

L'embryon reste un problème éthique et politique (II)

<http://ethique-soin.blogs.la-croix.com/lembryon-reste-un-probleme-ethique-et-politique-ii/2013/08/01/>

Bruno Saintôt, Blog du 1^{er} août 2013

Après avoir mentionné dans le précédent billet quelques stratégies de minimisation du problème éthique et politique posé par l'embryon, il importe de souligner quelques aspects de sa pertinence toujours actuelle après le vote de la loi (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.).

II L'embryon, un problème éthique, juridique et politique

Les conséquences éthiques et juridiques de la loi ne seront sans doute pas perceptibles dans un premier temps. Pourtant, le changement législatif atteste tout à la fois d'une modification actuelle importante de grands repères juridiques et éthiques, et de la poursuite d'une évolution amorcée dès les premières lois relatives à la bioéthique. Si le débat a été rapidement clos, le « problème de l'embryon » ne cesse paradoxalement pas d'interroger les discours, les lois, les pratiques et les projets politiques.

Interroger les pouvoirs sémantiques et éthiques du législateur

Il fait partie de la fonction du législateur de définir les réalités sur lesquelles il doit établir le droit. Le législateur exerce ainsi, comme les penseurs et les créateurs, le pouvoir du langage de nommer les choses et les êtres vivants, et de leur conférer ou non une valeur. Nommer est associé au pouvoir de définir, qualifier et prescrire. Comme le droit définit pour l'ensemble d'une société l'autorisé et l'interdit, son pouvoir est considérablement plus direct et plus effectif que celui des penseurs et des créateurs. Une vigilance plus grande s'impose alors.

Si notre droit a gardé du droit romain la « *summa divisio* » qui distingue les personnes et les choses¹, il a pourtant écarté, en raison même des idéaux de liberté, d'égalité et de fraternité issus du christianisme et de l'engagement des philosophes des Lumières, l'autre « *summa divisio* » qui inaugurerait le droit romain, celle qui sépare les hommes libres des esclaves : « La grande division du droit, quant aux personnes, est celle-ci : tous les hommes sont ou bien libres ou bien esclaves »². Sous la pression de ces idéaux, la critique morale et politique a ainsi abouti dans l'histoire au changement de catégories juridiques fondamentales. C'est donc parce que la fiction juridique a un pouvoir effectif, qu'il faut prêter attention aux propos de ceux qui exercent la fonction législative sur le commencement énigmatique des êtres humains.

La question du *statut* de l'embryon est le plus souvent jugée soit insignifiante au regard des enjeux de santé soit trop polémique parce qu'elle fait systématiquement renaître la question de l'avortement au point que, pour pouvoir tout simplement parler, chaque député abordant de façon critique le problème de la recherche sur l'embryon se trouve obligé de préciser qu'il ne veut pas remettre en cause la loi régulant l'avortement. Il est tout de même possible de réfléchir sur la dimension critique du statut de l'embryon sans vouloir remettre en cause la loi régulant l'avortement. La question du statut de l'embryon ne cesse pas de se poser et elle a été encore posée dans les débats parlementaires. Il faut un minimum parler de ce qui est (statut ontologique) pour définir ce que l'on doit faire (statut éthique) et ce que la loi prescrit (statut juridique).

Un matériau non banal

¹ Gaius, *Institutes*, 1, 8 (II^e siècle) ; repris dans Justinien, *Corpus juris civilis, Institutiones*, 1, 2, 12 (VI^e siècle). Cette division rend problématique le statut juridique du corps et celui de l'embryon.

² Gaius, *Institutes*, 1, 9, repris dans Justinien, *Corpus juris civilis, Institutiones*, 1, 3

L'accord minimal sur le statut ontologique semble avoir été trouvé par Madame la Députée Jacqueline Fraysse : « *Bien entendu, nous nous accordons tous pour considérer que le sujet qui nous réunit aujourd'hui est à la fois trop important et trop complexe pour être traité avec désinvolture, car l'embryon et les cellules souches embryonnaires ne constituent pas, et ne constitueront jamais, un matériau banal.* »³. Il est regrettable que la qualification négative ne soit pas spécifiée : qu'est-ce qui fait que ce *matériau* n'est pas *banal* ? Dire que ce n'est pas un « matériau banal », c'est bien sûr maintenir l'interrogation d'une définition négative mais c'est aussi qualifier l'embryon comme un *matériau* qui présente quelques caractéristiques spécifiques dont celle d'être – pour reprendre la distinction juridique fondamentale – une chose susceptible d'une exploitation régulée non soumise au respect devant être manifesté aux personnes. Dire que ce n'est pas un « matériau banal », c'est ouvrir principiellement la recherche en la limitant aux caractéristiques d'usages biologiques du matériau et à d'éventuelles autres contraintes liées à la valeur du matériau pour certaines personnes, par exemple la valeur créée par le projet parental. Un matériau n'a pas de valeur en soi, il n'a qu'une valeur d'usage. Dire que ce n'est pas un « matériau banal », c'est ainsi accepter et attester que le principe d'utilité gouverne le début de certaines existences humaines. N'est-ce pas problématique ?

Un être humain

La qualification de l'embryon comme « être humain » a posé un problème pendant les débats alors qu'elle est une évidence s'il existe un continuum de développement après la fécondation ainsi que le montre la biologie. L'embryon est un « être humain » depuis la fécondation sinon il faudrait à la fois préciser à partir de quand cet être vivant devient *humain* et ce qui opère ce changement qualificatif de non humain à humain. Comme nous le verrons, la mobilisation de l'argument du projet parental viendra partiellement répondre à cette difficulté.

L'argument de la rapporteure du projet de loi, Madame la Députée Dominique Orliac, consiste à dire que l'embryon ne peut pas être qualifié d'être humain puisque l'interruption volontaire de grossesse est autorisée : « *Sur le fond, nous ne sommes pas d'accord. Dire que l'embryon doit être respecté dès sa conception comme un être humain serait revenir sur notre législation, qui n'a jamais pris parti sur la nature et la qualification de l'embryon humain, afin de ne pas remettre en cause l'interruption volontaire de grossesse.* »⁴. Or la loi sur l'avortement a précisément pris acte de la difficulté initiale d'une conciliation entre l'article 16 du code civil : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* » et l'autorisation de l'avortement. Elle rappelle donc le principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie⁵ tout en organisant une possibilité de transgression de ce principe : « *Il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre.* »⁶. Plus encore, il est fait juridiquement obligation à l'État d'enseigner le principe de l'article 16 du code civil et donc de susciter la conscience de ce qui lui porte atteinte : « *L'enseignement de ce principe et de ses conséquences, l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale, l'éducation à la responsabilité, l'accueil de l'enfant dans la société et la politique familiale sont des obligations nationales. L'État, avec le concours des collectivités territoriales, exécute ces obligations et soutient les initiatives qui y contribuent.* »⁷. Il est donc nécessaire, selon la loi, de reconnaître à la fois le principe tout en admettant des atteintes en cas de nécessité.

³ Jacqueline Fraysse, *Vote solennel à l'Assemblée Nationale sur la proposition de loi n° 473*, 16 juillet 2013

⁴ Dominique Orliac, *Débat à l'Assemblée Nationale sur la proposition de loi n° 473*, 10 juillet 2013

⁵ *Code de la santé publique*, art. L. 2211-1 qui rappelle l'article 16 du Code civil.

⁶ *Code de la santé publique*, art. L. 2211-2

⁷ *Code de la santé publique*, art. L. 2211-2

Il serait irresponsable de nier des situations dramatiques qui conduisent à des avortements mais il serait tout aussi irresponsable que le législateur veuille *systématiquement* délivrer de cette tâche difficile et parfois si lourde d'accepter et d'assumer la responsabilité de certaines transgressions... en supprimant la notion même de transgression. Il faudrait, dans ce cas, réécrire l'article 16 du code civil et tout ce qu'il commande dans le code de la santé publique...

Une personne potentielle

La désignation de l'embryon comme « personne humaine potentielle » a été proposée dans le premier avis du CCNE en 1984 : « *L'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui est, ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous* »⁸. Cette définition, qui implique la nécessité du respect, n'a jamais fait l'unanimité mais, selon l'avis du Conseil d'État dans son rapport préparatoire à la révision de la loi relative à la bioéthique, elle était encore, en 2009, l'objet d'un consensus éthique large : « *Dire qui est l'embryon ou ce qu'il est relève de l'impossibilité, mais même quand l'embryon n'est pas considéré comme une personne à part entière, il n'est généralement pas défini comme une chose. Le regarder comme étant une personne humaine potentielle assure le consensus éthique le plus large. Sans permettre de rejoindre entièrement celles et ceux qui demandent que tous les attributs de la personne humaine lui soient reconnus, cette qualification justifie au moins de lui apporter des protections qui lui soient propres, en pensant non seulement à ce qu'il est mais aussi à ce qu'il a vocation à devenir* »⁹.

Pendant les derniers débats à l'Assemblée nationale, seuls les opposants à la proposition de loi se sont référés à cette définition. En effet, comme elle ne dissocie pas l'état présent énigmatique de l'embryon – qu'il soit ou non *in vitro* – de sa « vocation à devenir » une personne, comme elle ne sépare pas sa description biologique de son *appel* à devenir une personne, elle ne peut que contester les tentatives de s'affranchir du respect principal dû à cette vie humaine commençante. Le consensus éthique le plus large évoqué par le Conseil d'État en 2009 est désormais clairement rompu comme si la définition de l'embryon et l'obligation qu'elle comporte pouvaient varier en fonction des courants les plus influents. De plus, l'autorité et la cohérence morales attribuées au CCNE à ses débuts est ainsi relativisée. Dès lors, il n'apparaîtra plus incohérent que le CCNE puisse lui-même relativiser, voire même contredire les définitions et les grands principes moraux qu'il avait établis.

La notion de « personne humaine potentielle » a le mérite d'inclure un nécessaire respect mais elle reste imprécise. Elle ne dit pas ce qui est nécessaire pour passer d'une potentialité à une réalisation : est-ce une volonté humaine ou, tout simplement, le temps du développement ? Si la réalisation dépend *fondamentalement* et non pas *secondement* d'une volonté humaine, alors la décision humaine sera l'agent premier du passage d'une « personne humaine potentielle » à une « personne humaine ». Devenir une personne humaine sera l'effet d'une décision et non pas d'une capacité intrinsèque possédée dès la fécondation. Il vaudrait sans doute mieux dire que l'embryon est un être humain qui a *en lui-même* la *capacité* de son développement et qui se manifestera comme personne humaine à la naissance si les *conditions* de son développement lui sont données.

Ces trois tentatives de nomination, le « matériau non banal », l'« être humain », la « personne potentielle » n'ont pu permettre un consensus parlementaire. Pourquoi ? Peut-être parce que le pouvoir juridique de la nomination a plus servi de justification à ce que les députés se proposaient préalablement de faire que de guide pour déterminer ensuite ce qu'ils devaient faire, et parce que la valeur d'usage a primé sur la valeur d'être. Mais l'impossible consensus peut aussi s'expliquer par la différence entre le statut éthique et juridique des embryons *in vitro* et celui des embryons *in vivo* depuis les premières lois

⁸ CCNE, *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

⁹ Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique. Étude adoptée par l'assemblée générale plénière*, 2009, p. 12

relatives à la bioéthique votées en 1994. La substitution d'un régime d'autorisation encadrée à un régime d'interdiction assorti de dérogations apparaît ainsi comme une conséquence possible ouverte par cette décision parlementaire initiale validée par le Conseil constitutionnel.

La difficile justification des statuts éthique et juridique particuliers des embryons *in vitro*

En 1994, à l'occasion du vote des premières lois relatives à la bioéthique, Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause les dispositions prévues par le législateur, notamment le fait que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie et celui d'égalité n'étaient pas applicables aux embryons fécondés *in vitro* :

« 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 ;

Considérant 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 ; [...] »¹⁰

Selon la formulation, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé non sur le fond mais sur une impossibilité de remise en cause de la décision de l'Assemblée nationale. Pourtant, cela signifie corrélativement qu'il a jugé que le principe constitutionnel de dignité ne pouvait pas être opposé à la décision des parlementaires, c'est-à-dire à l'autorisation de la possible destruction d'embryons *in vitro* en raison de l'état des techniques médicales. Le Conseil constitutionnel a donc validé, par impossibilité de remise en cause, une différence de statut éthique et juridique entre les embryons *in utero* et les embryons *in vitro* même s'il a accordé une forme de protection à ces derniers.

En raison des techniques médicales disponibles en 1994, il fallait justifier la possibilité de la conservation d'embryons ainsi que l'éventuel arrêt de la conservation d'embryons qui ne pouvaient être réimplantés en raison de la *demande parentale*¹¹. La recherche était alors principalement interdite avec, à titre exceptionnel, la possibilité d'effectuer des études qui *« [...] doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon »*¹². Le Conseil constitutionnel ne s'était donc pas prononcé, ainsi que certains le prétendent, sur la constitutionnalité d'une recherche destructive d'embryons puisque cette recherche était alors interdite. La responsabilité de la conservation et de la destruction d'embryon *in vitro* était portée par le législateur qui justifiait ce pouvoir à la fois par la *demande parentale*, par l'absence d'application du principe de respect de tout être humain dès le commencement de la vie et, pour certains parlementaires, par l'espoir que de nouvelles techniques mettraient fin à la production d'embryons surnuméraires.

La révision de la loi en 2004 a ouvert la possibilité de mener des recherches destructives sur l'embryon et sur les cellules souches embryonnaires par un dispositif de protection juridique procédant par deux transgressions successives¹³ de l'interdit de la recherche : 1) une

¹⁰ Conseil Constitutionnel, *Décision n° 94-343/344 DC*, 27 juillet 1994

¹¹ *Loi no 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*, art. L. 152-3

¹² *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994*, art. L. 152-8

¹³ *Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, art. 25, II, modifiant le *Code de la santé publique (CSP)*, art. L. 2151-5

possibilité de recherche non destructive accordée à titre exceptionnel 2) une dérogation temporaire de cinq ans à cette possibilité en vue d'une recherche destructive sur l'embryon suivant des critères précis. Cette dérogation temporaire d'une transgression permise à titre exceptionnel d'un interdit de recherche signifie bien la prudence du législateur de 2004 et sa visée de voir la recherche destructive devenue inutile au terme de cette dérogation temporaire.

Pour permettre la recherche destructive, la loi de 2004 a introduit la notion nouvelle de « projet parental »¹⁴ : « *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* »¹⁵. Ce passage d'une « demande parentale » à un « projet parental » pose question.

Interroger l'attribution d'étranges pouvoirs au projet parental

De la « demande parentale » au « projet parental »

La loi de 1994 précisait le devenir des embryons *in vitro* existant à la date de promulgation de la loi : s'ils ne faisaient plus l'objet d'une demande parentale, si leur accueil était impossible et si leur durée de conservation était d'au moins cinq ans, il était « *mis fin à leur conservation* »¹⁶. Pour les autres embryons produits à partir de la promulgation de la loi, cette fin de conservation n'était même pas évoquée dans le texte de la loi parce que les autorisations d'activités d'assistance médicale à la procréation avaient été accordées pour cinq ans, parce que la durée de la demande parentale avait été fixée à cinq ans¹⁷ et parce qu'un décret en Conseil d'État devait déterminer les obligations auxquelles étaient tenus les établissements et les laboratoires assurant la conservation. Tout se passait donc comme si le législateur avait pris un délai de réflexion de cinq ans et comme s'il n'avait pas voulu faire peser sur la demande parentale la responsabilité de la fin de la conservation.

La « demande parentale » est progressivement remplacée par la notion de « projet parental » dans les différentes révisions de la loi relative à la bioéthique. Ainsi, en 1994 et en 2004, l'objectif de l'AMP était précisé de la manière suivante : « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* »¹⁸. Cette phrase est tout simplement supprimée dans la loi du 7 juillet 2011, et toutes les occurrences de l'expression « *demande parentale* » sont alors supprimées dans le Code de la santé publique. Comme analyser cette introduction du projet parental pour justifier à la fois la recherche destructive, la suppression de la réponse à la demande parentale comme objectif de l'assistance médicale à la procréation, et la disparition de la référence à la demande parentale ? Cette évolution me semble attester d'importantes transformations en cours de la société politique.

Vers une version libérale de la législation bioéthique

La première est, me semble-t-il, celle d'une forme de transfert de pouvoir et de responsabilité de l'État aux citoyens leur permettant d'arbitrer *individuellement* ce qui concerne les grands enjeux bioéthiques : début de vie, fin de vie, recherche, etc. A une version étatique de la régulation bioéthique selon laquelle le citoyen *demande* ce qu'il souhaite au corps médical

¹⁴ La notion apparaissait déjà dans les recommandations du CCNE, *Avis n°53*, 11 mars 1997 et dans le rapport dit « rapport Braibant », du Conseil d'Etat, *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 53-54 : « Fruit d'une vocation éducatrice et d'un acte de générosité, le projet parental est le moyen d'un épanouissement familial, pour le mutuel avantage de tous les membres du groupe. Tel est, d'ailleurs, le fondement qui justifie l'institution de l'adoption. Ainsi la procréation médicalement assistée vient-elle se ranger aux côtés de l'adoption comme une autre alternative à la procréation naturelle ».

¹⁵ *idem*

¹⁶ *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994*, art. 9

¹⁷ *Loi no 94-654 du 29 juillet 1994*, art. 8, CSP L 152-3

¹⁸ CSP, 30 juillet 1994, art. L. 152-2, CSP, 6 août 2004, art. L 2141-3

placé sous la régulation d'une loi garante des valeurs bioéthiques fondamentales succède une version libérale selon laquelle l'État reconnaît à chaque citoyen le *pouvoir de décider individuellement*, en fonction de ses projets de vie, des valeurs fondamentales qui, auparavant, devaient soit être attachées à l'humanité de l'homme et donc indépendantes des fluctuations des votes, soit faire l'objet d'un consensus national incarné par l'autorité du CCNE ou par un vote parlementaire dépassant les clivages politiques. Pour être cohérente, cette évolution libérale réclame une transformation de la tradition juridique française qui, d'ailleurs, est déjà de plus en plus influencée par la tradition anglo-saxonne.

Pour que le projet libéral de régulation bioéthique puisse se développer, il faut que les grands interdits structurants n'apparaissent plus préexistants à la décision politique mais qu'ils en soient le produit, il faut que ces interdits ne soient pas *reconnus* mais *produits*¹⁹, il faut que l'interdit ne limite pas *a priori* le possible mais que la régulation s'exerce secondement sur un possible *a priori*, il faut que l'autorisation précède la régulation, il faut que l'embryon ne soit plus une valeur *en lui-même* mais qu'il dépende du projet de vie de ceux qui ont permis sa conception, il faut définir le projet parental comme créateur de valeurs... jusqu'à celle d'une *vie humaine* dissociée d'une vie biologique. Il faut passer de la demande parentale d'un enfant adressée à la remédiation médicale à l'exigence de réalisation d'un projet parental réclamé à la société.

La seconde transformation, corrélée à la première, est celle de la revendication croissante des droits subjectifs. Elle conditionne, dans la succession des lois relatives à la bioéthique, le passage progressif du « droit de » signifié par la primauté de la *demande parentale* au « droit à » signifié par l'insistance sur le pouvoir du *projet parental*.

Pour que ces brèves remarques n'apparaissent pas déconnectées du débat politique effectif, il suffit de se référer aux pouvoirs attribués au projet parental par certains parlementaires.

D'étonnants pouvoirs du projet parental

Selon Madame la Députée Jacqueline Fraysse, le premier pouvoir du projet parental est de faire passer la potentialité de vie attribuée à l'embryon à sa réalisation : « *J'ajoute, et ce point est essentiel, que ce qui donne la vie, c'est avant tout le projet parental, l'amour et l'éducation, car l'embryon seul n'est que potentialité de vie.* »²⁰. Il faut déduire de ce « point essentiel » que l'embryon n'est même pas un être vivant puisqu'il n'est qu'une potentialité de vie, et que c'est l'amour et l'éducation qui en font à la fois un être vivant et un être humain. Selon cette affirmation, l'amour et l'éducation n'ont plus seulement la capacité à créer des relations et des conditions de vie dignes d'un être humain mais ils ont cette étrange capacité de réaliser – en terme philosophique « actuer » – une potentialité de vie. Certes, il serait nécessaire que l'auteure puisse définir cette notion de potentialité pour bien interpréter ce « point essentiel », mais il me semblait que, jusqu'à présent, seule la fécondation avait ce pouvoir de réaliser la potentialité des gamètes de générer une vie humaine nouvelle... Il eût été plus cohérent, même si c'eût été également contestable, de prétendre que le projet parental fût capable de faire passer de la vie biologique à la vie humaine mais comment accorder à cette volonté parentale un tel pouvoir de générer une vie humaine nouvelle ? Dans l'histoire des religions et des mythes, seul un dieu ou le demiurge pouvait y prétendre. De plus, cette manière de procéder à l'abstraction de « l'embryon seul » suppose d'isoler un matériau biologique de l'ensemble des désirs ou aversions qui en font *nécessairement*, dans le cas plus particulier de l'embryon *in vitro*, un enfant potentiel qu'il soit ensuite voulu ou non. Dans cette fiction juridique du projet parental, l'abstraction de « l'embryon seul » est nécessaire pour le détacher fictivement de ce réseau de désirs ou aversions afin qu'une volonté puisse, le plus sereinement possible, décider de lui accorder ou non l'actuation de son potentiel de vie.

¹⁹ Actuellement le code civil (art. 16) ne crée pas la primauté de la personne, il l'assure ; il ne crée pas le respect de l'être humain de l'être humain dès le commencement de sa vie, il le garantit.

²⁰ Jacqueline Fraysse, *Vote solennel à l'Assemblée Nationale sur la proposition de loi n° 473*, 16 juillet 2013

Dans son rapport sur la proposition de loi autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, Monsieur le Sénateur Gilles Barbier, va encore plus loin. C'est, selon lui, la « potentialité de vie » qui dépend du projet parental : « *Pourquoi interdire la recherche sur l'embryon ? Parce qu'il est une vie humaine potentielle. Mais ce potentiel de vie n'existe pas en soi, le potentiel de vie de l'embryon dépend de la nature et du projet du couple qui l'a conçu ou pour lequel il a été conçu.* »²¹. Ceux qui veulent interdire la recherche destructive sur l'embryon ne disent pas qu'il est une vie humaine potentielle mais, au minimum, une personne humaine potentielle. Le CCNE ne parle pas de potentialité de vie, parce que, pour lui, l'embryon est bien un être humain vivant, mais de potentialité de personne humaine parce que son statut philosophique de personne ainsi que son statut juridique ne sont pas clairement établis.

Le sénateur voulait *peut-être* dire que le projet parental réalise la potentialité de *vie humaine* que possède l'embryon comme être vivant, mais il dit pourtant que même le potentiel de vie dépend du projet parental. Non seulement le projet parental active la potentialité de vie mais il crée un potentiel de vie... Selon cette compréhension, l'embryon n'a en lui-même ni potentiel de vie ni capacité de son développement. Est-ce même encore un être vivant ?

La même imprécision des termes, et donc l'ambiguïté du pouvoir du projet parental, se retrouve dans les propos de Monsieur le Député Jean-Yves Le Déaut vice-président de l'*Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques* : « *Ces protestations cachent en réalité un positionnement largement idéologique. Il ne s'agit pas d'une personne humaine potentielle. Ce potentiel de vie n'existe pas s'il n'y a pas de projet parental.* »²². Ce positionnement catégorique et non argumenté pourrait être aussi qualifié de « positionnement largement idéologique ». Est-ce le projet parental qui *crée* la valeur de l'embryon et sa qualité humaine ou est-ce le projet parental qui *reconnaît* la valeur de l'embryon et s'engage ainsi à en prendre soin en reconnaissant l'exigence pratique de cette valeur ? L'insistance sur la puissance créatrice du projet parental masque une réalité : tout embryon *in vitro* présentant les qualités biologiques requises pourra se développer et devenir un enfant si les conditions de son développement *in utero* lui sont données. Il est difficile d'individualiser ainsi le pouvoir du projet parental. En effet, selon le droit actuel, un couple sans projet parental peut consentir à un don d'embryon. Il peut donc nier sa valeur pour lui tout en reconnaissant sa valeur pour d'autres couples. Le projet parental n'est pas un projet individuel : il dépend au minimum d'autres projets parentaux dont la valeur est reconnue par le législateur, il dépend d'un projet social et politique régulant les conditions de la venue au monde d'autres personnes.

Du projet parental au projet politique

Les évolutions juridiques paraissent dessiner progressivement un modèle politique de citoyens se pensant comme des individus autonomes capables de décider par eux-mêmes – mais influencés pourtant par des idéaux sociaux de plus en plus prégnants – des conditions d'acceptabilité de nouveaux êtres humains et de leur disponibilité à un stade de plus en plus avancé après la fécondation.

En reconnaissant, en 1994, qu'il ne pouvait pas s'opposer à la décision du législateur stipulant que l'exigence du respect formulé par l'article 16 du code civil ne s'appliquait pas aux embryons *in vitro*, le Conseil constitutionnel a ouvert des possibilités qui seront d'autant plus difficiles à réguler aujourd'hui que le libéralisme moral, le libéralisme politique et le libéralisme économique se conditionnent et se renforcent mutuellement. Sauf à prendre en compte que la décision de 1994 ne concernait pas la recherche destructive sur l'embryon *in vitro* pour reprendre ainsi l'ensemble de la question, il est difficile de voir comment le Conseil constitutionnel, saisi par les députés de l'opposition, pourrait s'opposer à la nouvelle loi. La Convention d'Oviedo ouvre aux États qui l'ont ratifiée la possibilité de pratiquer des recherches mais elle exige alors une « protection adéquate » qui suppose donc l'absence de

²¹ Gilles Barbier, *Rapport n°10 remis au Sénat*, 3 octobre 2012, p. 11

²² Jean-Yves le Déaut, *Débat à l'Assemblée Nationale sur la proposition de loi n° 473*, 28 mars 2013

destruction : « *Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon* »²³. Comment le Conseil constitutionnel va-t-il prendre en compte les exigences de cette convention ?

Ce projet politique minimise la différence entre assumer le tragique de certaines situations d'existence, par exemple certains cas d'avortement, et instaurer une disponibilité de principe de l'être humain en ses commencements, même si elle est encadrée par le pouvoir législatif. Si elle paraît légitimée par son utilité sociale, l'évolution législative signifie pourtant que l'énigme et la fragilité de la condition humaine en ses commencements n'échappe pas au pouvoir politique. Comme l'embryon *in vitro* cryoconservé est hors corps et hors temps, il est facile de le placer en extériorité par rapport à nous-mêmes, il est facile de croire que nous ne parlons pas de nous-mêmes en nos propres commencements lorsque nous parlons de lui comme un matériau non banal. Accepter la réification pour lui, c'est aussi accepter que nos commencements aient pu être l'objet d'une volonté de maîtrise d'autrui, c'est renoncer à l'idéal d'inconditionnalité qui conditionne la reconnaissance que « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* »²⁴.

Cet article de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* parle de la naissance parce qu'elle est le marqueur de la reconnaissance des sujets de droit. Mais, si cet idéal n'est pas formulé comme principe dès la conception, il ne peut être effectif que comme une décision, comme le seul effet d'une volonté qui le poserait ultérieurement. Or, dès le début de son préambule, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ne décide pas de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine, elle la reconnaît : « *Considérant que 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.* »²⁵. Il serait contradictoire que l'indisponibilité, la dignité, la liberté, l'égalité, la solidarité soient fondamentalement l'effet d'une décision d'autrui et a fortiori du pouvoir politique : ces principes éthiques fondamentaux sont *reconnus* et présentés comme tels à la volonté politique. Les États qui se sont donné les *Droits de l'Homme* et leur ambition universelle après l'expérience tragique de la seconde guerre mondiale ont ainsi reconnu leur inconditionnalité, l'impossibilité d'une volonté à s'en emparer. Ils ont décidé de respecter ce qu'ils ont d'abord reconnu.

Pourtant, une des caractéristiques de l'évolution politique qui mène à ce changement législatif apparemment anodin est de souligner la primauté de la volonté politique sur toutes les valeurs qui s'imposeraient à elle pour la conditionner *a priori*.

Interroger une conception de la décision démocratique comme seule source du droit

Les derniers débats à l'Assemblée nationale conduisent à s'interroger sur l'ambition de certains parlementaires de se vouloir, avec l'appui de théories philosophiques et d'autres traditions juridiques, la seule source du droit. Le droit, c'est ce que décident les parlementaires. Certes, mais y a-t-il cependant des valeurs qui, tout en gagnant à être questionnées et explicitées, échappent *fondamentalement* à la délibération et à la décision démocratiques ? La question est trop complexe pour être traitée ici mais elle mérite au moins d'être posée.

Selon l'étude du Conseil d'État publiée en 2009 en vue de la révision des lois de bioéthique : « *Elle [l'éthique biomédicale] met en jeu des droits et des principes qui ne sont pas*

²³ *Convention d'Oviedo* (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), art. 18, al. 1, 4 avril 1997

²⁴ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, 10 décembre 1948, article premier

²⁵ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, 10 décembre 1948, Préambule, al. 1

contingents et ne peuvent changer au gré de l'évolution des sciences et des techniques. »²⁶. Selon cet avis, l'éthique biomédicale est conditionnée par des principes éthiques qui ne changent pas en fonction des alternances politiques ou des renversements de tendances à l'intérieur des partis politiques, comme ce fut le cas pour la GPA au sein du Parti socialiste. Le Conseil d'État rappelait alors que le Conseil constitutionnel avait placé la bioéthique « sous les auspices du principe de la dignité de la personne humaine » et mentionnait d'autres principes corrélés : « *la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de la vie l'inviolabilité, l'intégrité et la non patrimonialité du corps humain, ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine* »²⁷. Ce bel édifice de principes éthiques dépendant du principe directeur de la dignité est cependant fragilisé par l'absence de définition juridique de la dignité et par l'absence de consensus sur la définition philosophique de la dignité. Les débats récents sur la question du respect de l'embryon et de la dignité qui lui est attachée ne font que refléter cette fragilité du dispositif juridique français aussi bien pour le début de vie ou la fin de vie. Ils témoignent aussi d'une fragilité du consensus sur la spécificité du droit français.

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* reconnaît – sans faire appel à une transcendance divine – que le principe de dignité doit s'imposer à tous, et donc également en démocratie, « *comme fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». C'est donc un principe qui peut être qualifié de prépolitique ou d'inhérent à la démocratie. Comme nous l'avons vu, les principes corrélés peinent à s'imposer comme des principes capables de réguler les débats parlementaires sur la possibilité d'une recherche destructive sur l'embryon. Les débats futurs sur l'extension de l'AMP et sur la possibilité de la GPA en montreront aussi sans doute encore plus la faiblesse persuasive.

Sans pouvoir être approfondi ici, ce questionnement met en lumière l'affirmation progressive du primat d'une volonté créatrice de valeurs et de liens (*le projet*) sur le don et la dette d'existence et de lien (*la demande*), ainsi que sur des obligations qui s'imposeraient nécessairement à elle. La volonté ne se conçoit plus au service d'une solidarité contractée, comme c'est encore le cas dans l'engendrement et la filiation, mais c'est désormais la volonté qui pourrait choisir les liens de solidarité qui s'imposaient autrefois à elle. Désormais, l'engendrement et la filiation ne comporteraient plus d'obligations nécessaires et durables. La persistance du lien ne serait plus un devoir mais un choix variable posé hors obligation durable. Cette évolution me paraît bien illustrée par les propos de Madame la Députée Dominique Orliac, rapporteure de la proposition de loi désormais adoptée : « *Je ne suis pas d'accord avec votre conception essentialiste de l'embryon, qui lui attribue une valeur dès le moment de sa conception. Si l'on examine les éléments du débat, il existe aujourd'hui un véritable interdit qui fait consensus au sujet des embryons créés in vitro : ne pas porter atteinte à ceux qui sont inscrits dans le projet du couple d'avoir un enfant en recourant à la procréation médicalement assistée. Il s'agit bien là d'un interdit relatif à la préservation d'un lien humain, et c'est la persistance de ce lien humain qui fait de l'embryon une personne humaine potentielle en devenir* »²⁸. La persistance du lien humain, la solidarité, n'est plus un *devoir* qui s'impose à partir de la reconnaissance de l'embryon comme « celui qui pourra naître si le lien persiste » mais une *possibilité* qui décidera de l'avenir de « celui qui pourrait naître si la décision maintenait le lien ». Si elle est confirmée, cette évolution aura certainement une influence sur toutes les relations sociales et thérapeutiques où la persistance et la qualité de vie dépendent des liens de solidarité manifestés au profit des vies fragiles et menacées.

A la naissance de la bioéthique, et plus particulièrement après le procès médical de Nuremberg, l'exigence du respect du consentement d'autrui pour toute recherche a spécifié cette dignité opposable à tout projet politique : aucune volonté ne peut asservir une autre

²⁶ Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique. Étude adoptée par l'assemblée générale plénière*, 2009, p. 7

²⁷ *idem*

²⁸ Dominique Orliac, *Débat à l'Assemblée Nationale sur la proposition de loi n° 473*, 11 juillet 2013

volonté à son profit parce que les êtres humains sont reconnus naitre libres et égaux. Mais l'être humain n'est pas seulement un être doué de liberté et de volonté. Il est aussi un être de mémoire, un être capable de manifester différentes dimensions constitutives de son unité : les dimensions physiques, psychiques et spirituelles. Le temps de la gestation fait partie de la totalité de son histoire et conditionne l'exercice futur de sa liberté. L'ensemble de ses dimensions constitutives est nécessaire pour qu'il puisse vivre comme être corporel dans le monde, comme être vivant et conscient, comme être capable de donner du sens. Toute volonté d'altérer ces dimensions ou de les dissocier constitue un problème éthique comme le montre la sous-évaluation éthique de l'embryon *in vitro* parce qu'il est situé *hors corps* et *hors temps*. La dignité devrait être spécifiée par l'intégration de la totalité de l'histoire – ce que le droit fait déjà lorsqu'il condamne les pratiques eugéniques²⁹ et la discrimination en raison de ses caractéristiques génétiques³⁰ – et par l'intégration des dimensions de l'être humain et le refus de leur dissociation.

Réaffirmer la non disponibilité et la solidarité des êtres humains

Cette triple interrogation éthique et juridique sur le pouvoir du législateur, sur le pouvoir du projet parental et, plus largement, sur le pouvoir de la décision démocratique me paraît au moins montrer que le débat a été trop rapidement clos et que l'embryon reste un problème éthique, juridique et politique. Même si elle n'est pas toujours indemne de stratégie politicienne, la prise de position des opposants à la loi n'est ni absurde ni obscurantiste ni dogmatique ni culpabilisante pour les chercheurs ni l'unique responsable du recul de la recherche française ou de l'absence de progrès thérapeutiques³¹.

Les opposants sont d'abord des proposant : ils proposent de continuer à signifier éthiquement, juridiquement et politiquement que l'être humain demeure, à toutes les étapes de son histoire, un être non disponible, non réifiable, non instrumentalisable, dont la fragilité et la vulnérabilité appellent la réponse de la solidarité. Réaffirmer la non disponibilité des êtres humains et leur solidarité reste un « point essentiel » d'un programme politique.

L'embryon continue de poser problème et il n'est pas possible de résoudre le « problème de l'embryon » parce que son existence énigmatique interroge la nôtre. Résoudre le problème de l'embryon serait décider d'en finir avec l'énigme et la fragilité de notre commencement, de notre présent et de notre avenir. Nous n'en aurons jamais fini de prendre soin de l'énigmatique condition de chacun d'entre nous et de ceux qui, peut-être, viendront un jour au monde.

Bruno Saintôt sj

²⁹ *Code civil*, art. 16-4

³⁰ *Code civil*, art. 16-13

³¹ Juste après le vote de la loi, le 19 juillet 2013, les autorités japonaises ont autorisé le lancement des premiers essais cliniques mondiaux de médecine régénérative sur l'homme en utilisant les cellules souches pluripotentes induites (iPS) pour traiter la dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA).