



ENTRE JUSTICE ET DROITS DE L'HOMME: LA CONDITION JURIDIQUE DE L'EMBRYON HUMAIN

Alain Sériaux

1. En ce crépuscule de notre second millénaire, l'une des plus importantes questions qui se pose aux juristes est celle de la condition juridique de l'embryon humain. Cette question est à la fois ancienne et nouvelle. Ancienne, parce que depuis toujours, pourrait-on dire, les juristes se sont demandés si un enfant simplement conçu pouvait déjà prétendre à la qualité d'héritier ou à celle de gratifié. On sait que sur ce point le droit romain en était venu à formuler la règle selon laquelle "*l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt*", conférant ainsi à l'embryon humain le droit de venir à une succession ou de recevoir des libéralités. Cette règle fait encore partie du droit positif français qui exige seulement, comme condition supplémentaire, que l'enfant naisse plus tard viable (art. 725 et 906, C. Civ.). La Cour de cassation l'a même récemment élevée au rang de principe générale du droit¹.

2. Mais de nos jours, sous l'influence du développement des techniques médicales d'intervention sur la vie prénatale, la question

1. Cass. civ. 1er, 10 décembre 1985, D. 1987.449, note Paire.

a rebondi. La libéralisation de l'interruption volontaire de grossesse réalisée par la loi du 17 janvier 1975, fut l'occasion de vifs débats sur le point de savoir si l'enfant déjà conçu mais non encore né pouvait d'ores et déjà bénéficier d'une protection juridique contre les atteintes portées à sa vie. Plus près de nous encore, d'autres questions, tout aussi pressantes, suscitent à nouveau l'embarras. Est-il par exemple légitime d'autoriser les recherches biomédicales, avec ou sans finalité thérapeutique, sur une femme enceinte et sur l'enfant qu'elle porte *in vivo*? De même chacun s'interroge sur l'attitude à adopter à l'égard des embryons dits "*surnuméraires*" qui demeurent inutilisés à la suite d'une fécondation *in vitro*. Faut-il les détruire? Faut-il au contraire les conserver afin d'en user à des fins de recherche scientifique ou d'en faire don à d'autres couples demandeurs²? Nul ne sait apporter ici une réponse satisfaisante³ et le Saint Siège a beau jeu de souligner que ces embryons "*demeurent exposés à un sort absurde*"⁴.

3. Tous ces débats récents obligent à prendre parti sur le statut juridique de l'embryon dans ou hors du sein de sa mère. Il n'est plus possible ici de réagir comme par le passé en assortissant l'octroi de droits patrimoniaux à l'enfant conçu de la condition *si nascitur*. Par hypothèse, en effet, c'est dès le stade de la vie prénatale qu'il convient de faire un choix. Sinon, il sera trop tard: le mal, si mal il y a, sera fait; le préjudice, si préjudice il y a, n'aura pu être évité et deviendra fréquemment irréparable dans la mesure où la victime n'aura souvent plus de voix pour se faire entendre.

2. C'est ce que le professeur Testard propose de nommer l'ATOU (adoption par transfert de l'oeuf dans l'utérus).

3. V. l'entretien avec le professeur Frydman, in *Le Figaro*, 25 janvier 1989.

4. *Instruction sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation. Réponses à quelques questions d'actualité*, Ed. Médiaspaul, 1987, p. 18.

C'est pourquoi, d'ailleurs, l'intervention du droit pénal est ici particulièrement recommandable⁵. N'a-t-il pas pour mission essentielle d'assurer le respect et la protection des droits les plus fondamentaux de chaque personne? Tel serait sans doute le cas pour l'embryon... à condition toutefois qu'il soit reconnu "*comme une personne devant le droit*".

4. Telle est bien, en effet, la première et inéluctable question à laquelle une réponse aussi claire que possible s'avère nécessaire: comment qualifier le produit de la génération humaine? Plusieurs solutions ont été évoquées. La plus élémentaire consiste à dire que l'embryon n'est qu'un simple élément du corps de la mère: *pars viscera matris*, disaient les Romains. Chacun peut se rendre compte aujourd'hui qu'une telle conception est dénuée de tout fondement dans la réalité. Les transferts d'embryons d'une mère génitrice à une mère gestatrice, la possibilité de créer *in vitro* des embryons humains, en dehors du sein de la mère, le recours à la congélation des embryons "*surnuméraires*", tous ces "*progrès*" des sciences et des techniques démontrent à suffisance que l'embryon est nécessairement "*autre chose*" que le corps de la mère. "*Autre chose*", mais quoi? S'agit-il déjà d'un être humain ou a-t-on seulement affaire à un être vivant, doué sans doute d'une vie végétative et même sensitive, mais dénué des attributs qui en feraient une personne humaine à part entière: l'intelligence et la volonté?

5. Quoi qu'on en ait dit, le débat échappe pour l'instant à toute vérification expérimentale. La génétique moderne nous révèle simplement que, dès les premiers moments de la conception, un nouvel être humain est programmé. Par développements succesifs et spontanés il deviendra d'abord un enfant complètement formé,

5. V. les propositions du Conseil d'Etat in *De l'éthique au droit*, Documentation française, notes d'études et études documentaires, 1988, p. 122 s.

puis un nouveau-né, un adulte, un vieillard et un cadavre. Mais nul ne peut constater de façon certaine à partir de quel moment le nouvel être acquiert les caractéristiques propres de l'âme humaine⁶. Toutefois, le peu que nous savons avec certitude nous oblige à affirmer qu'il y a au moins, dès la conception, une personne humaine potentielle ou virtuelle, un être humain en puissance qui s'actualisera au fur et à mesure de sa croissance. C'est là une donnée minimale sur laquelle sont tombés d'accord les membres du Comité Consultatif National d'Ethique français⁷. En des formules plus prudentes, le Conseil d'Etat a pu souligner à son tour que "*le juriste peut constater (...) qu'il a affaire à un processus de vie débouchant sur la naissance d'un être humain, à une valeur de ce fait suprême, qu'il est impossible de traiter comme un chose*"⁸. D'autres autorités n'hésitent pas à s'engager davantage en reconnaissant à l'embryon la qualité d'être humain dès le commencement de son existence. Telle est tout d'abord la position de l'Eglise catholique⁹. C'est également la solution adoptée implicitement mais nécessairement par le législateur français dont la loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse

6. Rappelons à ce propos que, pour Aristote comme pour Saint Thomas d'Aquin, l'âme humaine n'apparaît chez l'embryon que progressivement: après que l'âme végétale et l'âme animale soient venues tour à tour "*informer*" le produit de la génération humaine. V. *Compendium theologiae*, chap. 92; *Somme théologique*, I^a, q. 118, art. 2, ad 2.

7. Avis du 23 mai 1984. Sur ce texte v. G. Mémeteau, Le premier avis de Comité consultatif national d'éthique, JCP 1985 I 3191, n^o 7 et s; J. M. TRIGEAUD, *Dualité ou unité de l'homme. A propos de la personnalité de l'embryon humain*, "Rivista rosminiana de filosofia et de cultura" 1986, 334.

8. *Op. cit.*, p. 83.

9. V. *Instruction précitée*, p. 13: "*Certes, aucune donnée expérimentale ne peut être de soi suffisante pour reconnaître une âme spirituelle; toutefois, 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?*", v. également Congrégation pour la doctrine de la foi, *Déclaration sur l'avortement provoqué*, A.A.S. 66 (1974) 738.

dispose en son article 1er: "*la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie*". Ainsi tous les avis semblent converger pour voir dans l'embryon humain bien plus qu'une simple chose ou qu'un animal: un être humain en devenir, sinon même à part entière.

6. Ne peut-on, dès lors, considérer la question du statut juridique de l'embryon comme définitivement résolue? S'il s'agit bien d'un être humain, l'attitude la plus simple et la plus logique n'est-elle pas de lui reconnaître, comme à tout être humain, un ensemble de droits *innés et inaliénables*, en particulier le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique? Il suffirait, en somme, d'élaborer ici un syllogisme apparemment irréfutable: a) tout être humain a des droits innés; b) or, l'embryon est un être humain; c) donc l'embryon a des droits innés. Telle semble être la voie royale pour déterminer une fois pour toutes la condition de l'embryon au regard du droit. Elle a été empruntée avec fermeté en particulier par le Saint Siècle. Ainsi est-il affirmé dans l'importante "*Instruction sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation*": "*les droits inaliénables de la personne devront être reconnus et respectés par la société civile et l'autorité politique: ces droits ne dépendent ni des individus, ni des parents, et ne représentent pas même une concession de la société et de l'Etat; ils appartiennent à la nature humaine et sont inhérents à la personne, en raison de l'acte créateur dont elle tire son origine. Parmi ces droits fondamentaux, il faut à ce propos rappeler le droit à la vie et à l'intégrité physique de tout être humain depuis la conception jusqu'à la mort*"¹⁰.

7. C'est peut-être là une voie royale mais selon nous ce n'est pas la bonne voie. Au risque de paraître peu orthodoxe, il nous

10. *Instruction précitée*, p. 36. V. également *Charte des droits de la famille*, 22 octobre 1983, art. 4 a): "*L'avortement est une violation directe du droit fondamental à la vie de tout être humain*"

semble contestable d'affirmer que tout être humain a, par le seul fait d'être une personne, des droits innés. La qualité de personne, d'être "*pour soi*", rend seulement capable de posséder des biens, de les faire siens¹¹. Mais entre la capacité de posséder tel ou tel bien (y compris la vie, qui est l'un des biens les plus essentiels) et le *droit* de les posséder, il y a un vide qu'aucune déclaration de droits ne pourra jamais combler. Par exemple, un homme, parce qu'il est une personne, peut faire sien le bien d'autrui. Il le peut, mais il n'en a pas le droit car ce bien appartient légitimement à autrui. Cet homme, nous le qualifions de voleur. Autre exemple: un criminel, parce qu'il est une personne possède la vie comme un bien propre, mais s'il a été justement condamné à mort, il n'a plus le droit de posséder cette vie qui est pourtant la sienne. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en a eu si nettement conscience que tout en affirmant que "*le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi*", elle a éprouvé le besoin de préciser immédiatement après que "*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*"¹². Les exemples pourraient être multipliés: ils attesteraient tous l'existence d'une rupture ontologique entre le fait de posséder un bien et le droit de le posséder; ils montreraient tous, pensons-nous, qu'il n'y a pas de droits *inhérents* à la condition de personne, que le droit appartient à une autre dimension que celle de la personne, qu'il est, au moins dans son principe, ailleurs que dans le sujet qui le revendique pour lui.

11. Cf., à cet égard, la démonstration de S. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 66 art. 1: "*La possession des biens extérieurs est-elle naturelle à l'homme?*".

12. Conv. europ. de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, art. 2. Cette Convention est entrée en vigueur en France le 4 mai 1974. On sait que, depuis, un Protocole n° 6 concernant l'abolition de la peine de mort est venu s'ajouter à la convention, le 28 avril 1983.

8. Où est-il, alors? L'expérience des juristes le prouve: il se situe dans un juste milieu objectif entre les personnes en relation d'altérité; ni d'un côté, ni de l'autre, mais pour ainsi dire "*entre les deux*". L'homme de droit se demandera toujours dans quelle mesure l'un ou l'autre des protagonistes en conflit a tort ou a raison; il cherchera toujours à départager (faire des parts) deux ou plusieurs adversaires, potentiels ou actuels. Et c'est seulement *après* avoir tranché qu'il en conclura que l'un d'entre eux a un droit et l'autre une obligation corrélative. Ainsi le droit au sens strict consiste-t-il dans une mesure qui fixe le bon ajustement entre deux ou plusieurs personnes engagées dans une relation où la détermination de ce qui revient à chacun est en cause. On peut dire tout cela d'une autre façon: le juge, le juriste doivent déterminer (mesurer) ce qui est dû *en justice* par une personne à une autre.

Ce qui constitue ainsi le coeur de l'activité juridique est au contraire manifestement occulté par les différentes déclarations des droits de l'homme, à commencer par celle dont nous fêtons cette année le bicentenaire. Prenons par exemple le droit à la vie. On peut bien affirmer, si l'on veut, que l'embryon possède, parce qu'il est une personne, un tel droit. Mais on voit aussitôt se dresser en face de lui d'autres personnes qui possèdent également un tel droit: la mère, par exemple. Entre deux droits de même valeur et tout aussi intangibles, il est impossible de trancher! Pour sortir de cette impasse, le seul moyen est de revenir au travail traditionnel du juriste qui consiste à découvrir quel est le juste milieu, quelle est en d'autres termes la position juste que chacun doit occuper dans ses rapports avec ses semblables.

9. Les différentes instances, françaises ou étrangères, qui ont été amenées jusqu'à présent à préciser le statut juridique de l'embryon n'ont pas réfléchi autrement. En voici trois exemples. Celui de la loi française du 17 janvier 1975, tout d'abord. D'un côté, on le sait, cette loi n'a pas hésité à reconnaître à l'embryon la qualité d'être humain dès sa conception. Mais en même temps, cela

ne l'a pas empêché de consacrer des cas dans lesquels il est apparu au législateur qu'il était *justifié* d'enlever la vie à l'embryon: situation de détresse morale de la femme enceinte (art. L. 162-1 C. Sant. publ.), péril grave pour la santé de la femme, forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic (art. L. 162-12, C. sant. publ.). Plur récemment, le Tribunal constitutionnel espagnol, dans une décision du 11 avril 1985, a été amené à statuer sur la conformité à la Constitution de la loi dépénalisant l'avortement¹³. Dans un passage essentiel, le Tribunal observe que d'un côté le droit à la vie de toute personne humaine est affirmé par l'article 15 de la Constitution espagnole de 1978, mais que, d'un autre côté, il est admis que "*la vie de l'enfant à naître ne peut prévaloir inconditionnellement face aux droits de la femme (enceinte), de même que ces derniers ne sauraient avoir la primauté absolue sur les premiers*". Dès lors, le Tribunal s'est efforcé à son tour de découvrir un juste milieu et il a estimé que le législateur espagnol avait eu raison de considérer que, dans certains cas, l'avortement pouvait être justifié: grave danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte, viol, enfant risquant d'être affecté de tares physiques ou psychiques.

10. En 1988, le Conseil d'Etat français a rendu un rapport substantiel sur l'attitude du droit face aux réalisations des sciences de la vie¹⁴. Il y envisage notamment la question de la licéité des recherches scientifiques sur les embryons "*surnuméraires*". Ici encore, le Conseil d'Etat s'est attaché à découvrir ce qui pouvait être admissible en la matière et ce qui ne l'était pas. Ainsi condamne-t-il "*les recherches susceptibles d'aboutir à une*

13. Pour un commentaire de cette décision, V. L. Ruano Espina, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 sobre despenalización de algunos casos de aborto, Jus canonicum* 1985, vol XXV, p. 667.

14. *Op. cit.*, not (5).

*modification artificielle du génome humain, transmissible à la descendance, ainsi que les recherches visant la réalisation d'une gestation complète in vitro (ectogénèse) ou d'une parthénogénèse du clonage ou la production de chimères"*¹⁵. Il interdit de même "de prélever des embryons et de constituer des embryons in vitro dans le seul but de la recherche, en dehors de toute finalité thérapeutique"¹⁶. En revanche, il se montre favorable, moyennant certaines conditions restrictives¹⁷, aux recherches sur les embryons in vitro obtenus à la suite d'une FIV, lorsque ces embryons ne sont pas destinés à être réimplantés. Le motif de ce compromis est clairement exprimé par le Conseil d'Etat: "*ce système, dit-il, paraît éthiquement le plus acceptable et juridiquement le plus efficace. Une interdiction absolue serait, en dépit même de l'enjeu essentiel qui est en cause, excessive et inefficace. Excessive (...) car ce serait priver délibérément la société toute entière des progrès bénéfiques de la science, et ce serait handicaper gravement la recherche française par rapport à d'autres pays. Inefficace, car l'interdiction ne serait pas respectée et se développeraient des recherches clandestines, ignorées ou incontrôlables (...). Le laisser-tout-faire est encore plus inadmissible, car il revient à accepter (...) qu'on puisse tout faire sur l'embryon, dans n'importe quelles conditions: l'embryon étant alors traité comme une chose"*¹⁸. Ainsi, encore une fois, tout le travail du Conseil d'Etat a consisté à déterminer dans quels cas le recherche sur embryons peuvent être justifiées.

15. *Op. cit.*, p. 89.

16. *Op. cit.*, loc. cit.

17. "*Ces recherches sont très encadrées; elles ne peuvent intervenir qu'après épuisement du projet procréatif du couple et avec son consentement libre et éclairé, qu'après un bilan sérieux des résultats de la recherche sur l'animal, qu'après la définition de sa finalité afin d'apprécier son intérêt pour le progrès des thérapeutiques, que sur des embryons in vitro dans les tous premiers stades du développement. Il doit être prouvé que l'étude de l'embryon humain est le seul moyen de parvenir aux connaissances recherchées...*" (*Op. cit.*, p. 85).

18. *Op. cit.*, p. 86.

11. Sur le plan de la *méthode*, de la démarche intellectuelle elle-même, le raisonnement de ces différentes instances nous paraît irréprochable. Comme tout juge qui se respecte il s'agit d'entendre les deux parties, de confronter les intérêts en présence, et de rechercher la solution juste, la bonne mesure de nature à départager au mieux les adversaires. En revanche, les *résultats* auxquels elles parviennent nous paraissent appeler les plus extrêmes réserves. Le "*juste milieu*" auquel elles se sont arrêtées consiste seulement ici à donner un peu à l'un, un peu à l'autre, sans oser aller jusqu'à définir ce qui est réellement, authentiquement juste, c'est-à-dire le *droit naturel*. Que penserait-on d'un juge qui, pour résoudre un conflit dans lequel chacun se prétend propriétaire exclusif d'un bien se bornerait à en donner la moitié à chacun? C'est pourtant de cette façon qu'agissent les instances en cause. Leur attitude nous fait songer à un jugement de Salomon dans lequel le roi aurait effectivement jugé que la solution la plus juste consistait à couper le bébé en deux! En d'autres termes, la découverte du véritable juste milieu est sans doute difficile, mais le juge doit s'y attacher sous peine de ne pas remplir sa mission, d'être en définitive un juge inique. Or, c'est ce que nous pensons qu'on peut reprocher au législateur français, au Tribunal constitutionnel espagnol ou au Conseil d'Etat.

12. Prenons d'abord le cas de l'avortement. De quoi s'agit-il ici? De permettre d'ôter *la vie* à un être humain afin d'assurer la protection de *la santé* morale ou physique de la mère; de permettre également de supprimer l'embryon parce qu'il risque d'être atteint de graves tares physiques ou psychiques. Or, qui ne voit que les biens mis en balance n'ont pas la même valeur? La vie est objectivement un bien supérieur à la santé de la mère ou à celle de l'enfant lui-même. Dans ce dernier cas, d'ailleurs, le paradoxe est éclatant puisque, pour éviter à l'enfant des souffrances physiques ou morales, l'on décide tout simplement de le tuer! Allons plus loin: même si la vie de l'enfant menaçait la vie de la mère, il serait



encore injuste de décider de supprimer l'embryon. Pourquoi? Parce que le bien des parents est, là encore, objectivement subordonné au bien de l'enfant. La vocation de la mère est de donner la vie, puis d'élever et d'éduquer l'enfant qu'elle a conçu. Ne pas respecter cette hiérarchie naturelle, objective, des biens revient ainsi à commettre une injustice d'autant plus grave qu'elle porte sur le bien le plus essentiel que peut posséder un être humain: sa vie, physique et spirituelle à la fois.

Des observations analogues s'imposent, pensons-nous, lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la légitimité des recherches sur les embryons. Quels biens peuvent justifier de telles manipulations? Certes l'accroissement des connaissances scientifiques sur les commencements de la vie humaine, l'espoir de faire des découvertes de nature à assurer plus tard une meilleure thérapie de certaines maladies constituent des biens d'une incontestable valeur. Mais à quel prix les obtiendra-t-on? Au minimum, le plus souvent, au prix d'une atteinte irréparable à l'intégrité physique d'un être humain; plus radicalement parfois, au prix de la destruction pure et simple de l'embryon. Qu'il nous soit permis, là encore, d'estimer que les avantages recherchés sont nettement disproportionnés par rapport au sacrifice imposé à cet être humain que constitue l'embryon. La vie, l'intégrité physique sont des biens d'une nature supérieure à la connaissance scientifique, même si celle-ci doit aboutir à terme à sauver d'autres vies. Les premiers types de biens relèvent de l'être le plus intime d'une personne, les seconds appartiennent en revanche au mieux-être de quelques chercheurs en biologie. Renverser cette hiérarchie des biens en donnant la préférence au perfectionnement intellectuel du scientifique, c'est commettre à nouveau une véritable injustice dans la mesure où l'accroissement de notre patrimoine intellectuel n'est pas une *raison suffisante* pour justifier la lésion de biens aussi essentiels que la vie ou l'intégrité physique d'une personne humaine, même potentielle. Les scientifiques, quel que soit l'intérêt de leurs recherches, doivent comprendre que ce bien

qu'est la connaissance de la nature et de notre nature n'est pas le bien suprême, qu'il est d'autres valeurs qui le dépassent et qu'ils doivent apprendre à les respecter. Tel est le cas de la vie humaine.

13. Nous concluons donc volontiers, avec l'Eglise catholique, qu'*aucune finalité, même noble en soi comme la prévision d'une utilité pour la science, pour d'autres êtres humains ou même la société, ne peut en quelque manière justifier l'expérimentation sur des embryons ou des foetus humains, viables ou non, dans le sein maternel ou en dehors de lui*¹⁹. Nous préconisons de même le respect du droit à la vie de la personne déjà conçue. Mais nous ne le faisons pas parce que l'être humain, en tant que personne, possède un droit inné à la vie ou à la santé, mais parce que en toutes hypothèses il nous apparaît *injuste* de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'un être humain innocent comme l'est l'embryon. En d'autres termes l'Eglise catholique nous semble avoir raison au plan des *résultats*, même si la démarche intellectuelle qu'elle suit pour parvenir à ces résultats nous laisse insatisfait. Entre une réflexion centrée sur les droits de l'homme et une réflexion en termes de justice, seule la seconde nous paraît devoir emporter l'adhésion, à condition qu'elle aboutisse à la formulation de ce qui est vraiment juste: le droit naturel.

19. *Instruction précitée*, p. 17.