sup>1625</sup> Dosquet C., « La thérapie cellulaire aujourd'hui et demain », RGDM, n° 29, 2008, p. 40.

<sup>1626</sup> Dosquet C., « La thérapie cellulaire aujourd'hui et demain », RGDM, n° 29, 2008, p. 40.

des cellules par congélation »<sup>1627</sup>. La méthode « ouvre un accès potentiellement illimité »<sup>1628</sup> au remplacement d'organes ou de tissus défaillants et pourrait permettre de créer des cellules souches bénéficiant du code génétique du patient. Ceci permettrait d'éliminer tout risque de rejet dans le cadre d'une greffe<sup>1629</sup>. Il s'agit d'un « nouveau système de reprogrammation cellulaire jusqu'ici inconnu »<sup>1630</sup>, qui s'avère bien plus simple à mettre en œuvre que le clonage thérapeutique et qui ne nécessite ni ovocytes, ni embryons. Cette alternative semble présenter moins de difficultés techniques et moins de problèmes éthiques. À ce titre, des résultats prometteurs ont récemment été annoncés au Japon et aux Etats-Unis à partir de la différenciation des cellules cutanées adultes et pourraient changer voire « rendre obsolète le recours à l'embryon comme au clonage thérapeutique »<sup>1631</sup>.

**524. La réaction française face aux cellules iPS.** Dans ce contexte, certains abordent déjà la question en 2006. Ainsi, le Conseil d'analyse de la société a publié en septembre 2006 un rapport qui s'interroge sur la possibilité d'autoriser la création de lignées de cellules embryonnaires uniquement pour la recherche<sup>1632</sup>. En effet, les chercheurs, s'inquiètent de la rudesse de la concurrence internationale en ce domaine et souhaitent rattraper le retard de la France<sup>1633</sup>. Toutefois, le rapport ne manque pas de souligner les succès « encourageants »<sup>1634</sup> de l'utilisation des cellules souches adultes. Puis en 2008, d'autres regrettent que les institutions ne s'y intéressent pas suffisamment pour en tenir compte<sup>1635</sup>. Monsieur Arduin salue toutefois la découverte des cellules iPS par le Professeur Yamanaka et ces cellules issues de cellules adultes, au caractère pluripotent, qui ne posent aucun problème éthique. De plus, il explique que « sur le plan proprement juridique et éthique, le législateur a

---

<sup>1627</sup> J.-F. Mattei, « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-376.

<sup>1628</sup> J.-F. Mattei, « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-376.

<sup>1629</sup> J.-F. Mattei, « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-376.

<sup>1630</sup> Bader J.-M., « Le secret des cellules souches a été élucidé », *Le Figaro*, 8 juin 2007.

<sup>1631</sup> J.-F. Mattei, « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-376.

<sup>1632</sup> « Rapport Ferry sur le clonage scientifique », Gèneéthique.org, 13 septembre 2006 ; Desnos M. et a., *Faut-il autoriser le clonage scientifique ? Les enjeux de la recherche sur les cellules souches*, La Documentation française, septembre 2006, 71 p..

<sup>1633</sup> « Rapport Ferry sur le clonage scientifique », Gèneéthique.org, 13 septembre 2006 : « les chercheurs disent vouloir rattraper le retard de la France dans le développement pharmaceutique et biotechnologique ».

<sup>1634</sup> Desnos M. et a., *Faut-il autoriser le clonage scientifique ? Les enjeux de la recherche sur les cellules souches*, La Documentation française, septembre 2006, p. 36 : « nous avons dit que c'était suffisamment encourageant pour mettre en place un essai comparatif afin de savoir si les espoirs placés sur ces thérapies étaient fondés ».

<sup>1635</sup> « Vers une dépénalisation du clonage embryonnaire », Gèneéthique.org, 08 décembre 2008.

toujours refusé la création d'embryon *in vitro* à des fins de recherche qui signerait une réification sans retour de la vie humaine conçue »<sup>1636</sup>. Cette découverte présente donc une alternative non négligeable puisqu'elle permettrait de contourner cette interdiction et empêcherait les scientifiques de tomber dans la réification de la vie humaine.

Cependant, il convient de mettre en lumière les inconvénients présentés par les cellules pluripotentes induites. Elles peuvent en effet contenir des anomalies génétiques à la suite de la reprogrammation qui peut « *laisser des traces plus ou moins irréversibles dans [leur] ADN* »<sup>1637</sup>. À titre illustratif, prenons une cellule iPS qui serait obtenue à partir de la peau et différenciée pour obtenir une cellule du cœur, celle-ci pourrait avoir gardé en mémoire certaines propriétés de la peau. Ainsi, « *cela pourrait compromettre leur bonne différenciation en cellules cardiaques et empêcher leur utilisation pour réparer un cœur* »<sup>1638</sup>, rendant la procédure impossible mais ne présentant, *a priori*, pas de danger.

### **525. L'abandon du clonage thérapeutique au profit des cellules souches adultes.**

Ceci est d'autant plus alimenté que les perspectives thérapeutiques du clonage ne sont toujours pas prouvées. À ce titre, Monsieur Kahn reconnaît aujourd'hui que le clonage n'a pas ouvert les perspectives thérapeutiques auxquelles il prétendait. La technique exige du matériel génétique, des personnes à monopoliser et suscite plus de problèmes éthique qu'il n'y paraissait<sup>1639</sup>.

Pour exemple, la société américaine *Advanced Cell Technology* aurait subi un déficit de dix-sept millions de dollars s'expliquant d'abord par le fait que les recherches controversées à propos du clonage thérapeutique se sont soldées par un échec et ensuite par la découverte des cellules pluripotentes induites cellules « *capables de se différencier en tous types de cellules du corps humain* »<sup>1640</sup>. Ceci prouve qu'il existait déjà en 2008, un certain

---

<sup>1636</sup> Arduin P.-O., cité in « Vers une dépénalisation du clonage embryonnaire », Gèneéthique.org, 08 décembre 2008.

<sup>1637</sup> De Vos J., « Cordon ombilical, cellules souches adultes, cellules iPS. Les mauvaises et les bonnes alternatives aux cellules souches embryonnaires humaines », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 75.

<sup>1638</sup> De Vos J., « Cordon ombilical, cellules souches adultes, cellules iPS. Les mauvaises et les bonnes alternatives aux cellules souches embryonnaires humaines », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, p. 76.

<sup>1639</sup> « Pas de perspectives thérapeutiques pour le clonage », Gèneéthique.org, 10 juillet 2006 : « *Les scientifiques se sont rendu compte que cette bonne idée nécessite énormément de donneuses d'ovocytes, des armées de laborantins*, déclare Axel Kahn. *Sans même parler des problèmes éthiques, ça ne tient pas la route* ».

<sup>1640</sup> « Recherches sur l'embryon, clonage : vers la faillite ? », Gèneéthique.org, 30 juillet 2008.

marché relatif aux cellules iPS, capable de mettre à mal l'industrie génétique américaine pourtant très présente en ce domaine.

**526.** Ainsi, ces cellules semblent prometteuses et ressemblent de plus en plus à une alternative potentielle au clonage humain. Leur utilisation devrait permettre de se détacher des cellules souches embryonnaires qui posent plus de problèmes éthiques et juridiques au regard de la dignité humaine.

## **B. Le recours aux cellules souches adultes contourne la question éthique**

**527. Des solutions en cohérence avec l'éthique biomédicale.** Utiliser des cellules souches adultes à la place de cellules embryonnaires permettrait effectivement de contourner la question éthique et l'impossibilité en France de créer et de détruire des embryons humains en dehors de tout projet parental abandonné sur un embryon qui serait surnuméraire. En ne touchant pas aux cellules souches embryonnaires, la technique évite d'entrer en contradiction avec la dignité humaine ou avec la législation en vigueur. En effet, le clonage thérapeutique renvoie principalement à la question de l'utilisation des cellules souches embryonnaires. Celles-ci sont créées puis manipulées pour ensuite être détruites avant même d'avoir la possibilité de se développer et tout cela pour la seule réalisation du clonage thérapeutique. Il suscite un intérêt particulier pour les cellules pluripotentes induites, considérées comme étant la source d'une éventuelle solution alternative au clonage thérapeutique. Aussi, le terme « alternative » semble utilisé à bon escient puisque la doctrine l'emploie également dans ce contexte : « *une autre alternative* » consiste à différencier une cellule adulte pour la faire régresser un stade antérieur de développement<sup>1641</sup>. D'ailleurs, une partie de la doctrine œuvre en ce sens et affirme qu'il serait préférable, notamment d'un point de vue moral, de procéder à une recherche sur des cellules souches adultes plutôt que sur des cellules souches embryonnaires<sup>1642</sup>.

**528.** Par ailleurs et en 2001, une autre alternative avait été proposée par le CCNE dans le cadre de la rédaction de l'avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique. Le

---

<sup>1641</sup> Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 32 ; v. Mayo M., « Le grand bazar des cellules de rechange », *Science & Vie*, nov. 2001, n° 1010, p. 98 : par exemple, une entreprise écossaise a différencié « *des cellules de peau d'un bovin en leur injectant le cytoplasme d'un ovocyte. Il les ont ensuite reprogrammées pour obtenir des cellules cardiaques* ».

<sup>1642</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », *RGDM*, n° 29, 2008, p. 82.

Comité évoque en l'espèce l'idée d'un seuil qui correspondrait à la différenciation tissulaire et qui délimiterait la possibilité de développement *in vitro* de l'embryon surnuméraire<sup>1643</sup>. Ce stade de développement permettrait de déterminer le point de départ de l'application de la dignité et donc d'une protection juridique de l'embryon et ainsi de concilier sauvegarde de la dignité et liberté de la recherche, avancée scientifique et droit à la santé.

**529. Une réalité encore équivoque.** Les détracteurs de cette alternative encore abstraite au clonage thérapeutique s'imposent et certains scientifiques soulignent la modestie des résultats obtenus<sup>1644</sup>. De plus, certains affirment que le clonage thérapeutique avec des cellules souches adultes crée et détruit quand même des embryons humains. L'explication serait la suivante : le clonage thérapeutique utilisant des cellules souches adultes pour obtenir des cellules souches embryonnaires consisterait à créer un embryon par clonage. Toutefois, cette affirmation est à relativiser si on a recours à l'alternative en question qui permet non pas de cloner la cellule mais de la différencier, de la faire rajeunir.

**530. Des arguments en faveur d'une recherche sur les cellules souches adultes.** Il existe en effet plusieurs arguments pour se diriger vers la recherche sur les cellules souches adultes et donc utiliser la technique découverte sur les cellules pluripotentes induites. Une partie de la doctrine propose des perspectives d'évolution de la loi bioéthique : garantir une juste place aux recherches sur les cellules souches adultes, encourager la création des banques de cellules souches, alléger la procédure pour les cellules souches embryonnaires importées, modifier la terminologie du clonage thérapeutique et rendre la législation plus lisible et autoriser le transfert nucléaire sous contrôle strict<sup>1645</sup>. A ce titre, la première évolution figurant sur la liste concerne la recherche sur les cellules souches adultes, ce qui est remarquable et confirme l'importance de la problématique abordée. De plus, cela avait déjà été affirmé par le Conseil de l'Europe qui estimait qu'il existe de vraies bonnes raisons de préférer le recours à des cellules souches adultes et la recherche devrait privilégier cette

---

<sup>1643</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 67, *L'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, 18 janvier 2001, p. 5 : « pour fixer une limite au développement *in vitro* des embryons destinés à la constitution de lignées de cellules souches, l'avant-projet innove en introduisant une référence à un stade de développement, celui de la différenciation tissulaire ».

<sup>1644</sup> « Clonage thérapeutique avec cellules souches adultes », Génétique.org, 22 avril 2014 : « D'abord parce qu'il a fallu "quatre donneuses (payées plusieurs milliers de dollars chacune) pour obtenir 77 ovocytes". Ensuite parce que seuls trois embryons sont parvenus au stade blastocyste. En conséquence "2 lignées pour 77 tentatives, même d'un point de vue purement technique, c'est très loin d'être encourageant" ».

<sup>1645</sup> Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 651.

voie<sup>1646</sup>. Ainsi, « *le caractère indispensable de l'ouverture du clonage de cellules souches embryonnaires n'est plus d'actualité* »<sup>1647</sup>. Cette idée est reprise par Monsieur Mattei en 2008 quand il affirme que cette différenciation cellulaire pourrait bien rendre « *obsolète le recours à l'embryon comme au clonage thérapeutique* »<sup>1648</sup>.

**531.** Aussi, les techniques de clonage humain apparaissent actuellement dépassées. Au niveau juridique, les clonages reproductif et thérapeutique demeurent interdits en France depuis la loi de bioéthique de 2004. En ce domaine, la littérature récente se fait rare, comme si le débat était définitivement clos. Certains scientifiques soutiennent l'idée que les cellules somatiques adultes sont la clé en terme d'alternative idéale au clonage humain. Ceci n'est que le début puisque « *d'importantes avancées ont été réalisées par différentes équipes japonaises et américaines* »<sup>1649</sup> qui ont réussi à différencier des cellules humaines.

**532. L'appel américain à la régulation.** Les Etats-Unis sont tellement sûrs de la méthode qu'ils appelaient déjà en 2014 à la réguler. En effet, la future demande croissante d'embryons clonés mise en exergue par le Professeur Insoo Hyun a fait écho. Il nous indique que « *la génération de cellules souches à partir de cellules adultes augmente le risque de production d'embryons humains pour des traitements destinés à certains individus spécifiques* »<sup>1650</sup>. Il l'explique par le fait que les chercheurs voudront comparer les aspects thérapeutiques des cellules souches embryonnaires avec ceux des cellules iPS, ce qui risque fortement de se produire. Dans ce contexte, il conseille de mettre en place de structures de régulation dans les pays qui souhaiteraient utiliser cette technique<sup>1651</sup>.

---

<sup>1646</sup> « La position du Conseil de l'Europe », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 173.

<sup>1647</sup> Binet J.-R., *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002.

<sup>1648</sup> J.-F. Mattei, « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-376 ; De plus, même Ian Wilmut, le père de la brebis clonée Dolly, aurait arrêté ses recherches sur l'embryon humain pour se consacrer aux cellules souches adultes qui lui semblent plus prometteuses : Mirkovic A., « Recherche sur l'embryon : vers la fin d'un grand gâchis éthique ? », JCP G n° 47, 16 novembre 2009, 448, p. 10.

<sup>1649</sup> Mazen N.-J., « Le clonage : de l'éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, p. 87 : « *le professeur japonais Shinya Yamanaka, de l'université de Kyoto, avait, il y a dix-huit mois, réussi à créer une lignée de cellules souches pluripotentes à partir de cellules de peau de souris. Il vient de réaliser (...) la même manipulation à partir d'un épiderme humain* ».

<sup>1650</sup> « Insoo Hyun : pour une régulation de la création d'embryons pour la recherche aux USA », Gèneéthique.org, 29 avril 2014.

<sup>1651</sup> « Insoo Hyun : pour une régulation de la création d'embryons pour la recherche aux USA », Gèneéthique.org, 29 avril 2014 : « *Aujourd'hui, aux Etats-Unis, en l'absence de directives sur les aspects éthiques, Insoo Hyun suggère de réinvestir les comités mis en place sous le gouvernement Bush à travers l'US National Academy of Science. Celle-ci avait recommandé que toutes les structures qui ont recours à la recherche sur les cellules souches embryonnaires mettent en place des comités, auxquels les scientifiques sont tenus de soumettre leurs protocoles pour approbation avant lancement de leurs expériences. Ces comités existent toujours et il convient,*



533. Enfin et l'homme n'est jamais à l'abri d'éventuelles dérives et autres idées délirantes. « *Ian Wilmut, initialement opposé à tout clonage humain, envisage depuis janvier 1999 (...) de créer des clones humains à des fins médicales et (...) de mettre en culture des cellules indifférenciées issues d'un embryon humain cloné. L'objectif poursuivi est d'obtenir des cellules nerveuses, sanguines ou autres qui permettraient alors de traiter diverses maladies (...)* »<sup>1652</sup>. Nous sommes donc en l'espèce face à un clonage non reproductif à caractère thérapeutique et dans un fantasme alimenté par un cumul des pratiques biomédicales et biotechnologiques qui ne semble ni nécessaire ni fondamental pour la bonne évolution de l'espèce humaine.

---

*selon Insoo Hyun, d'étendre leurs prérogatives, afin qu'ils "considèrent toutes les situations dans lesquelles il pourrait être créé des embryons". D'ores et déjà, il soulève la limite de cette proposition eu égard au manque d'expertise de ces comités ».*

<sup>1652</sup> Rossion P., « Un autre pas vers le clonage humain », *Science et Vie*, avril 1999, n° 979, p. 48 ; Fresco N., « Protestations, acclimatation », in Atalan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p. 181, cités in *Etude 356 – Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004, p. 3.

## Conclusion du second chapitre

**534.** Le clonage thérapeutique humain, à l'instar du clonage reproductif, connaît une interdiction par le législateur français. Une fois de plus, ce clonage ne connaît pas d'interdiction universelle. Il est de surcroît discuté dans certains pays qui ne souhaitent pas l'interdire, voire ignoré de plusieurs législations.

**535.** En France, ce type de clonage a longtemps été objet de débats houleux en raison notamment de sa finalité thérapeutique. On s'est ainsi demandé si la finalité thérapeutique était un critère suffisant pour légitimer son autorisation. Si la technique ne porte pas directement atteinte à la dignité, le principe de précaution oblige le législateur à prohiber le clonage thérapeutique notamment parce que le projet parental est absent et qu'il correspond à un élément de légimisation de certaines manipulations génétiques impliquant l'embryon humain ; et qu'il existe d'importants risques de dérives. L'argument thérapeutique s'est avéré insuffisant pour légitimer le recours au clonage thérapeutique notamment en raison de l'instrumentalisation de l'embryon et des incertitudes qui découlent du procédé. Ainsi, c'est la réalisation du clonage thérapeutique qui confirme sa prohibition.

De plus, la procédure de création-destruction des embryons humains n'est pas conforme au droit de la bioéthique qui prévoit une utilisation spéciale des embryons par la science. Le procédé tend à l'instrumentalisation de la vie humaine incompatible avec la dignité.

**536.** Enfin, les cellules iPS présentent une alternative pertinente à l'utilisation des cellules souches embryonnaires rendant obsolète le recours au clonage humain. La nouvelle technologie biomédicale permettant de différencier une cellule souche adulte pour la faire redevenir cellule souche embryonnaire permet de contourner les questions éthiques relatives à l'utilisation des cellules souches embryonnaires et d'éviter toute confrontation avec la dignité humaine.

## Conclusion du second titre

**537.** Le clonage humain est un élément de modification de l'espèce humaine. Plus précisément du mode de reproduction de l'homme. En effet, le clonage peut consister en la naissance d'un individu aux caractéristiques génétiques semblables à celles d'un autre. Ainsi, il représente une technique génétique touchant directement à l'intégrité de l'espèce, provoquant ou pouvant provoquer, sa modification irréversible.

**538.** En droit de la génétique, la dignité humaine est confrontée aux manipulations génétiques et notamment à celles qui participent à la modification du génome humain. Dignité et clonage humain ne cohabitent pas puisque la dignité et ses corollaires, comme l'intégrité de l'espèce humaine, servent de rempart contre toute instrumentalisation du vivant humain, largement provoquée par les techniques de clonage humain et leurs effets. Ces conséquences risquées pourraient avoir un impact à la fois sur la société, sur la personne et sur l'individu cloné.

Ainsi, la dignité humaine sert de critère d'interdiction du clonage humain, qu'il soit reproductif ou thérapeutique. Elle est l'outil juridique de régulation des manipulations génétiques par excellence, permettant de les autoriser, de les encadrer, de les prohiber selon l'interaction et la relation qu'elles entretiendront ensemble. En vertu des risques présentés par le clonage pour l'espèce humaine, son intégrité et de l'instrumentalisation de l'embryon humain encouragée par les procédés, la dignité est utilisée par le droit de la génétique comme élément de prohibition.

## Conclusion de la deuxième partie

**539.** Les fondements de la législation « *sociétale* » relative à la bioéthique se répètent. D'abord, la compassion, à propos de la recherche qui servirait à faire des découvertes sur des traitements attendus par des patients malades, la compassion dans le droit à avoir des enfants pour un couple qui aurait des difficultés à en avoir naturellement. Ensuite, l'autonomie, notamment de la femme, sert à l'avortement et à la fin de vie. L'éthique est dépassée aujourd'hui par de nouvelles logiques financière, eugénique et transhumaniste. Les techniques de marché supplantent le domaine de la procréation et de l'amélioration de l'espèce. Les diagnostics présentent un premier pas vers un post humain sans défaut, « *servant le mythe de l'enfant parfait* »<sup>1653</sup>. Ainsi, une partie des lois bioéthiques entraîne la réification de l'embryon humain. Il est réduit à l'état de matériau biologique humain dont on peut se servir pour la recherche : il est sélectionnable par l'intermédiaire des diagnostics anténataux et modifiable par la génétique au nom du progrès scientifique et de la quête de l'enfant normal puis parfait. Toutes ces possibilités légales sont couvertes par leur compatibilité avec la dignité humaine qui représentait initialement un frein considérable à l'établissement de telles dispositions.

**540.** Le premier titre a permis de montrer que la modification de l'espèce humaine pouvait être obtenue par la sélection des êtres humains et par l'augmentation de l'homme. Le droit de la génétique refuse toute pratique eugénique tendant à la sélection collective et systématique. Il accepte en revanche le nouvel eugénisme représenté par les diagnostics anténataux. C'est une législation compassionnelle et attachée au respect de la compatibilité entre la dignité et la modification de l'espèce humaine. Elle entre en conformité avec la quête de l'enfant normal.

L'augmentation de l'homme peut intervenir par l'intermédiaire des pratiques telles que la thérapie génique, légale dans sa dimension thérapeutique curative, à condition qu'aucune modification du génome ne soit transmise aux générations futures. Le transhumanisme, mouvement émergent et poursuivant la quête de l'enfant parfait, est une forme d'eugénisme que le droit de la génétique va devoir appréhender et encadrer. La connaissance et la définition de l'homme augmenté, comparé à l'homme naturel, semblent indispensables à l'établissement d'un cadre juridique approprié.

---

<sup>1653</sup> Le Méné J.-M., « Points de repères pour un bilan bioéthique du quinquennat de F. Hollande », Gèneéthique.org, 24 avril 2017.

La dignité est ainsi à la fois curseur positif et négatif des manipulations génétiques, autorisant celles qui sont compatibles avec elle et excluant les autres.

**541.** Le second titre a permis de montrer que la dignité sert de critère de rejet de la modification de l'espèce *via* un procédé de clonage humain. En effet, qu'il soit reproductif ou thérapeutique, le droit de la génétique français interdit totalement le clonage humain en raison de son incompatibilité certaine ou équivoque avec la dignité humaine et ses corollaires. L'un est qualifié de crime contre l'espèce en raison notamment de la dégradation du patrimoine génétique qu'il peut entraîner en modifiant le mode de (re)production de l'homme. L'autre est prohibé en raison de sa proximité avec le précédent, de l'insuffisance de son caractère thérapeutique, de l'instrumentalisation du vivant qu'il encourage et de son incompatibilité avec la dignité dans sa réification de l'embryon humain.

La dignité est ainsi le critère permettant au législateur de rejeter, par précaution, le clonage humain, participant à la modification et à la (re)création de l'homme.

**542.** En conséquence, la démonstration tend à mettre en lumière la fonction de « curseur » que la dignité occupe en droit de la génétique. En effet, c'est dans la détermination d'un cadre juridique adapté à l'essor des biotechnologies que son rôle est capital. Il s'agit de mettre en valeur les interventions juridiques relatives à la dignité confrontée aux pratiques biomédicales tendant à la modification de l'espèce humaine dans le but de l'améliorer. Il appartient à la dignité d'opérer une régulation du droit en ce domaine en veillant à assurer aussi bien la protection de l'humanité que celle de l'intégrité de l'espèce humaine en empêchant notamment la dégradation de son patrimoine génétique par diverses modifications mises en œuvre sur le génome humain.

## Conclusion générale

**543.** La protection de l'humanité repose d'abord sur la protection de l'enfant à naître. Le statut de l'embryon est déterminant pour l'avenir des manipulations génétiques. Malgré l'absence d'un statut exprès de l'embryon, on peut déduire, en raison de sa non appartenance à la catégorie des personnes, qu'il appartient à la catégorie des biens. Dans cette mesure, la recherche sur l'embryon, est strictement encadrée par un droit permissif qui a évolué vers une autorisation de principe en la matière.

La protection de l'humanité repose sur la protection de la personne. La recherche sur la personne humaine vivante est rigoureusement encadrée par un droit de la génétique prenant explicitement en considération la personne. En effet, l'obligation d'information et le consentement éclairé de la personne rendent la recherche biomédicale compatible avec la dignité, sous réserve du respect de l'encadrement législatif. De plus, le traitement de l'ADN humain est apprécié par le droit de façon à ce que la compatibilité avec la dignité soit assurée.

**544.** La modification de l'espèce humaine peut d'abord se manifester par son amélioration. Cette amélioration de l'homme se réalise de deux manières : en sélectionnant l'homme ou en l'augmentant. La sélection des hommes correspond à un eugénisme dit ancien dont les caractères collectif et systématique sont rejetés par le droit de la génétique en raison de leur incompatibilité avec la dignité humaine. Toutefois, cette sélection humaine peut également passer par une nouvelle forme d'eugénisme tolérée par le droit, correspondant aux diagnostics anténataux qui consistent à vérifier la « normalité » du génome d'un enfant conçu. Un diagnostic dont le résultat serait insatisfaisant pour le couple parent cherchant à avoir un enfant « normal » (voire « parfait ») peut entraîner une interruption médicale de la grossesse jusqu'à son terme. Manifestement, ces pratiques sont acceptées par un droit soucieux d'apporter une solution au désir d'enfant de certaines personnes qui les rend compatibles avec la dignité en les privant des caractères de l'eugénisme classique, initialement rejetés. La modification de l'espèce peut également passer par l'augmentation de l'homme. En définitive, cette augmentation se manifeste à travers la thérapie génique dont le régime juridique n'est plus à établir mais également à travers une nouvelle manipulation génétique encore inconnue du droit positif : CRISPR-cas9. Cette méthode consiste à éditer le génome humain et mérite d'être saisie par le droit en vertu de son application imminente dans le domaine de la biomédecine. Enfin, l'augmentation de l'homme correspond surtout à la nouvelle

problématique du transhumanisme qui n'a pas intérêt à demeurer dans le droit prospectif encore longtemps. Il existe un vrai enjeu et de vraies intentions scientifiques dans le développement de ce mouvement qui risque de présenter des difficultés de conciliation avec la dignité humaine si on veut établir un régime juridique de l'homme augmenté.

Enfin, la modification de l'espèce humaine peut ensuite s'entendre d'une volonté de changer son mode de production et donc de procéder à la création de l'homme par clonage humain. Il existe le clonage reproductif et le clonage thérapeutique, prohibés par le droit français depuis 2004 et dont la problématique semble avoir été abandonnée au profit d'alternatives comme l'utilisation des cellules souches adultes appelées les cellules pluripotentes induites. La dignité sert en l'espèce à interdire la mise en œuvre des deux types de clonage c'est-à-dire quelle que soit la finalité envisagée. La (re)production de l'homme et sa réparation à l'aide de lignées de cellules souches embryonnaires présenteraient trop de risque pour la dignité humaine et l'intégrité de l'espèce.

**545.** La compatibilité de la dignité et du domaine de la bioéthique a été constatée. À ce titre, a-t-on pu retenir qu'il existe une dignité individuelle qui s'accompagne d'une conception individuelle de l'humanité ainsi qu'une dignité collective qui s'accommode d'une conception collective de l'humanité. Il appartient au droit de la génétique de ménager les deux pour qu'aucune ne puisse être troublée par l'acceptation d'une pratique biomédicale ou la réalisation d'une manipulation génétique autorisée. Son objectif principal est d'assurer la protection de la personne et plus largement de l'être humain, en vertu de son humanité, qu'importe le contexte individuel ou collectif dans lequel il s'inscrit. La protection de l'humanité passe notamment par la protection des individus en vertu de leur qualité humaine et donc de leur humanité intrinsèque et de la personne humaine mais également par la protection de l'intégrité de l'espèce humaine dans une dimension plus collective. À ce titre, le droit intervient pour prévenir la modification de l'humanité de l'espèce humaine. La dignité, en tant que principe fondateur de la bioéthique, se devait d'être préservée. Le droit de la génétique assure cette compatibilité en articulant les pratiques biomédicales autour du principe de dignité. Par exemple, l'eugénisme est prohibé dans sa forme classique, à savoir une sélection des individus qui soit organisée, généralisée, systématique et automatique. Les diagnostics anténataux présentent des intérêts considérables en matière de procréation. Malgré leur caractère manifestement eugénique, le droit les tolère à la condition qu'ils ne soient pas systématiques, ni automatiques, c'est-à-dire qu'ils témoignent une rupture avec un ancien eugénisme. En l'espèce, c'est le choix du couple de parents qui prime l'éventuelle atteinte à la

dignité de l'enfant à naître dont le patrimoine génétique fait l'objet d'observations scientifiques susceptibles d'aboutir à une interruption médicale de grossesse en cas de résultats insatisfaisants pour ledit couple. L'éventuelle sélection de l'être humain est privilégiée par rapport au risque d'avoir un enfant malade.

Enfin, nous avons constaté qu'il est conseillé, en droit de la génétique, de considérer la dignité humaine selon un double axe : la dignité de la personne et la dignité de l'humanité. Se cantonner à la dignité de la personne humaine semble dangereux. Sans une conception plus large de la dignité, la protection de l'enfant conçu ne peut être assurée par ledit principe. Son humanité lui confère une dignité qui ne correspond à la dignité de la personne en raison de son statut juridique. Ainsi, la dignité doit être entendue comme étant la dignité de l'être humain, de l'individu en vertu de son humanité et pas seulement comme inhérente à la personne seule.

Le respect de la dignité est assuré par sa compatibilité avec les progrès biomédicaux organisés par le droit de la génétique sous la forme d'une conciliation entre dignité et science.

**546.** On est passé d'une préservation souhaitée de la dignité à une utilisation de la dignité par le droit de la génétique. La dignité est au service du droit de la génétique dans sa course au scientisme<sup>1654</sup>. Ceci permet au droit de saisir la science. En effet, pour garder le contrôle de la science, le droit ne doit pas ignorer mais encadrer une manipulation génétique. Il se sert de la dignité, socle des droits fondamentaux, comme régulateur de la génétique. La dignité est ainsi le critère de régulation du droit de la génétique.

Le but du droit de la bioéthique et du droit de la génétique est de parvenir à répondre aux besoins des personnes, à savoir : le droit à la santé, avec des soins de qualité accessibles à tous, le désir d'avoir un enfant et de fonder une famille, avec de nouveaux enjeux comme le désir d'avoir un enfant « normal » voire « parfait », tout en gardant pour objectif le respect de la dignité. Le droit de la génétique s'efforce de maintenir un certain équilibre entre les différents droits et besoins de la population et la dignité humaine.

---

<sup>1654</sup> Mattei J.-F., L'événement du Jeudi, 6-12 mars 1997, p. 22 : Monsieur Mattei proposa de compléter la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 pour empêcher que les droits de l'Homme ne deviennent esclave de la technologie scientifique et « *interdire que la science serve d'alibi ou asservisse l'homme quand elle doit être à son service* ». Néanmoins et malgré ces recommandations, l'homme est contraint aujourd'hui de prendre en considération dans son évolution les progrès relatifs aux biotechnologies qui s'imposent. De plus, il semblerait que la dignité, socle des droits fondamentaux, soit par le droit et donc l'homme dans sa contrainte. L'homme, le droit et ainsi la dignité sont pour partie « *esclaves* » de cet essor technologique. Le droit manipule et interprète la dignité à son avantage afin d'encadrer cette science asservissante.



Le recours aux cellules souches adultes, si elles ont les mêmes capacités que les cellules souches embryonnaires, à condition qu'elles soient différenciées, permet de contourner les problèmes éthiques liés à la préservation de la dignité, mais n'empêchera pas de modifier l'espèce humaine.

Certaines recommandations restent à faire. Pour empêcher la modification de l'espèce humaine et le déséquilibre de l'humanité, il faut assurer le maintien des interdictions concernant les manipulations des cellules germinales et encadrer strictement les techniques, utilisations et finalités des cellules souches adultes. En vertu du progrès thérapeutique et de la volonté d'améliorer les soins des personnes, il apparaît judicieux de se conformer « au moins » à ces deux exigences, si on veut pouvoir réglementer correctement les progrès scientifique, médical et technique en faveur de l'homme, de l'espèce et de l'humanité. Tels sont les grands axes de la conciliation souhaitée entre dignité et progrès.

**547.** Pour répondre à l'opportunité du droit de la génétique pour contraindre les abus liés à l'usage des données génétiques et encadrer les pratiques biomédicales, nous avons donc constaté une forme d'instrumentalisation de la dignité par le droit de la génétique<sup>1655</sup>. Censé servir d'outil de régulation de la génétique, une partie de la doctrine déplorait, dès 1997, une certaine « *non-régulation* »<sup>1656</sup> de la bioéthique<sup>1657</sup>. Néanmoins, depuis la fin des années 1990 et avec l'essor du mouvement bioéthique, c'est une conciliation entre la dignité humaine et d'autres droits et libertés qui semble avoir été réalisée dans le souci d'une adaptation de la

---

<sup>1655</sup> Le Breton D., « De la dignité à la responsabilité », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, p. 428 et s. : l'auteur mentionne l'instrumentalisation de la notion de dignité. P. 429 : « *de manière contemporaine, la dignité est revendiquée comme principe venant s'opposer à l'autonomie, à la volonté toute puissante de l'individu* ». Et de poursuivre « *pour le transhumaniste (...) le concept de dignité doit désormais s'appliquer avec modération aux humains et intégrer les créations technologiques contemporaines* » ; Ogien R., « Dignité humaine : une notion qui apporte plus de confusions que de clarté », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, p. 449 : « *on peut utiliser la notion de dignité pour justifier tout et son contraire* », implique bien une forme d'instrumentalisation de la dignité, « utilisée pour » ; Feuillet-Liger B., « Plaidoyer pour un usage parcimonieux de la dignité en droit », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, p. 465 : « *utilisé comme outil* », p. 467 : « *outil d'efficacité des droits subjectifs* », p. 474 « *ces usages qui font de la dignité un instrument d'efficacité des droits de la personne* », « *la dignité, instrument d'évolution de la société* », p. 475 « *au Brésil, la dignité est utilisée pour faire progresser le droit de la famille ou de la biomédecine* », p. 477 « *la dignité, outil pour limiter les libertés* », p. 488 l'auteur évoque les « *dangers d'une instrumentalisation* ». Ainsi qualifiée, la dignité serait donc un outil et un instrument. Utilisée par le droit, sa réification semble réalisée par sa fonction d'outil au service du droit. Cette conception permet de confirmer la thèse présentée en l'espèce.

<sup>1656</sup> Saint-James V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », D. 1997, p. 63.

<sup>1657</sup> Saint-James V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », D. 1997, p. 64 : « *le seul intérêt de la dignité réside dans le "cliquet constitutionnel", prêt à fonctionner si le législateur s'avisait de méconnaître les garanties accordées actuellement par les lois ou plutôt, selon les juges eux-mêmes, si les scientifiques arrivaient à faire pire !* ».

règle juridique aux évolutions scientifiques et techniques. Une bonne conciliation devrait permettre une bonne adaptation et ainsi une régulation raisonnable adaptée au respect de l'homme et des droits fondamentaux et également au progrès médical et des biotechnologies. Le principal droit fondamental régulé par la dignité en ce domaine est le droit à la vie, confronté à l'opposition qui persiste entre les « pro vie » et les « pro choix ». Cette analyse fait ressortir une certaine contradiction car le principe de dignité a vocation à empêcher, par nature, qu'une atteinte soit portée à une personne humaine. Ainsi, la dignité forme un bouclier contre les agressions extérieures à la personne, qui ne doit pas être réduite à l'état de chose et doit demeurer non réifiée et ainsi non instrumentalisée.

La dignité est le critère de conciliation du droit de la génétique, agissant comme le curseur<sup>1658</sup> permettant de favoriser ou de défavoriser le progrès et l'essor des biotechnologies. Autrement dit, le droit de la génétique se servirait de la dignité comme variable afin de déterminer des cadres juridiques de prohibition ou d'autorisation.

En définitive, « *pourraient constituer la devise de la bioéthique : "dignité, liberté et solidarité". La dignité doit protéger l'humanité et la condition humaine, la liberté doit garantir l'autonomie de la personne et la solidarité doit fonder la recherche et le don. La difficulté résidera évidemment, dans la conciliation de ces trois principes* »<sup>1659</sup>.

---

<sup>1658</sup> Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 8, *Recherches et utilisation des embryons in vitro à des fins médicales et scientifiques*, 15 décembre 1986 in *Xème anniversaire, Les avis de 1983 à 1993*, Paris, Comité Consultatif National d'Ethique INSERM, 1993, p. 113 : en 1986 le Comité d'éthique percevait déjà l'usage de la dignité comme curseur des manipulations incluant l'embryon *in vitro* : « *l'exigence fondamentale du respect de la dignité humaine est une valeur supérieure à toute autre et doit être traduite dans la réalité des situations de fait ; elle devrait constituer le critère permettant d'arbitrer les conflits de valeurs ou d'intérêts que suscite l'utilisation des embryons humains in vitro* ». Ceci peut être élargi à l'ensemble des manipulations génétiques qui touchent par nature au génome humain.

<sup>1659</sup> Gayte-Papon de Lameigne A., « Le statut juridique des éléments et produits du corps humain : objets ou sujets de droit ? », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 261.

# Bibliographie

## I – DICTIONNAIRES, LEXIQUES ET ENCYCLOPEDIES

- « Diagnostic préimplantatoire », Lamy droit de la santé, étude n° 330.
- Andriantsimbazovina J., Dictionnaire des Droits de l'Homme, PUF, 2008, spéc. pp. 226-230.
- Bailly A., *Dictionnaire grec-français*, Hachette, Paris, 1950.
- Chantraine P., *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Paris, Klincksieck, 1983.
- Cornu G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011.
- Fenouillet D., « Respect et protection du corps humain », Jurisclasseur civil, articles 16 à 16-2, fascicule 30, n° 109.
- Garnier-Delamare, *Dictionnaire illustré des termes de médecine*, Maloine, 31<sup>ème</sup> édition, 2012.
- Guinchard S. (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques 2013*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> édition, 2012.
- Hottois G., *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, De Boeck Université, Bruxelles, 2001.
- Jeuge-Maynard I. (sous la dir. de), *Le grand Larousse illustré*, édition 2015, p. 468.
- *Le Larousse médical*, 2012.
- Leca A. et Legros B., *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, LEH éditions, mars 2017.
- Mattei J.-F. (sous dir. de), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006.
- Nay O. (sous la dir. de), *Lexique de science politique. Vie et institutions politiques*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2011, 600 p.
- Pédrot P. et a., *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006.
- Salmon J., *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, 1200 p.

## II – HISTOIRE, RELIGIONS ET PHILOSOPHIE

- Baertschi B., *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, 311 p.
- Boèce, *De Potentiae*, q. 9.1 et 9.2.

- Bouffartigue J. et Delrieu A.-M., *Les Animaux*, in *Trésors des racines grecques*, Belin, Paris, 1981, p. 141.
- Burgorgue-Larsen L., *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2014.
- Cicéron, *Des Devoirs*, I, XXX, Garnier Flammarion, Paris, 1967, p. 150.
- Constitution dogmatique *Lumen Gentium*, 32 – Actes du concile Vatican II, éd. du Centurion, Paris, 1967, p. 67.
- Delbos V., *La philosophie pratique de Kant*, Paris, PUF, 1969.
- Descartes R., *Discours de la méthode*, Œuvres philosophiques, I. Paris, Bordas, 1989.
- Edelman B., *Ni chose ni personne, Le corps humain en question*, Hermann Philosophie, 2009.
- Engelhardt T., *The Foundations of Bioethics*, New York, Oxford University Press, 1986, pp. 68-71.
- Feinberg J. et Baum Levenbook B., *Abortion*, pp. 204-205.
- Habermas J., *Morale et communication*, Paris, Flammarion, coll. Champs, 1986.
- Habermas J., *L'avenir de la nature humaine, (Vers un eugénisme libéral ?)*, traduction de Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2002.
- Habermas J., *La conception de la dignité humaine*, 2010, p.141 -142.
- Hobbes T., *De la nature humaine, 1640, 68 p.*
- Huxley A., *Le Meilleur des mondes*, Plon, 1932, 319 p.
- Instruction Donum Vitae sur le *Respect de la vie humaine naissance et la dignité de la procréation, Réponses à quelques questions d'actualité*, 22 février 1987.
- Kahn A., *Et l'homme dans tout ça ?*, Paris, Pocket, coll. « Presses Pocket », 2004, p. 12.
- Kant E., *Critique de la Raison pratique*, Œuvres philosophiques, tome II, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1985, p. 766.
- Kant E., *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*, 1785, Livre de Poche, 1993, p. 113.
- Koninck Th. (de), *De la dignité humaine*, PUF, 1995.
- Lalande A., *Vocabulaire technique critique de la philosophie*.
- Le lundi 23 mai 2011, Cardinal André Vingt-trois, Archevêque de Paris, Président de la Conférence des Evêques de France.
- Locke J., *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, J.-F. Spitz (éd.), PUF, 1994, chapitre 5, §44.
- Merleau-Ponty M., *Philosophes célèbres*, Pochothèque, 2006, p. 1350.
- Mounier E., *Le Personnalisme*, Paris, PUF, 1949, pp. 42-43.
- Nicholas B., *An Introduction to Roman Law*, p. 60.

- Nietzsche F., *Par-delà le bien et le mal*, Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1886, 1993.
- Nysse (de) G., *De la création de l'homme*, 11.
- Pic de la Mirandole G., *De la Dignité de l'Homme*, Editions de l'Eclat, Combas, 1993, p. 7.
- Picard M., *L'homme du néant*, traduit de l'allemand par J. Rousset, La Baconnière, 1947, p. 49.
- Platon, *Théétète*, 175 e-176 b.
- Poisson J.-F., *La dignité humaine*, Les Etudes Hospitalières, 2004, 124 p..
- Rabelais F., *Pantagruel*, Le Livre de Poche, éd. revue et corrigée, 1<sup>er</sup> juillet 1979, 320 p.
- Ross D., *Aristote*, Gordon & Breach, Paris, 1971, p. 339.
- Saint Léon le Grand, *De jejungio decimi mensis*, IX, 2, p. 220.
- Saint Léon le Grand, *Sermo in Nativitate Domini*, VII, 6, 22 bis in *Sermons*, Sources chrétiennes, pp. 160-161.
- Saint Paul, *Epître aux Colossiens*, 3, 9-11.
- Sartre J.-P., *L'existentialisme est un humanisme*, 1946, éd. Gallimard 1996, 118 p.
- Schattner M., *Souffrance et dignité humaine*, éd. Universitaires Marne, 1993, p. 129.
- Spicq C., *Epîtres pastorales*, Paris, Gabalda, 1969, p. 363.
- Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia, q. 79, a. 3, ad 2, p. 74-75.
- Thomas d'Aquin, *Sum. Theo*, Ia, q. 22, a. 3.
- Vatican II, *Constitution pastorale, Gaudium et Spes*, le 7 décembre 1965, n. 17 – in Actes du Concile Vatican II, Editions du Centurion, Paris, 1967, p. 228.
- Verspieren P., *Biologie, médecine et éthique*, Centurion, 1987 : p. 311 Jean-Paul II, p. 236 Pie XII, p. 285 Jean-Paul II, pp. 456-457, p.458 Donum vitae.
- Verspieren P., *Les fécondations artificielles. A propos de l'instruction romaine sur le don de la vie*, Etudes, mai 1987, p. 611.

### III – DROIT / OUVRAGES GÉNÉRAUX

#### - **Droit de la santé**

- Bergoignan Esper C. et Dupont M., *Droit hospitalier*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, 986 p.
- Bergoignan-Esper C. et Sargos P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2016, 733 p.
- Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D., *Droit de la santé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, 728 p.
- Mémeteau G., *Cours de droit médical*, LEH, 4<sup>ème</sup> édition, 2010, 721 p.
- Moquet-Anger M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ, 2010.

#### - **Droit public**

- Chapuis R., *Traité de droit administratif général*, p. 596
- Favoreu L., Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1993, p. 299.
- Hauriou M., *Précis de droit administratif*, Dalloz, 1927, p. 445.
- Latour X. et Vallar C., *Droit administratif général*, Bréal, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, 461 p.
- Pontier J.-M. (dir.), *La dignité*, PUAM, 2003.
- Vidal-Naquet A., *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2007.

#### - **Droit privé**

- Aubry et Rau, *Droit civil français*, Tome 1, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 7<sup>ème</sup> édition par André Ponsard, 1964, p. 362.
- Carbonnier J., *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 21<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 11: « *la personne, c'est l'être humain, tel que le droit le prend en considération* ».
- Debove F., Falletti F., Dupic E., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2016.
- Geny F., *Science et technique en droit privé positif*, 4 volumes, Sirey, 1<sup>ère</sup> éd. 1914-1924, 2<sup>ème</sup> éd. 1927, pp. 389 et 394.

- Malaurie P., *Cours de droit civil, les personnes, les incapacités*, Cujas, 3<sup>ème</sup> édition, 1994, n° 25.
- Marais A., *Droit des personnes*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2014, 254 p.
- Mistretta P., *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, 454 p.
- Pradel J., *Procédure pénale*, Cujas, 18<sup>e</sup> éd., 2015, pp. 459-463.
- Terré F. et Fenouillet D., *Les personnes*, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> édition, 2012, 934 p.
  
- **Libertés fondamentales et publiques**
  
- Abikhzer F., *La notion juridique d'humanité*, PUAM, 2005, 622 p.
- Bioy X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, édition 2014.
- Favoreu L. et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 2012, p. 50 :
- Hennette-Vauchez S., D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2013.
- Lebreton G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Colin, 1995.
- Pauvert B. et Latour X., *Manuel de libertés publiques et droits fondamentaux*, Studyrama, 7<sup>ème</sup> éd., 2017, 447 p.
- Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2010, 4<sup>ème</sup> édition.
- Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 2012.

#### IV – BIOÉTHIQUE ET DROIT

- Anders G., *L'obsolescence de l'homme, sur l'âme à l'époque de la deuxième révolution industrielle* (1956), *Encyclopédie des nuisances*, Ivrea, Paris, 2002.
- Aubert-Marson D., *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010, 353 p.
- Auffray C., *Le génome humain*, Flammarion, 1996, 126 p..
- Azoux-Bacrie dir., *Bioéthique, bioéthiques*, Bruylant, 2003.
- Benasayag M., *Cerveau augmenté, homme diminué*, La découverte, 202 p.
- Bernard C., *Introduction à l'Étude de la Médecine Expérimentale*, 1856.
- Binet J.-R., *La réforme de la loi bioéthique, Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Lexis Nexis, 2012, 175 p.
- Bioy X., *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Lextenso, 2016, 180 p.

- Bourgeault G., *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales : prolégomènes pour une bioéthique*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1990.
- Briard M.-L., « Approche éthique de la génétique », in Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, p. 507.
- Canguilhem G., *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 2015, 12<sup>e</sup> édition.
- Caseau Y., *L'homme augmenté conduit-il au transhumanisme ?*, Parole et Science, 2016.
- Chneiweiss H., *L'homme réparé, Espoirs, limites et enjeux de la médecine réparatrice*, Plon, 2012.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 8, *Recherches et utilisation des embryons in vitro à des fins médicales et scientifiques*, 15 décembre 1986 in *Xème anniversaire, Les avis de 1983 à 1993*, Paris, Comité Consultatif National d'Ethique INSERM, 1993, p. 113.
- Delmas-Marty M., *Vers un droit commun de l'humanité*, Ed. Textuel, 1996, p. 72.
- Desnos M. et a., *Faut-il autoriser le clonage scientifique ? Les enjeux de la recherche sur les cellules souches*, La Documentation française, septembre 2006, 71 p.
- Draï R. et Harichaux M., *Bioéthique et droit*, PUF, 1988.
- Durand G., *La Bioéthique*, Cerf-Fides, Montréal, 1997.
- Duster T., *Retour à l'eugénisme*, traduit de l'anglais, 1992.
- *Ethique et génétique humaine*, Strasbourg, 30 novembre – 2 décembre 1993, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1994.
- Etude 350 – *Neurosciences*, Lamy Droit de la santé, mai 2017.
- Etude 356 – *Clonage humain*, Lamy Droit de la santé, octobre 2004.
- Feldmann G., *La bioéthique*, Armand Colin, 2010.
- Galton F., *Inquiries into human faculty and its development*, pp. 24-25.
- Hirsch E., *Traité de bioéthique I. Fondements, principes, repères*, Erès, 2010.
- Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010.
- Hottois G., *Qu'est ce que la bioéthique ?*, Paris, Vrin, 2004, p. 22.
- Jousset-Couturier B., *Le transhumanisme*, Eyrolles, 2016, 197 p.
- Kahn A. (coordonné par), *Thérapie génique. L'ADN médicament*, John Libbey, 1993.
- *La santé face aux droits de l'homme, à l'éthique et aux morales*, Réseau Européen « Médecine et droits de l'homme », édition du Conseil de l'Europe, 1996.
- Labrusse-Riou C., *Les exigences normatives et institutionnelles de protection des droits de l'Homme en matière d'expérimentation*, in *Expérimentation biomédicale et droits de*



- l'Homme*, Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme, Paris, PUF, 1988, p. 132.
- Legros B., *Droit de la bioéthique*, LEH, 2013.
  - Lenoir N. et Sturlese B., *Aux frontières de la vie*, La Documentation française, 1991.
  - Lenoir N., Mathieu B., *Le droit international de la bioéthique* (textes), PUF, 1998.
  - Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001, p. 237.
  - Lozano R.-M., *La protection européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la biomédecine*, La documentation française, 2001.
  - Magnin T., *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté. Face aux défis du transhumanisme*, Albin Michel, 2017, 296 p..
  - Manouvrier-Hanu S. et Nivelon-Chevalier A., « Les tests et empreintes génétiques : enjeux de société », in Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, pp. 525-537.
  - Martinez E. et Vialla F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Ethique*, LGDJ, 2013, p. ?
  - Mathieu B. *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM, Economica, Paris, 2000, 147 p.
  - Mathieu B., *La bioéthique*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2009, p. 104.
  - Mathieu B., *La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en Droit positif français d'un principe universel*, in A. Seriaux, C. Neirinck, C. Labrusse-Riou (dir.), *Le Droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXème siècle*, Aix en Provence, PUAM, 1996.
  - Mattei J.-F., *La vie en questions : pour une éthique biomédicale. Rapport au premier ministre*, La Documentation française, 1993.
  - Mattei J.-F., *Questions de conscience. De la génétique au posthumanisme*, Les liens qui libèrent, 2017, 286 p.
  - *Médecine et droit : questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Anthemis, 2007.
  - Mirkovic A., *L'essentiel de la bioéthique*, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2013.
  - Moretti J.-M., Dinechin O. (de), *Le défi génétique*, Le Centurion 4<sup>ème</sup> édition, juillet 1987, p. 52.
  - Neirinck C. (sous la direction de), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994.

- Nisand I., « Diagnostic préimplantatoire et clonage reproductif », in Hirsch E., *Traité de bioéthique II. Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, pp. 595-607.
- Pédrot P., *Génétique, biomédecine et société*, PUG, 2005.
- Potter V.-R., *Bioethics : a Bridge to the Future*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1971.
- Quéré F., « Frères humains », *Le défi bioéthique*, Autrement, mars 1991, p. 178.
- Répertoire pénal v. corps humain (Bioéthique), par Penneau.
- Sebag V., *Droit et bioéthique*, Larcier, 2007, 190 p.
- Sgreccia E., *Manuel de Bioéthique*, p. 23.
- Sicard T., *L'éthique médicale et la bioéthique*, Que sais-je ?, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, 2013.
- Sureau C., *Alice au pays des clones*, Stock, 1999, p. 69.
- Terestchenko M., *Ethique, Science et droit*, Hachette, 1994, p. 150.
- Testart J., *Le désir du gène*, François Bourin, 1992.
- Thévenot X., *La Bioéthique*, Paris, Centurion, 1989.
- Thomas J.-P., *Les fondements de l'eugénisme*, Paris, PUF, 1995, 127 p.

## V – THÈSES

- **Droit général**
- Arnoux I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Thèse Bordeaux, P.U. Bordeaux, 1994, 575 p.
- Binet J.-R., *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002.
- Mannoni-Chaine G., *Le régime juridique de l'innovation biotechnologique médicale, problèmes spécifiques posés par la thérapie cellulaire et par la thérapie génique*, thèse, 2001.
- Marret N., *La dignité humaine en droit*, Thèse dactylographiée, Poitiers, 2000.
- Mbala Mbala F., *La notion philosophique de la dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse de droit et santé, Lille II, 2007.
- Perrouin L., *La dignité humaine et le droit*. Thèse dactylographiée. Toulouse I, 2000, 589 p.

- **Droit privé**

- Bertrand-Mirkovic A., *La notion de personne, Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM, 2003, 472 p..
- Labbé X., *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presse Universitaire de Lille, 1990.

- **Droit public**

- Bachelard-Jobard C., *L'eugénisme, la science et le droit*, thèse de droit public, PUF, 2001, 345 p.
- Bioy X., *Le concept de la personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2003, 913 p., p. 758.
- Bricker G., *Le droit de la génétique, à la recherche d'une branche du droit*, Thèse de droit public, Paris Est, 2013, publiée chez l'Harmattan, 2015, 848 p.
- Evain S., *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*, Thèse dactylographiée, Cergy Pontoise, 1999, 430 p..
- Réa V., *La liberté de recherche en matière de bioéthique*, Thèse de droit public, Lyon, 2009.
- Trimarco-Marciali A., *Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale*, Thèse IDPD Nice, 2008.

- **Philosophie**

- Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, Thèse de philosophie, Sorbonne-Paris IV, 2001.

## VI – COLLOQUES, MELANGES ET OUVRAGES COLLECTIFS

### - Généralités

- « Cloning Human Beings Reports and Recommendations of the NBAC », Rockville, Maryland, 9 juin 1997, in Collange J.-F., Houdebine L.-M., Huriet C., Lecourt D., Renard J.-P. et Testart J., débat animé par Nouvel P., *Faut-il vraiment cloner l'homme ?*, Forum Diderot, 20 octobre 1998, organisé par le Centre d'études du vivant et par l'Association Diderot, PUF, coll. « Forum Diderot », 1999, p. 10.
- Actes du colloque « Accès aux tests génétiques en Europe : droit et protection des utilisateurs », Table ronde 1<sup>er</sup>-3 septembre 2011, Université Paris 8, RGDM, n° 42, mars 2012, pp. 13-54.
- Binet J.-R., « Dignité et Comité Consultatif National d'Ethique », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 129-141.
- Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, 346 p.
  - o Bioy X., « L'usage de la notion d'humanité en droit français », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 329-346.
  - o Gayte-Papon de Lameigne A., « Le statut juridique des éléments et produits du corps humain : objets ou sujets de droit ? », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 243-261.
  - o Gonçalves B., « Recherche sur l'embryon, risques de dérives eugéniques et brevetabilité du vivant », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 217-241.
  - o Vago P., « Le droit à un enfant chromosomiquement parfait », in Byk C. et Marliac C., *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, pp. 203-213.
- Feuillet-Liger B. et Oktay-Özdemir S. (sous la dir. de), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité*, *Panorama international*, Bruylant, 2017 :
  - o Kernaleguen F., « Le principe de non-patrimonialité du corps humain à l'épreuve de la réalité. Le difficile maintien du corps humain hors du patrimoine », in Feuillet-Liger B. et Oktay-Özdemir S. (sous la dir. de), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité*, *Panorama international*, Bruylant, 2017, pp. 85-99.

- Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, 502 p. :
  - o Feuillet-Liger B., « Plaidoyer pour un usage parcimonieux de la dignité en droit », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 453-488.
  - o Kernaleguen F., « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 93-108.
  - o Le Breton D., « De la dignité à la responsabilité », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 427-432.
  - o Marguénaud J.-P., « Principe de dignité et Cour Européenne des Droits de l'Homme », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 235-246.
  - o Ogien R., « Dignité humaine : une notion qui apporte plus de confusions que de clarté », in Feuillet-Liger B. et Orfali K. (sous la dir. de), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016, pp. 445-449.
- Labrusse-Riou C., « Sciences de la vie et légitimité », in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 283.
- *Le transhumanisme entre science fiction et réalité*, conférence donnée à la Faculté des sciences de Nice, 16 février 2017.
- Mathieu B., *Des droits de l'Homme aux droits sur l'homme ou les transmutations des droits de la bioéthique*, in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 317.
- McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, 204 p. :
  - o Albert A., « Vers une interdiction mondiale du clonage des êtres humains ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 175.
  - o Gurdon J. et Byrne J., « Histoire du clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 39-60.
  - o Kahn A., « Le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 113-128.

- « La position du Conseil de l'Europe », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 171-173.
- Mieth D., « Ethique, morale et religion », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 129-152.
- Schroten E., « Le clonage reproductif humain intrinsèquement mauvais ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 95-112.
- Sureau C., « Quels fantasmes derrière le clonage reproductif humain ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 75-93.
- Tardu M., « Le droit face au clonage », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 153-170.
- Truchet D., « La bioéthique, une notion sans limite », in *20 ans de lois de bioéthique*, MA éditions, 2016, p. 51.
- Tudge C., « Qui a le droit de cloner qui ? », in McLaren A., *Le clonage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 15-37.

- **Bioéthique et génétique**

- Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999 :
  - Atlan H., « Possibilités biologiques, impossibilités sociales », in Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p. 28.
  - Delmas-Marty M., « Certitudes et incertitudes du droit », in Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, pp. 73-74.
  - Fresco N., « Protestations, acclimatation », in Atlan H., Auge M., Delmas-Marty M., Droit R.-P. et Fresco N., *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p. 181.
- Delmas-Marty M. et Zhang N., *Clonage humain*, Droits et sociétés, Etude franco-chinoise, Volume 1 – *Introduction*, Société de législation comparée, 2002.
- Delmas-Marty M. et Zhang N., *Clonage humain*, Droits et sociétés, Etude franco-chinoise, Volume 2 – *Comparaison*, Société de législation comparée, 2004.
- Delmas-Marty M. et Zhang N., *Clonage humain*, Droits et sociétés, Etude franco-chinoise, Volume 3 – *Conclusion*, Société de législation comparée, 2005 :

- Auge M., « La question des finalités », in Delmas-Marty M. et Zhang N., *Clonage humain*, Droits et sociétés, vol. 3, Société de législation comparée, 2005, p. 87 et s.
- « Cloning Human Beings Reports and Recommendations of the NBAC », Rockville, Maryland, 9 juin 1997, in Collange J.-F., Houdebine L.-M., Huriet C., Lecourt D., Renard J.-P. et Testart J., débat animé par Nouvel P., *Faut-il vraiment cloner l'homme ?*, Forum Diderot, 20 octobre 1998, organisé par le Centre d'études du vivant et par l'Association Diderot, PUF, coll. « Forum Diderot », 1999, p. 10.
- Byk C. (sous la direction de), *La constitution face au défi de la bioéthique*, Colloque du Palais du Luxembourg du 3 avril 2008, LEH, 2008, 195 p.
- Carbonnier J., Rapport de synthèse, in *Génétique, procréation et droit*, Actes du Colloque, Actes Sud, 1985, p. 79.
- Edelman B., *Le concept juridique d'Humanité*, in A. Seriaux, C. Neirinck, C. Labrusse-Riou (dir.), *Le Droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXème siècle*, Aix en Provence, PUAM, 1996, p. 245 et s.
- Gosselin B., communication au colloque *Les lois bioéthiques à l'épreuve des faits : réalités et perspectives*, Le Mintier B. (sous la dir.), PUF, 1999.
- Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998 :
  - Houdebine L.-M., « Principes du clonage », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, pp. 173-179.
  - Sfez L., « Introduction », in Heymann-Doat A., *Génétique et droits de l'Homme*, Colloque des 20 et 21 mars 1998, L'Harmattan, 1998, pp. 167-171.
- Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008 :
  - J.-F. Mattei, « Le clonage reproductif », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp 368-377.
  - « Thérapie cellulaire – des cellules souches, embryonnaires et autres », in Mattei J.-F., *Questions d'éthique biomédicale*, Flammarion, 2008, pp. 378-387.
- Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999 :
  - Borella F., « Le concept de dignité de la personne humaine », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 29-38.

- Neirinck C., « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 39-50.
- Pédrot P., « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », in Mélanges Bolze C., *Ethique, droit et dignité de la personne*, Sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, pp. 51-64.
- Mélanges en l'honneur de Jean Michaud, *Droit et bioéthique*, études coordonnées par Gaumont-Prat H., LEH, 2012, 573 p.
- Sommet international de Washington, « Gene Edit Summit », 1-3 décembre 2015.
- Tursz T., « La thérapie génique », in *Les sciences de la vie et le droit de la bioéthique*, Eléments de réflexion réunis et présentés par Bruno Sturlese, Association d'étude et de recherche, ENM, Bordeaux, 1995, p. 195.
  
- **Recherche biomédicale et brevetabilité du vivant**
  
- Gallochat A., « La brevetabilité du vivant : de la bactérie au génome humain », in Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, 1997, pp. 181-206.
- Leca A. et Leonetti G. (dir.), *La recherche biomédicale, Droit, histoire et médecine*, Colloque des 12-13 novembre 2004, PUAM 2005 :
  - Brissy S., « Les définitions des catégories de recherches sur la personne et leurs évolutions – Le point de vue du juriste », pp. 1680-1683.
  - Dubouis L., « La protection de la personne et la recherche biomédicale en droit européen », pp. 150-160.
  - Giocanti D., « Recherches biomédicales et personnes vulnérables : incidences de la loi 2004-806 du 9 août 2004 », pp. 90-116.
  - Leca A., « Faut-il vraiment breveter toutes les inventions biomédicales ? », pp. 117-127.
  - Lemaire F., « Faut-il réviser à nouveau la législation sur la recherche biomédicale ? », pp. 1673-1676.
  - Mouralis J.-L., « Le cadre juridique de la recherche biomédicale en droit positif français », pp. 39-64.



- *Recherches sur la personne et évolutions juridiques*, Colloque organisé par l'Institut Droit et Santé (IDS) de l'Université Paris Descartes et l'Institut Maurice Raupin, Paris, 7 avril 2009, Gaz. Pal., n° spécial, 22-23 mai 2009.
- **L'embryon humain**
- Folscheid D., « L'embryon ou notre docte ignorance », in *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, sous la direction de B. Feuillet-Le Mintier, Economica, 1996, p. 41.
- *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015 :
  - o Clesse P., « Interdiction avec dérogation et autorisation sur projet. Quelles différences ? Quels problèmes ? Réflexions philosophiques », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, pp. 121-137.
  - o De Vos J., « Cordon ombilical, cellules souches adultes, cellules iPS. Les mauvaises et les bonnes alternatives aux cellules souches embryonnaires humaines », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, pp. 63-79.
  - o Goussot D., « Interdiction avec dérogation versus autorisation sur projet. Le point de vue du juriste », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, pp. 105-119.
  - o Jouannet P., « La recherche sur l'embryon en France. De l'interdiction à l'autorisation encadrée », in *Recherches sur l'embryon humain : quel avenir ? Aspects scientifiques, médicaux et thérapeutiques, juridiques, philosophiques*, Editions universitaires de Lorraine, 2015, pp. 27-39.
- **Dignité humaine et Droits de l'Homme**
- Colloque international France-Chine, « La dignité humaine en droit de la santé », 26 juin 2015.
- Colloque Nice CERDACFF, « La dignité saisie par le droit », 1<sup>er</sup> juillet 2015.

- Hennette-Vauchez S. et a., *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, 318 p.
- Koninck T. (de), Larochelle G. (dir.), *La Dignité humaine : Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, PUF, 2005, 176 p.
- Labrusse-Riou C., « Les exigences normatives et institutionnelles de protection des droits de l'Homme en matière d'expérimentation », in *Expérimentation biomédicale et droits de l'Homme*, Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme, Paris, PUF, 1988, p. 132.
- Pavia M.-L., Revet T. (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999.
  
- **Forum européen de bioéthique**
  
- « De l'homme réparé à l'homme augmenté : vers le post humanisme ? », Forum européen de bioéthique, « Le corps humain en pièces détachées », Strasbourg, éd. 2013
- « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017 :
- « La famille en chantier », Strasbourg, éd. 2012 ;
- « Le clonage reproductif », Forum européen de bioéthique, « La famille en chantier », Strasbourg, éd. 2012.
- « Le corps humain en pièces détachées », Strasbourg, éd. 2013 :
- « Le normal et le pathologique », Strasbourg, éd. 2016 ;
- « Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- « Où nous mène la révolution génétique ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- Baertschi B., « Un monde meilleur pour un homme meilleur », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- Besnier J.-M., « Homme augmenté, homme orienté ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- Breton P., « Un monde meilleur pour un homme meilleur », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- Capitaine T. Lezeau, « Identifier par le corps : avec la biométrie médicale » in *Le corps humain en pièces détachées*, Forum européen de bioéthique, Strasbourg, éd. 2013 ;
- Coernelle D., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

- Communication orale de Monsieur Missa J.-N., *in* Le transhumanisme, une nouvelle forme d'humanisme ?, Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- Le Breton D., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- Mandel J.-L., éminent spécialiste de la génétique, communication orale au Forum européen de bioéthique « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017, table ronde « Copier coller le génome ».
- Marouin E., chercheur français, communication orale au Forum européen de bioéthique « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017, table ronde « Copier coller le génome ».
- Pollak P., « Homme augmenté, homme orienté ? », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- Roux M., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.
- Thiel M.-J., « Mon avatar, mon clone et moi, émois », Forum européen de bioéthique, « Humain, post humain », Strasbourg, éd. 2017.

## VII – CHRONIQUES ET ARTICLES JURIDIQUES

- « Bioéthique, Les lois du 29 juillet 1994 », Petites affiches, n° 149, 14 décembre 1994.
- « Ethique et homme augmenté », Rubrique Ethique et droit du vivant, RGDM n° 53, décembre 2014, pp. 196 à 203.
- Andorno R., « Le clonage humain face au droit », RGDM, 2000, n° 4, p. 7.
- Auby J.-M., « Les aspects administratifs de l'assistance médicale à la procréation et des prélèvements sur le matériel biologique humain », Petites affiches, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 14-16.
- Augustin C., « La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 7 juillet 2011 », RGDM, n° 41, décembre 2011, pp. 22-28.
- B. Lemennicier, « Bioéthique et propriété de soi », *Droit : Revue Française de Théorie Juridique*, 1991.
- Bacache M., « Convention d'Oviedo. Décret n° 2012-855 du 5 juillet 2012 portant publication de la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : convention sur

les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997 (JO 7 juillet 2012, p. 11138) », RTD civ., 2012, p. 785.

- Bateur A., « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », LPA, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 29-33.
- Battin J., « L'eugénisme, une récurrence transculturelle », RGDM, n° 58, mars 2016, pp. 247-258.
- Bellivier F., « Infractions sexuelles et empreintes génétiques », RTD civ., 2000, p. 648.
- Bellivier S., « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », Petites Affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 12.
- Benillouche M., « Les crimes contre l'espèce humaine et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », Petites affiches, 18 février 2005, n° 35, p. 82.
- Bensamoun A. et Loiseau G., « L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps », Dalloz IP/IT 2017, p. 239.
- Bettio N., « Le "droit à l'enfant" nouveau droit de l'Homme ? », RDP 2010, n°2, pp. 473-504.
- Bévière-Boyer B., « Génétique – Comité Consultatif National d'Ethique – Tests génétiques – ADN – Séquençage à très haut débit », Ethique et droit du vivant, RGDM, n° 59, juin 2016, pp. 264-276.
- Binet J.-R., « La bioéthique à l'épreuve du temps », JCP G, 2011, actualité 846.
- Binet J.-R., « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée de la bioéthique », Dr. Famille, octobre 2011, étude 21 p. 17-22.
- Binet J.-R., « Le double diagnostic préimplantatoire pérennisé par l'Assemblée nationale », JCP, n° 8, 21 février 2011, p. 203.
- Binet J.-R., « Ratification de la Convention d'Oviedo : la fin d'une longue attente », JCP G n° 1-2, 9 janvier 2012, 3.
- Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique », JCP G n° 36, 2 septembre 2013, 905.
- Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : loi de bioéthique ou loi du marché ? », Revue Lamy Droit Civil, 2013, 102.
- Bioy X. et Rial-Sebbag E., « L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », AJDA 2013, p. 2204.
- Bioy X. et Rial-Sebbag E., « L'évolution de la recherche sur l'embryon, une question de principes ? », LPA, 17 décembre 2013, n° 251, p. 4.
- Blanc M., « Peut-on défendre l'eugénisme ? », *Esprit*, 1993, p. 73-74.

- Boulet M., « L'embryon humain saisi par le droit de l'Union : quelle définition juridique pour quel statut ? A propos de l'arrêt de la CJUE du 18 octobre 2011, *Brüstle*, C-34/10 », RGDM, n° 42, mars 2012.
- Brusorio M., « Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique : la recherche sur l'embryon enfin autorisée ! », Gaz. Pal., 12 août 2004, n° 225, p. 2.
- Bulletin de la Société française de philosophie, Numéro du centenaire, 15 décembre 2001, Paris, Vrin, p. 86-87.
- Byk C., « Bioéthique », JCP G, n° 37, 11 septembre 2017, 945.
- Byk C., « La recherche sur l'embryon humain », JCP G, 1996, n° 29, 3949, p. 293-297.
- Byk C., « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social ? », RDSS 2012, p. 800.
- Cahier du Conseil constitutionnel, 2005, p. 17.
- Caire A.-B., « La greffe d'utérus : pour un encadrement juridique prospectif », RDSS 2017, p. 269.
- Cassier L., « La dignité de l'embryon humain », RTD de l'homme, 2003, p. 418.
- Cassier M., « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », in *Ethique médicale et biomédicale. Débats, enjeux, pratiques*, Revue française des affaires sociales, La Documentation française, n° 3, juillet-septembre 2002, pp. 235-255.
- Cayla J.-S., « Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe », RDSS 1998, p. 283.
- Chaussy A., « Ethique et droit du vivant », RGDM 2011, n° 40, chron. n° 7, p. 295-300.
- Chemtob-Concé M.-C., « Le nouvel encadrement juridique des médicaments de thérapie innovante », RGDM 2008, n° 26, pp. 7-22.
- Chemtob-Concé M.-C., « Le nouvel encadrement juridique et éthique de la recherche biomédicale en France », RGDM, 2004, n° 14, p. 255.
- Cheynet de Beaupré A., « La révision de la loi relative à la bioéthique », D. 2011, chron. p. 2217-2224.
- Cheynet de Beaupré A., « Le bébé du double espoir », D. 2011, 603.
- Claeyss A., « Le rôle du parlement dans l'élaboration des lois de bioéthique », RGDM, n° 29, 2008, pp. 51-60.
- Clerckx J., « L'embryon humain. Le législateur, le début de vie et la loi relative à la bioéthique », RDP, 1<sup>er</sup> mai 2006, n° 3, p. 737.

- Coulombel L., « Cellules souches humaines : de quoi parle-t-on ? », RGDM n° 29, 2008, pp. 17-34.
- D. 2010, Actu, 2160, 545, obs. J. Danet commentaire sous QPC 2010 fichage.
- Daburon C., « Médecine prédictive : les dangers d'un nouveau pouvoir », RDSS, 2001, p. 453.
- Danet J., « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au « portrait-robot génétique » (mais approximatif) est validé », RSC 2014, p. 595.
- Daups T., « Pour une charte constitutionnelle de la robotique et des nouvelles technologies », LPA du 6 octobre 2017, n° 200, p. 7.
- Delmas-Marty M., « Le crime contre l'humanité, les droits de l'Homme et l'irréductible humain » Revue de science criminelle et de droit comparé, 1994, p. 484.
- Demichel F., « Clonage à visée thérapeutique : les risques d'instrumentalisation du corps des femmes et le droit », RGDM, n° 29, 2008, pp. 91-94.
- Depadt-Sebag V, « L'embryon *in utero* », RGDM, n° 27, 2008, pp. 11-23.
- Dionisi-Peyrusse A., *Actualités de la bioéthique*, AJ Famille, 2014, p. 145.
- Dosquet C., « La thérapie cellulaire aujourd'hui et demain », RGDM, n° 29, 2008, pp. 37-41.
- Edelman B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997, p. 185.
- Edelman B., « Le conseil constitutionnel et l'embryon », D. 1995. 205.
- Ferry L., « Tradition ou argumentation ? Des comités de "sages" aux comités de délibération », *in Bioéthique*, revue Pouvoirs, n° 56, 1991, pp. 5-21.
- Feuillet-Liger B., « Un droit à l'écoute de la bioéthique ou une bioéthique à l'écoute du droit ? », RGDM n° 29, 2008, pp. 63-74.
- Fraisseix P., « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la "judiciarisation" », RRJ 1999-4, pp. 1133-1151.
- Fretin A., « Les diagnostics anténatals : accès et enjeux », RGDM n° 53, décembre 2014, pp. 151-164.
- Frydman P., « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale, à propos des « lanciers de nains » », Conclusions sous Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Commune d'Aix-en-Provence, RFDA, 1995, pp. 1204-1217.
- Frydman R., « La procréatique », *in Bioéthique*, revue Pouvoirs, n° 56, 1991, pp. 65-72.
- Frydman R., « Le clonage reproductif et le clonage scientifique à visée thérapeutique », RGDM, n° 29, 2008, pp. 43-49.

- Galloux J.-C., « L'embryon communautaire », D. 2012, p. 410.
- Galloux J.-C., « La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen », D. 1996, p. 44.
- Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », D. 2014. 843.
- Galloux J.-C., Gaumont-Prat H., D. 2008, « Panorama », p. 1442.
- Gaumont-Prat H., « Recours aux techniques biomédicales en vue de neuro-amélioration chez la personne non malade : enjeux éthiques », Revue Lamy Droit civil, n° 117, 1<sup>er</sup> juillet 2014.
- Gaumont-Prat H., « La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches », D. 2005, p. 3087.
- Gil R., « Du corps augmenté à l'homme transhumain » in Dossier « Corps, chair et relation de soin », RGDM, n° 60, septembre 2016, pp. 215-224.
- Girault C., « Identification et identité génétique », AJ pénal 2010, p. 224.
- Goffi J.-Y., « La dignité de l'homme et la bioéthique », Sens public, Revue électronique internationale, 2004, réédité en 2008.
- Josserand L., « La personne humaine dans le commerce juridique », Dalloz, chron. 1932, pp. 1-4.
- Kahn A., « Se garder de tout eugénisme », *Pratiques et droit, Réalité familiale*, octobre 1992, p. 12.
- Labbé X., « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », LPA 27 mai 2011, n° 105, p. 7.
- Labbé X., « L'homme augmenté », D. 2012, p. 2323.
- Labbé X., « La personne, l'âme et le corps », LPA, 5 décembre 2002, n° 243, p. 5.
- Labbé X., note sous TGI de Lille, 28 septembre 1995, Dalloz 1997, p. 29.
- Labrusse-Riou C., « Transhumanisme », Revue Lamy Droit civil, n° 138, 1<sup>er</sup> juin 2016.
- Lamau M.-L., « Le concept de personne chez T. Engelhardt », Laenec, Médecine-santé-éthique, Paris, mars 1993, pp. 16-19.
- Lantrès O., « Recherche biomédicale : évolution ou révolution des normes ? », LPA, 11 juillet 2002, n° 138, pp. 17-23.
- Laude A., « La réforme de la loi sur les recherches biomédicales », D. 2009, p. 1150.
- Lauriston G. (de) Conseil de l'Europe, 7 octobre 2010, Résolution n° 1763 relative au droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux, « Ethique et droit du vivant », RGDM, 2011.

- Lauriston G. (de), Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 112 du 1<sup>er</sup> décembre 2010, « Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro », RGDM n° 38, mars 2011, pp. 386-392.
- Legros B., « L'effritement de la protection des débuts de la vie en droit français face aux « assauts » des progrès scientifiques et de la jurisprudence », RGDM, n° 61, décembre 2016, pp. 159-175.
- Lemaire F., « La recherche portant sur les soins courants : une nouvelle catégorie de recherche classique autorisée par la loi », *La Presse Médicale*, 2007, 36, pp. 1262-1266.
- Lenoir N., Comité international de bioéthique (CIB), 3<sup>e</sup> session : « Esquisse révisée d'une déclaration sur la protection du génome humain », *Gaz. Pal.*, 1996. 2. Chron. 822.
- Leroyer A.-M., « Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », *RTD civil*, 2013, p. 895.
- Leroyer A.-M., « Recherches sur la personne humaine – Autorisation – Protection – Examen des caractéristiques génétiques – Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine (JO 6 mars 2012, p. 4138) », *RTD civil*, 2012, p. 384.
- Mahalatchimy A., « L'harmonisation de l'accès au marché des médicaments de thérapie innovante dans l'Union européenne : entre volonté et réalité », *RGDM* 2009, n° 33, pp. 257-272.
- Marillier P., « Patrimoine génétique, lignée germinale, manipulations génétiques, méthode CRISPR-cas9 », *Ethique et droit du vivant*, *RGDM*, n° 57, décembre 2015, pp. 190-191.
- Martial-Braz N. et Binet J.-R., « Exclusion de la brevetabilité des embryons à des fins de recherche scientifique », *JCP G*, n° 6, 6 février 2012, 146.
- Mathieu B., « Bioéthique et constitution : quelles règles pour quel défi ? », *JCP G*, n° 13, 2008, « Aperçu rapide », p. 4.
- Mathieu B., « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *D.* 1995. 237.
- Mathieu B., « Des dangers et du bon usage des tests génétiques », *Petites affiches*, 2003, n° 71, p. 3.



- Mathieu B., « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instrument du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », RDP, n° 1, 1999, p. 98.
- Mathieu B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », D. 1996, I, 282.
- Mathieu B., « La dignité, principe fondateur du droit », ESKA, Journal international de bioéthique, 2010 n° 3 volume 21, pp. 77-83.
- Mathieu B., « La recherche sur l’embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », D. 1999, p. 451.
- Mathieu B., « Pour une reconnaissance de « *principes matriciels* » en matière de protection constitutionnelle des droits de l’Homme », D. 1995, I, 211.
- Mattei J.-F., L’événement du Jeudi, 6-12 mars 1997, p. 22.
- Mazen N.-J., « Ethique et rapport de l’homme au monde », Ethique et droit du vivant, RGDM, n° 59, juin 2016, pp. 259-263.
- Mazen N.-J., « Le clonage : de l’éthique au droit », RGDM, n° 29, 2008, pp. 75-89.
- Mazen N.-J., « Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique », Petites affiches, n° 149, 14 décembre 1994, p. 70.
- Mémeteau G., « Si je devais écrire à mon député au sujet de la bioéthique... », RGDM 2000, n° 4, p. 95.
- Mbulu H., « De la dignité de la vie à la dignité de la personne humaine, Quelques distinctions dans le débat sur les techniques génétiques », Lex Electronica, vol. 9, n° 3, été 2004.
- Miller H., « Les conditions de réalisation du diagnostic préimplantatoire avec typage HLA : le décret du 22 décembre 2006 », Gaz. Pal., 6 et 7 avril 2007, 825.
- Mirkovic A., « Statut de l’embryon, la question interdite ! », JCP G, n° 4, 25 janvier 2010, pp. 177-182.
- Mirkovic A., « Homicide involontaire : refus de l’extension au cas de l’enfant à naître », Dalloz, 19 février 2015, p. 378.
- Mirkovic A., « La ratification (enfin !) de la convention d’Oviedo sur les droits de l’homme et la biomédecine », D. 2012, p. 110.
- Mirkovic A., « Loi de bioéthique : deviens ce que tu es ! », RGDM n° 38, mars 2011, pp. 329-334.
- Mirkovic A., « Recherche sur l’embryon : vers la fin d’un grand gâchis éthique ? », JCP G n° 47, 16 novembre 2009, 448, pp. 9-10.

- Mucchielli J., « Le transhumanisme en procès », *Dalloz actualités*, 23 juin 2017.
- Neirinck C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003. 841.
- Neirinck C., « L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique », *Petites affiches*, 9 mars 1998, n° 29, p. 4.
- Noiville C., « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, vol. 3, no. 1, 2009, pp. 73-89.
- Paricard S., « La recherche médicale et le droit : une relation ambivalente », *RDSS* 2009, p. 98.
- Pedrot P. et Pauvert B., « La législation applicable aux cellules souches embryonnaires », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 77.
- Pédrot P., « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP G*, n° 3, 16 janvier 1991, I 3483.
- Peis-Hitier M.-P., « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005. 865.
- Philippe C., « La viabilité... encore. A propos d'un projet de loi tendant à assurer la protection de l'enfant à naître », *RDSS* 2003, p. 316.
- Pigache C., « L'utilisation des empreintes génétiques à des fins probatoires », *RGDM*, n° 27, 2008, pp. 75-100.
- Postel-Vinay O. et Millet A., « Comment ça va, Dolly ? Le clonage des mammifères passe à la vitesse supérieure », *La Recherche*, n° 297, avril 1997, pp. 50-63.
- Pradel J., « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.* 2004. 2456.
- Pradel J., « La mort du fœtus, le délit d'homicide involontaire et les hésitations de la Cour de cassation », *Dalloz*, 2004, p. 3097, sous Crim. 4 mai 2004.
- Pradel J., « Violences involontaires sur femme enceinte et délit d'homicide involontaire », *Dalloz*, 2004, p. 449, sous Crim. 2 décembre 2003.
- Prieur S., « La conciliation de la protection de la personne et de l'intérêt thérapeutique d'autrui à travers le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain », *RGDM*, n° 17, 2005, p. 241 et s.
- Prochiantz A., « Le clonage de Dolly », *Les Cahiers du CCNE* 1997, n° 13, p. 8.
- Puigelier C., « Science et droit : réflexions sur un malentendu », *Semaine juridique Notariale et Immobilière*, n° 31, 30 juillet 2004, 1386.

- Recherche – Personne humaine – Dispositif législatif – Ordonnance 16 juin 2016 – Règlement européen 16 avril 2016, RGDM n° 60, septembre 2016, pp. 296-298.
- Revet T., « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », RTD civ., n° 3, juillet-septembre 2017, pp. 587-93.
- Reviron P., « L'ADN : la preuve parfaite ? », AJ pénal 2012, 590.
- Roussel F., « L'eugénisme, analyse terminée, analyse interminable », *Esprit*, juin 1996, pp. 27-54.
- Saint-James V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », D. 1997, pp. 61-66.
- Sainte-Rose J. in « Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », Dalloz 2011, p. 2917.
- Sebag V., « De la découverte scientifique du clonage thérapeutique à la règle de droit : un exemple d'itinéraire multidisciplinaire », RGDM, n° 29, 2008, pp. 101-115.
- Sirinelli P. et Prévost S., « Le Procès du transhumanisme », Dalloz IP/IT 2017, p. 353.
- Supiot E., « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », RSC 2015, p. 827.
- Sureau C., « Des fœtus oubliés, des embryons méconnus », *Responsabilité*, décembre 2005, v. 5, n° 20, pp. 28-31.
- Taguieff P.-A., « Retour sur l'eugénisme, question de définition », *Esprit*, février 1994, p. 205.
- Taguieff P.-A., « Sur l'eugénisme : du fantasme au débat », in *Bioéthique*, revue Pouvoirs, n° 56, 1991, pp. 23-64.
- Testart J., « Les risques de la purification génétique. Questions à P.-A. Taguieff », *Esprit*, 1994, n° 199, p. 178 et s.
- Tharreau V., « Dignité, éthique et clonage », Travaux de la Commission marchés émergents. Nouvelles technologies du Barreau de Paris, 28 mars 2003.
- Touati A., « Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de régime adapté pour gérer les dommages causés par les robots », Revue Lamy Droit civil, n° 145, 1<sup>er</sup> février 2017.
- Vacarie I., « Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques », RDSS 2005, p. 195.
- Vigneau D., « La recherche sur l'embryon humain... dans les starting-blocks ! », Santé, bioéthique, biotechnologie, Rubrique personne et corps humain, 17 avril 2012.
- Vigneau D., « Les dispositions de la loi "bioéthique" du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », D. 2011, 2224.

## VIII – GRANDE PRESSE ET CHRONIQUES SCIENTIFIQUES

- « Appendix: State Laws on Human Cloning », *The New Atlantis*, Number 46, Summer 2015, pp. 95-106.
- « CRISPR-cas9 à l'Académie des Sciences : l'éthique au temps du carnaval », *Sciences Citoyennes*, 20 février 2017.
- « Dépistage prénatal, généralisation des tests AD », *Le Monde*, 5 mars 2014.
- « *Is therapeutic cloning dead ?* », *Science*, 21 décembre 2007.
- « La recherche sur l'embryon entre obscurantisme et profanation », *Le quotidien du médecin*, 25 mai 2011.
- « Les cellules embryonnaires ne sont pas des embryons », *Les Echos*, 21 avril 2011.
- « Maintien de l'interdiction de la recherche sur les cellules souches, un handicap majeur pour la médecine française », *Journal international de médecin*, 4 juillet 2011.
- « Recherche sur l'embryon humain : business ou santé publique ? », *Lemonde.fr*, 25 mai 2011.
- Bader J.-M., « Le secret des cellules souches a été élucidé », *Le Figaro*, 8 juin 2007.
- Baralon M., « L'affaire Hwang ou l'ivresse du clonage ? », *La Croix*, 26 août 2013.
- Binet J.-R., « Bébé-médicament : l'équilibre périlleux d'une solution extrême », *Le Monde*, 22 février 2011.
- Blavignat Y., « Le recours au portrait-robot génétique se généralise en France », *Le Figaro.fr*, 20 avril 2016.
- Bohineust A., « La thérapie génique tente de séduire les investisseurs », *Le Figaro*, 8 février 2017.
- Bourgain C., Henrion-Caude A., et Privat A., « Demain, des humains génétiquement modifiés ? », *Le Figaro*, 31 mars 2017.
- Castelnau B., *AFP*, 1<sup>er</sup> mars 2017.
- Chneiweiss H., « Cloningate ? La publication scientifique et le clonage thérapeutique face à la mystification Hwang », *Médecine/Science*, 6 février 2006, 22, pp. 218-222.
- Clapaud A., « La France dans la course à l'ADN grâce au numérique », *L'atelier*, 14 février 2017.
- Cook M., *Bioedge*, 21 janvier 2017.
- Dard O. et Moatti A., « Aux origines du mot "transhumanisme" », *Futuribles* n° 413, juillet – août 2016, pp. 85-92.

- Drogou I., « CRISPR, des mutations « off-targets » encore plus inattendues », *Le quotidien du médecin*, 29 mai 2017.
- Ducruet C., « Transhumanisme : que voulons-nous vraiment faire de la médecine ? », *Les Echos*, 19 mai 2011.
- Georges B., « Le droit des robots fait débat », *Les Echos*, 25 octobre 2016.
- Hirsch E., « Concilier morale et progrès biomédical », *Le Monde.fr*, 22 octobre 2010.
- Hirschler B, *Reuters*, 25 janvier 2017.
- *Le Figaro*, « Le premier « bébé-médicament » français est né », 7 février 2011.
- Mayo M., « Le grand bazar des cellules de rechange », *Science et vie*, nov. 2001, n° 1010, p. 98.
- Nau J.-Y., « L'autorisation de recherches sur les cellules souches embryonnaires humaines », *Le Monde*, 23 juin 2006.
- Nau, J.-Y., *Le Monde*, 29 décembre 2006.
- Seelow S., « Le portrait-robot génétique arrive en France », *Le Monde.fr*, 18 décembre 2014.
- Paillé J.-Y., *La tribune*, 27 octobre 2016.
- Robillard J., *Hospimédia*, 28 octobre 2016.
- Rosnay J. (de), « Intelligence artificielle : le transhumanisme est narcissique. Visons l'hyperhumanisme », *Nouvel Observateur*, 26 avril 2015.
- Rossion P., « Un autre pas vers le clonage humain », *Science et vie*, avril 1999, n° 979, p. 48.
- Rossion P., « Clonage. Pour le meilleur ou pour le pire ? », *Science et vie*, 1997, n° 955, p. 58.
- Rossion P., « Clonage. Pour le meilleur ou pour le pire », *Science et vie*, avril 1997, n° 955, p. 56.
- Testart J., « Le transhumanisme version française en 2016 », *Futuribles* n° 413, juillet – août 2016, pp. 92-94.
- Thibert C., « Pourquoi Marisol Touraine veut "connaître le génome de chaque individu" ? », *Le Figaro*, 30 décembre 2016.
- Tremolet de Villers V., « Laurent Alexandre : "Bienvenue à Gattaca deviendra la norme" », *Le Figaro*, 2 juin 2017.

- **Site internet [www.geneethique.org](http://www.geneethique.org) - synthèses de presse bioéthique**
- « 2039 : le procès du transhumanisme », Gèneéthique.org, 22 juin 2017.
- « Autoriser le clonage thérapeutique en France ? », Gèneéthique.org, 26 mai 2005.
- « Clonage : tentative au parlement français ? », Gèneéthique.org, 17 février 2006.
- « Clonage : un "crime contre l'humanité" ? », Gèneéthique.org, 04 novembre 2003.
- « Clonage thérapeutique avec cellules souches adultes », Gèneéthique.org, 22 avril 2014.
- « Comment qualifier le clonage reproductif ? », Gèneéthique.org, 17 mai 2004.
- « Compte rendu des auditions sur le clonage », Gèneéthique.org, 06 avril 2006.
- « Connaître le génome de chacun : le plan national est en marche », Gèneéthique.org, 2 janvier 2017.
- « Conseil de l'Europe : un rapport sur l'édition génétique adopté en commission », Gèneéthique.org, 3 mai 2017.
- « CRISPR : des mutations « off-targets » nombreuses et inattendues chez l'homme », Gèneéthique.org, 30 mai 2017.
- « CRISPR : un 3<sup>ème</sup> essai clinique autorisé chez l'homme », Gèneéthique.org, 2 mai 2017.
- « CRISPR en France : un rapport parlementaire accommodant », Gèneéthique.org, 30 mars 2017.
- « De l'offre de soins ultrasophistiqués à la tentation de l'eugénisme, il n'y a qu'un pas », Gèneéthique.org, 31 mars 2017.
- « Débat : le transhumanisme, augmenter ou diminuer l'homme ? », Gèneéthique.org, 26 mai 2016.
- « Dépistage de la trisomie 21 : l'« authentique » scandale du transhumanisme », Gèneéthique.org, 4 février 2016.
- « Des licences éthiques pour limiter les mauvaises utilisations de CRISPR », Gèneéthique.org, 23 janvier 2017.
- « Drépanocytose : un 1<sup>er</sup> succès pour la thérapie génique », Gèneéthique.org, 2 mars 2017.
- « En France, Sciences Citoyennes dénonce un débat convenu sur CRISPR », Gèneéthique.org, 22 février 2017.
- « Grande Bretagne : interdiction totale du clonage reproductif d'humain », Gèneéthique.org, 05 décembre 2001.
- « Homme augmenté : le comité d'éthique suggère une veille éthique », Gèneéthique.org, 14 février 2014, à propos de l'avis n° 122 du Comité Consultatif National d'Ethique.

- « Insoo Hyun : pour une régulation de la création d'embryons pour la recherche aux USA », Gèneéthique.org, 29 avril 2014.
- « *L' "idéologie transhumaniste" : nouveau nom de l'eugénisme ?* », Gèneéthique.org, 19 janvier 2016.
- « L'Espagne autorise le clonage humain dit "thérapeutique", ou clonage de recherche », Gèneéthique.org, 15 juin 2007.
- « La "folie CRISPR" », Gèneéthique.org, 13 avril 2016.
- « La France lancée dans la course à l'ADN », Gèneéthique.org, 15 février 2017.
- « La pratique du bébé médicament abandonnée en France en 2014 », Gèneéthique.org, 20 mars 2018.
- « La thérapie génique bientôt sur le devant de la scène ? », Gèneéthique.org, 8 février 2017.
- « Le clonage thérapeutique d'embryons humains », Gèneéthique.org, 09 septembre 2000.
- « Le transhumanisme effacera-t-il l'homme ? », Gèneéthique.org, 19 février 2015.
- « Les humains 'diminués' sont les premières victimes du transhumanisme », Gèneéthique.org, 15 juin 2017.
- « Nouveaux résultats de clonage humain en Corée », Gèneéthique.org, 20 mai 2005.
- « Pas de perspectives thérapeutiques pour le clonage », Gèneéthique.org, 10 juillet 2006.
- « Rapport Ferry sur le clonage scientifique », Gèneéthique.org, 13 septembre 2006.
- « Recherches sur l'embryon, clonage : vers la faillite ? », Gèneéthique.org, 30 juillet 2008.
- « Scientifiques ? Pour ou contre le clonage thérapeutique ? », Gèneéthique.org, 31 janvier 2003.
- « Succès d'une thérapie génique impliquant des cellules génétiquement modifiées », Gèneéthique.org, 26 janvier 2017.
- « Thérapie génique, CRISPR... les parlementaires s'interrogent », Gèneéthique.org, 28 octobre 2016.
- « *Transhumanisme : "l'enjeu majeur, c'est la dignité de l'homme"* », Gèneéthique.org, 24 février 2016.
- « Un robot humanoïde obtient la nationalité saoudienne », Gèneéthique.org, 27 octobre 2017.
- « Vers une condamnation universelle du clonage reproductif », Gèneéthique.org, 28 février 2002.
- « Vers une dépénalisation du clonage embryonnaire », Gèneéthique.org, 08 décembre 2008
- Besnier J.-M., cité *in* « Le transhumanisme, une évolution historique comme une autre ? », Gèneéthique.org, 16 mars 2016.

- Folscheid D., « Le projet transhumanisme n'est qu'une utopie », Gèneéthique.org, 9 janvier 2017.
- Le Dévédec, « *Le transhumanisme "repousse la possibilité d'une vie authentiquement humaine"* », Gèneéthique.org, 5 septembre 2016.
- Le Méné J.-M., « Points de repères pour un bilan bioéthique du quinquennat de F. Hollande », Gèneéthique.org, 24 avril 2017.
- Mattei J.-F., « La médecine conduit-elle au transhumanisme ? », Gèneéthique.org, 5 février 2016.
- Moysse D. et Rey O., « Le transhumanisme, ce nouvel eugénisme ? Entretien croisé entre deux philosophes », Gèneéthique.org, 12 novembre 2014.
- Suaudeau J., « CRISPR : le comité d'éthique international capitule », Gèneéthique.org, 16 février 2017.
- Testart J., « Résister au transhumanisme (x3) », Gèneéthique.org, 31 mai 2017.
- **Autres sources dématérialisées**
- Alexandre L. et Testart J., « Peut-on augmenter l'homme à l'infini ? », Vidéo (Youtube) *Arte futur(e)*.
- « Another CRISPR trial begins », Genomeweb, 28 avril 2017.
- Guinchard S., « Belles pages 33 : les trois principes structurant les procès », Le blog de Serge Guinchard, 30 mai 2017.
- <http://www.ethique.gouv.qc.ca/>.
- Nau J.-Y., « Ethique et diagnostic prénatal : jusqu'ou laisser détecter l'ADN foetal dans le sang maternel ? », *Le blog de Jean-Yves Nau*, 15 mars 2017.

## IX – JURISPRUDENCE

- **Constitutionnalité des lois Bioéthique**
- Décision n° 2004-498 du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, *Journal officiel du 7 août 2004, page 14077, texte n° 3*.
- Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et 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, *Journal officiel du 29 juillet 1994*, page 11024.

- Décision n° 2013-674 DC du 1 août 2013, Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, *JORF du 7 août 2013 page 13450*, texte n° 2.

Cons. const., 1<sup>er</sup> août 2013, n° 2013-674 DC, Constitutions 2013. 443, chron. X. Bioy.

#### - **Dignité de la personne humaine**

#### **Tribunal administratif**

- Tribunal administratif de Nantes, ord. réf., 9 janvier 2014, Ministre de l'Intérieur contre Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 1400110.

#### **Conseil d'Etat**

- Conseil d'Etat, Ministre des affaires sociales et de l'emploi contre Syndicat CGT de la Société Griffine-Maréchal, 11 juillet 1990.
- Conseil d'Etat, Milhaud, 2 juillet 1993.
- Conseil d'Etat, Commune de Morsang-sur-Orge, 27 octobre 1995, AJDA du 20 décembre 1995, pp. 942-944 et pour la note, pp. 878-882.
  - o Conseil d'Etat, Ass., 27 octobre 1995, « *Commune de Morsang-sur-Orge* », GAJA, Dalloz, 17<sup>ème</sup> éd., 2009, n°11, pp. 699-707.
  - o Gros M., RD public, 1996.536.
  - o Froment J.-C., RD public, 1996. 536.
- Conseil d'Etat, ord. réf., 9 janvier 2014, Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 374508.

#### **Conseil constitutionnel**

- Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343-344, JO 29 juillet 1994 p. 11024, relative à la constitutionnalité des 2 lois de juillet 1994.
  - o Cons. const. 27 juillet 1994 : D. 1995. 237, note Mathieu.
  - o Favoreu L., et Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17<sup>ème</sup> édition, 2013, pp. 415-425.

## - **Personne et corps**

- Cour d'appel de Lyon, 13 mars 1997.
- Cour d'appel de Metz, 3 septembre 1998, *J.C.P.*, G., 2000.II.10231, note Fauré ; *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, Bull. n° 87, p. 7838.

## - **Embryon humain**

### **Tribunal correctionnel**

- Tribunal correctionnel de Lyon, 3 juin 1996, *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, Bull. mensuel n° 39, p. 9062.
- T. corr. Tarbes, 4 février 2014, n° 12021000029.

### **Tribunal de grande instance**

- Tribunal de grande instance de Rennes, 30 juin 1993, *JCP G*, 1994.II.22250.

### **Cour d'appel**

- Cour d'appel de Versailles, 8 mars 1996, cité par *Crim.* 5 mai 1997.
- Pau, ch. corr., 5 février 2015, n° 14/00480.

### **Cour de cassation**

- Cour de cassation, chambre criminelle, 30 juin 1999, *Rec. Dalloz*, 1999, 710, Note Vigneau.
- Cour de cassation, Assemblée plénière, 29 juin 2001.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 25 juin 2002, *Rec. Dalloz*, 3099, Note J. Pradel.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 2 décembre 2003, *Rec. Dalloz*, 2004, 449, note J. Pradel.
- Cour de cassation, crim. 4 mai 2004.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 2011.

### **Cour administrative d'appel**

- Cour administrative d'appel de Douai, 6 décembre 2005, *AJDA*, 2006, 442, concl. R. Le Goff.

### **Conseil d'Etat**

- Conseil d'Etat, 21 décembre 1990, 2 arrêts.

### **Conseil constitutionnel**

- Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 à propos de la loi relative au respect du corps humain et 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.
- Conseil constitutionnel, 1<sup>er</sup> août 2013, loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

### **Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)**

- CEDH Open Door et Dublin Well Woman, 29 octobre 1992, série A, n° 246, §66, p. 28.
- CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, Evans c/ Royaume-Uni, req. n° 6339/05.
- CEDH, ABC contre Irlande, 16 décembre 2010.
- CEDH, sect. II, Costa et Pavan c. Italie, 28 août 2012, req. n° 54270/10, Dionisi-Peyrusse A..

### **Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)**

- CJUE, Brüstle 18 octobre 2011, aff. C-34/10, AJF novembre 2011, p. 518, obs. A. Mirkovic.
  - o CJUE, gr. ch., 18 octobre 2011, aff. C-34/10, *Olivier Brüstle c/ Greenpeace*.

### **- Droits fondamentaux**

### **Tribunal de grande instance**

- Tribunal de grande instance Montpellier, 15 décembre 1989, J.C.P., 1990.II.21556, note J.-P. Gridel.

### **Cour d'appel**

- Cour d'appel Riom, 7 septembre 1995, cité par Crim. 27 novembre 1996, n° 5130, Bull. crim., n° 431.
- Cour d'appel Versailles, 8 mars 1996, cité par Crim. 5 mai 1997, Bull. crim., n° 158.

- Cour d'appel Caen, 11 mars 1996, cité par Crim. 2 avril 1997.
- Cour d'appel Lyon, 13 mars 1997, D., 1997.557, note E. Serverin.

### **Cour de cassation**

- Cour de cassation, 1ère chambre civile, 29 juin 1994, D. 1994, 581, note Chartier.

### **Conseil d'Etat**

- Conseil d'Etat, 21 décembre 1990, D., 1991.283 ; Rec. Lebon, p. 369, concl. Stirn.

### **Cour Européenne des Droits de l'Homme**

- CEDH, gr. ch., VO contre France ?, 8 juillet 2004.
- Cedh, sect. IV, 7 mars 2006, Evans c/ Royaume-Uni, req. n° 6339/05.
- CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, Evans c/ Royaume-Uni, req. n° 6339/05.
- CEDH, ABC contre Irlande, 16 décembre 2010.

### **Cour de Justice des Communautés Européennes**

- CJCE 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69, Rec. 419.

### **- Recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires**

### **Tribunal administratif**

- Tribunal administratif de Paris, 21 janvier 2003, AJDA 2003, p. 1563, note S. Hennette-Vaucher.

### **Cour administrative d'appel**

- Cour administrative d'appel de Paris, 9 mai 2005, Rec. Dalloz, 2006, Panorama, 1207, Obs. J.-C. Galloux.
- Cour administrative d'appel de Paris, 10 mai 2012, *Fondation Jérôme Lejeune*, requête n° 10PA05827, AJDA 2012. 1600, note Vanlerberghe.

### **Conseil d'Etat**

- Conseil d'Etat, 23 décembre 2014, n° 360958, *Agence de Biomédecine*.

### **Conseil constitutionnel**

- Conseil constitutionnel, 1<sup>er</sup> août 2013, loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

### **Office européen des brevets**

- OEB, gr. ch., 25 novembre 2009, *Wisconsin alumni research foundation*.

### **ADN et caractéristiques génétiques**

- Comm. EDH, 13 décembre 1979, n° 8378/78.
- CJCE, 10 juin 1980, *Mlle X c. Commission*, aff. 155/78, Rec. p. 1797.
- CJCE, 5 octobre 1994, X. c. Commission, aff. C-404/92 P, Rec. p. 4737.
- CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, n° 19187/91.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 1998, D. 1998, n° 39, p. 1.
- CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010.
  - o Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC, D. 2012. 308, obs. H. Gaumont-Prat.
  - o AJ pénal 2010. 545, étude J. Danet.
- CEDH, 18 avril 2013, n° 19522/09.
- Crim. 19 mars 2013, n° 12-81. 533.
- Crim. 18 décembre 2013, n° 13-90.028.
- Crim. 25 juin 2014, n° 13-87.493, D. 2014, p. 1453.

### **Diagnostiques anténataux**

- Conseil d'Etat, 5<sup>ème</sup> / 4<sup>ème</sup> SSR, n° 372257 du 3 juillet 2015, Lebon.
- Tribunal administratif Orléans, jugement n° 1100724 du 9 février 2012.
- Cour administrative d'appel Nantes, n° 12NT00989, du 15 octobre 2012.
- Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010. 1522, obs. Sargos P.
- Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 14 novembre 2013, n° 12-21.576, D. 2014, p. 47, obs. Gout O.

- Tribunal administratif Limoges, 19 avril 2017.
- **Juridictions étrangères**
- Cour suprême américaine, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 US 303, 1980.
- Cour suprême américaine, *Myriad Genetics*, 569 US 398, 2013.

## X – TEXTES OFFICIELS

- **Cadre national français**
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789.
- Loi dite Veil n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.
- Loi dite Huriot-Sérusclat n° 88-1138 du 20 novembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à la recherche biomédicale.
- Loi n° 94-548 du 1<sup>er</sup> juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.
- Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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.
- Loi dite Guigou n° 98-468 du 17 juin 1998, relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs.
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et la contraception.
- Loi du 15 novembre 2001.
- Loi n° 2002-303, 4 mars 2002, JO, 5 mars.
- La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure
- Loi du 9 mars 2004 dite loi Perben.
- Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
- Loi n° 2004-806, 9 août 2004, JO, 11 août.
- Décret n° 2006-1661 du 22 décembre 2006 relatif au diagnostic prénatal et au diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* et modifiant le Code de la santé publique, publié au JO du 23 décembre 2006.

- Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail.
- Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
- Loi du 14 mars 2011.
- Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.
- Loi n° 2012-300, 5 mars 2012, NOR : SASX0901817L : JO, 6 mars dite loi Jardé.
- Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 sur la recherche modifiant la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.
- Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.
- Ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016.
- Décret n° 2016-1537 du 16 novembre 2016 relatif aux recherches impliquant la personne humaine.
  
- **Cadres européen et communautaire**
  - Union européenne
- Directive du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques, transposée en France par la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004, JORF n° 286 du 9 décembre 2004 page 20801.
- Résolution Parlement européen, 16 mars 1989, JOCE 17 avril, n° C 96, p. 165 sur les problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique.
- Résolution Parlement européen, 28 octobre 1993, JOCE 22 nov., n° C 315, p. 224 portant sur le clonage de l'embryon humain.
- Résolution Parlement européen, 12 mars 1997, JOCE 14 avril, n° C 115, p. 92.
- Commission européenne, GCEB, avis n° 9, Aspect éthiques des techniques de clonage, 28 mai 1997.
- Résolution Parlement européen, 2 février 1998, JOCE 2 février, n° C 034, p. 164.
- Directive européenne de 1998 sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques, 98/44/CE.
- Dir. n° 2001/20/CE, JOCE 1<sup>er</sup> mai 2001, n° L 121, p. 34.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 18 décembre 2000.

- Règlement (CE) n° 1394/2007 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2001/83/CE et le règlement (CE) n° 726/2004.
  - Règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014.
  - Directive 2001/83/CE du Parlement et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.
  - Règlement (CE) n°1394/2007 du Parlement et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les médicaments de thérapie innovante et modifiant la directive 2001/83/CE ainsi que le règlement (CE) n°726/2004.
  - Résolution du Parlement européen sur le commerce d'ovules humains, P6\_TA (2005) 0074, 10 mars 2005.
  - Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant les règles de droit civil sur la robotique, Strasbourg, 16 février 2017.
- Conseil de l'Europe
    - La Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950.
    - Recommandation du Conseil de l'Europe 1046, 24 septembre 1986, art. 14 A, IV, al. 2, relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins de diagnostics, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales, Conseil de l'Europe, Direction des affaires juridiques, Strasbourg, 1989.
    - Recommandation 1110 (1989) de l'Assemblée parlementaire sur l'utilisation des embryons et fœtus humains dans la recherche scientifique, adoptée le 2 février 1989, Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique.
    - La Convention sur la protection des droits de l'Homme et la dignité de la personne à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, du 4 avril 1997.
    - Conseil de l'Europe, *travaux préparatoires au protocole additionnel du Conseil de l'Europe*, 1998, p. 230.
    - Protocole additionnel à la convention portant sur l'interdiction du clonage d'êtres humains, signé à Paris le 12 janvier 1998.
    - Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 26 avril 2017.



- **Cadre international**

- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ONU, 9 décembre 1948
- Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948.
- Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, 11 novembre 1997.
- Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, UNESCO, 16 octobre 2003.
- Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme du 19 octobre 2005.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966.
- Résolution de l'OMS, *Le clonage dans la reproduction humaine*, Cinquantième Assemblée mondiale de la santé, 14 mai 1997.
- *Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique*, UNESCO, juillet 2004.
- Convention internationale contre le clonage des êtres humains à des fins de reproduction, Assemblée générale des Nations Unies, 22 février 2005.
- Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains, AG/10333, 8 mars 2005.
- Rapport du CIB sur la mise à jour de sa réflexion sur le génome humain et les droits de l'Homme, Paris, 2 octobre 2015.
- Rapport d'information « *Révision des lois de bioéthique, favoriser le progrès médical, respecter la dignité humaine* ».

**IX – PROPOSITIONS, RAPPORTS ET BILANS OFFICIELS**

- **Avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé**
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 1, *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, 22 mai 1984.
- Rapport scientifique du Comité Consultatif National d'Ethique, Avis du 15 décembre 1986 sur les recherches sur les embryons humains *in vitro* et leur utilisation à des fins médicales et scientifiques, La documentation Française, p. 33.

- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 8, *Recherches et utilisation des embryons in vitro à des fins médicales et scientifiques*, 15 décembre 1986 in Xème anniversaire, Les avis de 1983 à 1993, Paris, Comité Consultatif National d'Ethique INSERM, 1993, p. 113.
- Comité Consultatif National d'Ethique, *Recherche biomédicale et respect de la personne humaine. Explication d'une démarche*, Paris, La Documentation française, 1988.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 22, *La thérapie génique*, 1990.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis du 22 juin 1993.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 46, *Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention*, 30 octobre 1995.
- Comité Consultatif National d'Ethique avis n° 53 du 11 mars 1997 sur la Constitution de collections de cellules embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins thérapeutiques ou scientifiques.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, 22 avril 1997.
- CCNE, Avis n° 64 sur l'avant-projet de loi portant transposition, dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, 8 juin 2000.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 67, *L'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, 18 janvier 2001.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 72, 4 juillet 2002.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 93 du 22 juin 2006, relatif à *la commercialisation des cellules souches humaines et autres lignées cellulaires*.
- « Le diagnostic prénatal », in Comité Consultatif National d'Ethique, *Rapport éthique et recherche biomédicale 2008*, La documentation française, 2009, pp. 247-251.
- « Le diagnostic préimplantatoire », in Comité Consultatif National d'Ethique, *Rapport éthique et recherche biomédicale 2008*, La documentation française, 2009, pp. 255-259.
- Comité Consultatif National d'Ethique avis n° 120 du 25 avril 2013, *Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel*.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 122, du 12 décembre 2013 *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques*.
- Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 124 du 21 janvier 2016, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*.

- **Rapports parlementaires**

- Claeys A. et Leonetti J., « Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique », AN, n° 2235, 20 janvier 2010, t. II, audition de Grimfeld, président du Comité Consultatif National d'Ethique, p. 24.
- Claeys A. et Vialatte J.-S., *Rapport sur la recherche sur les cellules souches*, OPECST, AN, n° 2718, Sénat, n° 652, 8 juillet 2010, Rec. n° 18, p. 161.
- Claeys A., Rapport AN n° 3498, Rapport Sénat n° 101, OPECST, 6 décembre 2006, p. 47.
- J.-F. Mattéi, 3<sup>ème</sup> séance 15 janvier 2002, JOAN CR 16 janvier 2002.
- J.-F. Mattei, *La vie en question, pour une éthique biomédicale*, Rapport à M. le Premier ministre, 15 novembre 1993, La Documentation française, coll. Rapports officiels, 1994, p. 92.
- Kouchner B., 1<sup>ère</sup> séance du 19 novembre 1992, JOAN, C.R., 20 novembre 1992, p. 5731.
- Mattéi J.-F., 2<sup>ème</sup> séance du 20 novembre 1992, JOAN, 1992, C.R., p. 5784.
- Mattei J.-F., JOAN, n° 95, samedi 21 novembre 1992, p. 5781 : parle de révolution scientifique qui bouleverse les notions de vie et de mort et donc de conception de l'humain. On retrouve ici un « *homme/appareil* » qui a le pouvoir de transformer un autre homme en « *objet d'expérience déshumanisé* ».
- Proposition de loi visant à autoriser les recherches sur le clonage thérapeutique, présentée par M. Roger-Gérard Schwartzberg, AN n° 2346.
- Rapport A. Claeys et C. Huriet, *Le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires*, Ass. Nationale n° 2198, Sénat n° 238, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 24 février 2000, 96 p.
- Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, n° 1404 Assemblée Nationale et n° 232 Sénat, 18 mars 1999.

- **Rapports du Conseil d'Etat**

- Conseil d'Etat, *Science de la vie. De l'éthique au droit*, La Documentation française, 1988, p. 16 « le corps c'est la personne ».

- Rapport public du Conseil d'Etat, La documentation française, 1998, p. 211.
- Conseil d'Etat, rapport 1998, *Réflexions sur le droit de la santé*, François Stasse, Doc. fr. Etudes et documents du Conseil d'Etat, n° 49, 509 p.
- Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999, p. 44 et p. 19.
- Rapport du Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, dit « Comité Veil », du 17 décembre 2008, doc. fr., 2009.
- Rapport du Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, mai 2009, p. 12.
- Rapport du Conseil d'Etat à propos de la révision des lois de bioéthique a été remis au premier ministre Monsieur Edouard Philippe le vendredi 6 juillet 2018.
- Lenoir N., *Aux frontières de la vie : pour une démarche française en matière d'éthique bio-médicale*, Paris, 1991, p. 72.
- Lenoir N., *Aux frontières de la vie, tome 1 : une éthique biomédicale à la française*, Rapport au premier ministre avec la collaboration de B. Sturlese, Paris, La Doc. française, Collection « rapports officiels », 1991, p. 78-79.
- Rapport d'information sur la bioéthique présenté par B. Bioulac, Député pour la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales, 18 février 1992, Ass. Nat. n° 2565.
- Rapport présenté par F. Serusclat, Sénateur, pour l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 28 février 1992, Ass. Nat. n° 2588.
  
- **Autres interventions françaises**
  - Académie des Sciences, « *Les problèmes éthiques associés à la modification des organismes par la technologie CRISPR-Cas9* », 21 février 2017.
  - « Jean Bernard, père fondateur de la bioéthique », Discours de Jean-Pierre Changeux, Académie française et Académie des Sciences, Hommage à Jean Bernard, 17 octobre 2006, 8 p.
  - Rapport de Monsieur Y. Lévy, remis en juin 2016 au premier ministre Monsieur M. Valls, « France Médecine Génomique 2025 : permettre l'accès au diagnostic génétique sur tout le territoire ».

## **Index alphabétique**

*Les chiffres correspondent aux numéros de paragraphes*

### **A**

Acide désoxyribonucléique (ADN) : 276  
Augmentation (de l'homme) : 365 et s., 390 et s.

### **B**

Bioéthique (droit de) : 56 et s.  
Brevetabilité du vivant : 203 et s., 256 et s.

### **C**

Cellules souches :

- Adultes : 507, 520 et s.
- Embryonnaires : 163, 167 et s., 260, 439 et s., 481, 491, 522

Clonage humain :

- Reproductif : 425, 427 et s.,
- Thérapeutique : 425, 484 et s.

Consentement de la personne : 61, 183, 227, 235, 238, 246, 281, 285 et s., 287, 345, 355, 372  
Corps humain :

- Caractère sacré : 102
- Primauté du : 179, 183

CRISPR-cas9, 294, 379 et s.

### **D**

Diagnostic préimplantatoire : 354 et s.  
Diagnostic prénatal : 344 et s.  
Dignité :

- De l'humanité : 27, 545
- De la personne humaine : 43, 68 et s., 88 et s.
- Et lois de bioéthique : 93 et s.
- Valeur juridique : 75

### **E**

Embryon :

- Statut de : 32, 45, 123 et s.
- Surnuméraires : 138, 167, 182-183, 214, 461, 511, 517

Empreintes génétiques : 286, 296 et s., 300 et s.  
Espèce humaine :

- Crime contre l'espèce : 453 et s.
  - Définition : 50 et s.
  - Respect de l'intégrité : 96, 117, 179, 306, 317, 330-331, 371, 373, 377, 426, 438, 473
- Être humain : 40, 45, 50  
 Eugénisme : 64, 305, 317, 319 et s.  
 Examen des caractéristiques génétiques : 279 et s., 281, 286, 291 et s., 305 et s.  
 Expérimentation : 58, 61-62, 170, 174, 181, 217, 218 et s., 225-226, 234, 464, 502

## **F**

Fœtus humain : 128, 137, 148, 151 et s., 165, 346

## **G**

Génétique (droit de) : 60 et s.

## **H**

Homicide involontaire : 128, 154-155, 165

Homme augmenté : 386, 389 et s., 402 et s.

Humanité :

- Concept : 50 et s, 85, 93, 96, 107
- Crime contre : 399, 404, 426, 453
- Patrimoine commun de : 271, 331, 384
- Protection de : 115, 117, 123, 149, 166, 170, 173, 178, 213, 265

## **I**

Impératif catégorique : v. Kant 26-27

Intelligence artificielle : 365-366, 386, 402

Instrumentalisation :

- Généralités sur : 117, 173, 175, 177, 184, 201, 209, 256, 271, 404, 439, 441, 478, 497, 512, 518, 538, 547
- Non instrumentalisation : 442, 447, 513

## **K**

Kant E. : 26 et s., 51

## **N**

NBAC : 423, 463

NBIC : 392

## **O**

Ovocytes : 148, 424, 466, 507

## **P**

Patrimoine génétique : 33, 214, 305, 306, 317, 321, 331, 369, 373, 435, 477

Pathologique : 351, 390

Personnalité juridique :

- Défaut de : 123, 132, 136, 147, 439
- Généralités sur : 39 et s., 45 et s., 99, 103, 155, 163, 407

Personne humaine :

- Définition : 14 et s., 38 et s., 45 et s.
- Primauté : 93, 154, 442

Plan France Génomique : 293, 303

Portrait robot génétique : 298

Post humanisme : 386, 390, 395 et s., 403, 415

Prothèse : 366, 386, 392, 403, 407

## **R**

Recherche :

- Biomédicale : 61-62, 175, 216, 218 et s.
- Sur l'embryon : 167 et s., 178, 181, 182 et s., 198, 200, 203, 209, 211, 356, 358, 465, 490, 491, 517, 518

Réservoir d'organes : 451, 478

Robot : 365-366, 386, 402, 404, 407

## **S**

Sélection :

- Cumul sélection et augmentation : 475 et s.
- Des individus : 179, 305, 307, 318-319, 325 et s.
- Double diagnostic préimplantatoire : 357
- Embryon in vitro / diagnostic préimplantatoire : 354 et s.
- Embryon in utero / diagnostic prénatal : 344 et s.
- Prohibition de : 329, 332, 334 et s., 338 et s., 473

Stérilisation des handicapés mentaux : 360

## **T**

Thérapie génique :

- Généralités : 64, 317, 365, 367 et s., 421
- Germinale : 376 et s.
- Somatique : 371 et s.

Transhumanisme : 317, 365, 386 et s., 395 et s., 402 et s., 477

Trisomie 21 : 349, 351, 352, 414

# Z

Zygote : 137, 148-149

## Table des matières

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapitre premier. La dignité humaine, concept philosophique et religieux ? .....</b>	<b>1</b>
<b>Section 1. Un concept ancien .....</b>	<b>2</b>
§1. La place de la dignité humaine : l'Antiquité et le Moyen-Âge .....	2
A. L'Antiquité gréco-romaine .....	2
B. La conception moyenâgeuse de Saint Thomas d'Aquin au XIII <sup>e</sup> siècle .....	4
§2. Le concept de personne humaine à travers l'Histoire des religions.....	5
<b>Section 2. Le concept de dignité humaine et les philosophes.....</b>	<b>8</b>
§1. L'origine philosophique de la dignité humaine.....	8
A. La distinction des dignités humaine et individuelle .....	8
B. La dignité humaine : un concept philosophique.....	9
§2. Les acceptions philosophiques de la personne humaine .....	19
A. Être individuel et être social : de la personne à la personnalité juridique .....	20
B. La détermination des bénéficiaires de la qualité de personne .....	21
<b>Chapitre second. La dignité humaine entre science et droit .....</b>	<b>25</b>
<b>Section 1. Le champ lexical relatif à l'éthique biomédicale.....</b>	<b>25</b>
§1. La définition des notions d'être humain, d'espèce humaine et d'humanité.....	25
§2. La détermination d'un droit de la génétique au sein de la bioéthique.....	29
A. Présentation du droit de la bioéthique .....	29
B. Le droit de la génétique : l'émergence indispensable d'un nouveau droit .....	33
<b>Section 2. La dignité humaine appréhendée par le droit.....</b>	<b>36</b>
§1. La proposition d'une définition juridique moderne de la dignité.....	36
A. L'intégration <i>in concreto</i> de la dignité humaine dans l'ordre juridique.....	37
B. La valeur juridique de la dignité humaine en droit interne.....	40
§2. Les différentes fonctions et typologies de la dignité.....	41
A. Les fonctions de la dignité humaine .....	41
B. Les typologies de la dignité humaine .....	43
§3. La conception juridique de la notion de personne humaine.....	52



A. Les critères de reconnaissance de la personne humaine.....	52
B. Les conséquences juridiques découlant du statut de personne humaine .....	55

## PREMIÈRE PARTIE

### DIGNITÉ HUMAINE ET PROTECTION GÉNÉTIQUE DE L'HUMANITÉ ..... 64

#### TITRE I – LA PROTECTION JURIDIQUE DE L'ETRE HUMAIN DEPOURVU DE PERSONNALITE JURIDIQUE..... 66

##### Chapitre 1. L'ambiguïté permanente du statut juridique de l'enfant conçu ..... 68

###### Section 1. La confirmation de l'inexistence du statut juridique français de l'enfant conçu ..... 69

§1. L'absence de précision juridique expresse sur le statut juridique de l'embryon ... 69

A. Le droit français refuse de se prononcer..... 70

B. Le silence délibérément choisi par un législateur prudent ..... 73

§2. La discrétion du législateur laisse place à une interprétation large ..... 76

A. L'embryon considéré comme une chose juridique..... 77

B. L'embryon imaginé comme une « personne humaine potentielle » : la résistance contre la réification de la vie humaine ..... 78

###### Section 2. Le défaut de statut légal de l'embryon : la difficulté d'organiser une protection jurisprudentielle de l'enfant conçu ..... 81

§1. Le critère déterminant du juge judiciaire : la condition de viabilité ..... 82

A. La position des juges civils sur la détermination du droit à la vie et le statut de l'enfant à naître : la formulation de la condition de viabilité..... 82

B. Les décisions casuelles du juge pénal relatives aux bénéficiaires du droit à la vie : la mise en œuvre de la condition de viabilité ..... 85

§2. Le sort de l'embryon *in vitro* devant les juridictions de droit public..... 91

A. La déqualification de l'embryon conçu *in vitro* par le juge administratif..... 92

B. L'alignement du juge constitutionnel sur les dispositions législatives relatives à l'embryon conçu *in vitro* ..... 93

###### Conclusion du chapitre premier ..... 97

##### Chapitre 2. La recherche sur l'embryon humain : du principe d'interdiction absolue au principe d'autorisation encadrée..... 99

###### Section 1. Le régime originel d'interdiction de principe des recherches sur l'embryon ..... 101

§1. Le principe initial d'interdiction quasi absolue des recherches sur l'embryon <i>in vitro</i> .....	102
A. La dignité humaine, rempart à l'instrumentalisation de la vie humaine .....	103
B. La dignité humaine, rempart aux dérives .....	107
§2. L'évolution partielle du principe d'interdiction .....	109
A. L'organisation d'une dérogation justifiée par l'intérêt thérapeutique de la recherche sur l'embryon <i>in vitro</i> .....	110
B. La pérennisation de la dérogation confirmée : la lettre de la loi du 7 juillet 2011	114
<b>Section 2. Le nouveau régime d'autorisation encadrée .....</b>	<b>117</b>
§1. Les conditions de délivrance de l'autorisation de mener des recherches par l'Agence de Biomédecine : la liberté de la recherche favorisée dans les limites de la dignité.....	119
A. Les raisons de l'inversion du principe d'interdiction : les enjeux de la recherche	120
B. Les conditions légales en matière de dérogation .....	123
§2. Le besoin d'organisation de la protection des innovations génétiques .....	126
A. L'interprétation par le juge communautaire de la non-brevetabilité des inventions nécessitant le recours à des embryons humains.....	127
B. La poursuite d'intérêts financiers contraire à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine : réflexion autour de l'affaire <i>Brüstle</i> .....	130
<b>Conclusion du second chapitre.....</b>	<b>133</b>
<b>Conclusion du titre premier .....</b>	<b>134</b>

**TITRE II – LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA VIE DE LA PERSONNE HUMAINE ET BIOTECHNOLOGIES..... 136**

**Chapitre 1. La recherche scientifique sur la matière humaine et le respect de la dignité humaine .....**

**Section 1. La recherche d'un encadrement de l'expérimentation sur la personne humaine .....**

§1. Les fondements de la protection juridique de la personne humaine et la médecine expérimentale .....	139
---	-----

A. La vigilance de la communauté internationale .....	139
B. La protection juridique française des personnes se prêtant volontairement à une recherche biomédicale .....	142
§2. L’adaptabilité du droit aux évolutions biotechnologiques dans les limites de la dignité humaine .....	152
A. L’apparition de la notion de personne humaine dans la loi du 5 mars 2012 relative à la recherche .....	152
B. Le mécanisme d’adaptabilité du droit confirmé par l’ampleur des mises à jour	159
<b>Section 2. L’exploitation commerciale individuelle opposée à l’utilisation collective des éléments et produits du corps humain : la brevetabilité du vivant.....</b>	<b>163</b>
§1. La brevetabilité du vivant remise en cause par la question houleuse de l’introduction des gènes humains dans la sphère de la propriété industrielle européenne .....	164
A. La place de l’éthique dans l’incorporation des gènes humains dans le domaine des brevets .....	164
B. L’introduction des gènes humains dans le domaine des brevets ? .....	166
§2. La détermination de limites françaises du champ de la brevetabilité du vivant contre l’exploitation commerciale des éléments et produits du corps humain .....	169
A. Le choix du défaut de transposition de la directive européenne par la France dans l’organisation de la protection des inventions biotechnologiques .....	169
B. Les limites françaises remparts à l’instrumentalisation du corps humain .....	174
<b>Conclusion du chapitre premier .....</b>	<b>177</b>

**Chapitre 2. L’exploitation scientifique de l’ADN : le traitement biotechnologique de la dignité humaine .....** 179

**Section 1. L’encadrement restrictif de la collecte des données génétiques humaines .....** 181

§1. Les modes de collecte légaux des données génétiques humaines : la bioinformatique au service du droit .....	181
A. L’alimentation des bases de données génétiques par le stockage des résultats de tests génétiques.....	182
B. L’encadrement légal du consentement dans la collecte de la preuve par ADN	185

§2. Les finalités de la collecte de données génétiques humaines déterminées par la loi .....	189
A. Les finalités médicales et de recherche scientifique de l'examen des caractéristiques génétiques : de la thérapie à la médecine personnalisée.....	189
B. L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques légitimée par le concours apporté à l'enquête pénale .....	192
<b>Section 2. L'anticipation juridique des risques générés par une mauvaise utilisation des données génétiques humaines collectées .....</b>	<b>195</b>
§1. La preuve par l'ADN oppose intérêt général et protection individuelle .....	196
§2. La prévention contre les risques de discriminations en raison des caractéristiques génétiques d'une personne .....	199
<b>Conclusion du second chapitre.....</b>	<b>205</b>
<b>Conclusion du second titre .....</b>	<b>206</b>
<b>Conclusion de la première partie.....</b>	<b>207</b>

## SECONDE PARTIE

<b>DIGNITÉ HUMAINE ET MODIFICATION GÉNÉTIQUE DE L'ESPÈCE HUMAINE .....</b>	<b>209</b>
--	------------

<b>TITRE I – DIGNITÉ HUMAINE ET PRATIQUES EUGÉNIQUES .....</b>	<b>211</b>
--	------------

<i>Chapitre préliminaire – Éléments clés de la notion d'eugénisme .....</i>	<b>212</b>
---	------------

<b>Chapitre 1. L'appréhension juridique des pratiques eugéniques tendant à la sélection des individus.....</b>	<b>215</b>
--	------------

<b>Section 1. Le rejet de l'ancien eugénisme par le droit de la bioéthique .....</b>	<b>217</b>
--	------------

§1. La dignité prohibe la sélection des êtres humains.....	218
--	-----

§2. L'exclusion des traits de l'ancien eugénisme.....	221
---	-----

A. Le rejet du caractère collectif de l'eugénisme.....	221
--	-----

B. Le rejet du caractère systématique de l'eugénisme .....	223
--	-----

<b>Section 2. L'acceptation d'un nouvel eugénisme par le droit de la bioéthique .....</b>	<b>224</b>
---	------------

§1. Le diagnostic prénatal, élément de sélection de l'embryon <i>in utero</i> .....	225
---	-----

§2. Le diagnostic préimplantatoire, outil de sélection de l'embryon <i>in vitro</i> .....	231
---	-----

<b>Conclusion du chapitre premier .....</b>	<b>242</b>
<b>Chapitre 2. L'amélioration de l'espèce humaine par l' « augmentation » de l'homme .....</b>	<b>243</b>
<b>Section 1. La régulation de la thérapie génique et son impact sur l'espèce humaine : réparation ou augmentation ? .....</b>	<b>244</b>
§1. L'appréhension des différents types de thérapie génique : une réglementation soucieuse de la préservation de la dignité humaine .....	246
A. L'autorisation relative à l'intervention sur le génome : les termes de la contradiction.....	248
B. La transmission héréditaire de la modification du génome par la thérapie génique germinale .....	251
§2. La nouvelle manipulation génétique : enjeux et dangers présentés par l'outil CRISPR-cas9.....	255
<b>Section 2. L'hypothèse délicate du transhumanisme : quel avenir juridique ?.....</b>	<b>262</b>
§1. L'homme augmenté : des pistes de définitions pour une future juridicisation ....	264
A. L'homme augmenté issu du mouvement transhumaniste génétique.....	265
B. Le transhumanisme sous le prisme de l'humanisme classique : un post humanisme envisageable ? .....	269
§2. L'homme augmenté : des pistes pour l'établissement d'un cadre juridique .....	274
A. Les motivations éthiques pour une juridicisation de l'homme augmenté .....	275
B. La recherche de la qualification et de la sécurité juridique : une juridicisation appropriée de l'homme augmenté .....	278
<b>Conclusion du second chapitre.....</b>	<b>286</b>
<b>Conclusion du titre premier .....</b>	<b>287</b>
<b>TITRE II – DIGNITÉ HUMAINE ET CLONAGE HUMAIN .....</b>	<b>289</b>
<i>Chapitre préliminaire – Remarques communes aux clonages reproductif et thérapeutique humains.....</i>	<i>290</i>
<b>Chapitre 1. La prohibition quasi universelle du clonage reproductif humain .....</b>	<b>295</b>
<b>Section 1. L'atteinte présumée à la dignité humaine .....</b>	<b>297</b>
§1. Les personnes concernées par la présomption d'atteinte .....	297

A. La dignité de l'individu cloné ?.....	298
B. La dignité des cellules souches embryonnaires utilisées ?.....	302
§2. Les moyens de l'atteinte à la dignité humaine .....	307
A. La relativité de l'atteinte à la dignité : les conséquences dommageables .....	307
B. L'atteinte à la dignité humaine par l'environnement extérieur à l'individu....	310
<b>Section 2. La qualification pénale de crime contre l'espèce humaine .....</b>	<b>313</b>
§1. La détermination de la nature juridique du clonage reproductif humain .....	314
A. La qualification française de crime contre l'espèce humaine par la loi du 6 août 2004.....	315
B. Le défaut de caractère universel de la prohibition du clonage reproductif humain en droit international .....	316
§2. L'entretien d'un parallèle avec le crime d'eugénisme .....	325
A. La rédaction des dispositions législatives associant les procédés génétiques .	325
B. L'eugénisme par la pratique du cumul des techniques biomédicales.....	327
<b>Conclusion du chapitre premier .....</b>	<b>332</b>
<b>Chapitre 2. L'interdiction française du clonage thérapeutique humain.....</b>	<b>333</b>
<b>Section 1. La finalité thérapeutique légitime le clonage thérapeutique humain ? .</b>	<b>334</b>
§1. La question de l'éthique biomédicale.....	335
A. Le caractère thérapeutique du procédé : un caractère <i>a priori</i> permissif .....	335
B. La finalité thérapeutique finalement insuffisante .....	338
§2. L'atteinte à la dignité et le clonage thérapeutique.....	343
A. La technique et l'atteinte à la dignité .....	344
B. Les manifestations d'une atteinte éventuelle à la dignité .....	346
<b>Section 2. La réalisation du clonage thérapeutique excluant son autorisation.....</b>	<b>349</b>
§1. L'utilisation des embryons humains incompatible avec la dignité humaine .....	349
A. Le rejet de la création-destruction d'embryons, rempart au clonage thérapeutique .....	349
B. Le régime juridique du clonage thérapeutique déterminé par le statut de l'embryon .....	351
§2. Les cellules pluripotentes induites : alternative potentielle au clonage humain ..	355
A. La présentation d'une autre alternative biomédicale.....	355
B. Le recours aux cellules souches adultes contourne la question éthique .....	359
<b>Conclusion du second chapitre.....</b>	<b>363</b>

<b>Conclusion du second titre .....</b>	<b>364</b>
<b>Conclusion de la deuxième partie .....</b>	<b>365</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>367</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>372</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>414</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>417</b>