



HAL
open science

Le Conseil constitutionnel et la loi de bioéthique : la recherche des frontières de la dignité humaine

Guillaume Fontanieu

► **To cite this version:**

Guillaume Fontanieu. Le Conseil constitutionnel et la loi de bioéthique : la recherche des frontières de la dignité humaine. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2022, 31. hal-04002203

HAL Id: hal-04002203

<https://hal.science/hal-04002203v1>

Submitted on 23 Feb 2023

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.

Guillaume Fontanieu

Doctorant en droit public à l'Université Paris I (ISJPS-Axe environnement), chargé d'enseignement en droit de la santé à l'UPEC.

Le Conseil constitutionnel et la loi de bioéthique : la recherche des frontières de la dignité humaine

La loi relative à la bioéthique entrée en vigueur le 2 août 2021 est exceptionnelle à plus d'un titre. D'abord il s'agit d'une révision d'ampleur depuis la loi de 2011. Celle-ci est considérée généralement en retrait¹ face aux avancées de celle de 2004 qui accorda les premières dérogations² aux interdits de la recherche, eux-mêmes posés dix ans auparavant. Ensuite celle-ci fut adoptée à la suite du processus participatif des États généraux de la bioéthique³ et en respectant le cadre classique de la procédure parlementaire⁴. Ces constats démontrent la volonté en la matière de faire évoluer la loi sur ce sujet en fonction des questions nouvelles posées par la science, mais également en répondant à un certain nombre de demandes sociétales, tout en cherchant le plus large consensus possible.

1 - Même si elle a permis la ratification de la Convention d'Oviedo, la loi de 2011 a renforcé les principes d'interdits de la recherche. Pour preuve, l'ancienne rédaction de l'article L.2151-5 du code de la santé publique (CSP) : « I.-La recherche sur l'embryon humain, [les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches : ajout de la loi du 9 juillet 2011] est interdite ».

2 - P. Egéa dans « La condition embryonnaire », *AJDA*, 2021 p. 1866, cite l'expression du ministre de la santé d'alors, P. Douste-Blazy qui évoquait en 2004, un « moratoire positif » s'agissant de la recherche sur les embryons.

3 - En réaction aux premiers Etats généraux de 2009, la loi du 9 juillet 2011 a créé l'article L.1412-1-1 du CSP qui les a institutionnalisés dans les débats relatifs à la bioéthique, à l'intention du gouvernement qui entend réviser de telles dispositions. Cela peut pourtant être contourné comme avec la loi du 6 août 2013 qui était à l'origine une proposition de loi sénatoriale. Ainsi, le législateur peut se passer d'un tel formalisme dès lors qu'il n'a pas de valeur constitutionnelle : « qu'aucune règle constitutionnelle ou organique ne faisait obstacle au dépôt et à l'adoption de la proposition de loi dont est issue la loi déferée » (Décision n° 2013-674 DC du 1er août 2013, cons. 3). Il est impossible dans l'état actuel de notre Constitution, de soumettre un parlementaire ou un groupe à l'organisation d'Etats généraux en dehors du Parlement avant le dépôt d'une proposition de loi, d'autant plus qu'ils ne disposent pas des mêmes moyens matériels que l'Etat.

4 - Si l'on se réfère aux statistiques parlementaires, en excluant les conventions internationales, sur 242 projets de lois adoptés sous la XVe législature, 151 l'ont été par la voie de la procédure accélérée de l'article 45 al. 1 : <https://www2.assemblee-nationale.fr/15/statistiques-de-l-activite-parlementaire>

Cette volonté de poser concrètement le débat sur les questions éthiques tout en cherchant la voie déterminant les limites acceptables pour notre société, est apparue dès 1983 avec la création du Comité consultatif national d'Éthique (CCNE). Les balises posées par cette institution, notamment dans le cadre de ses avis⁵ sur les recherches sur les embryons, ont éclairé les travaux de la première loi de bioéthique de 1994 qui a conduit le Conseil constitutionnel à énoncer, sur le fondement du préambule de 1946, que la dignité humaine en tant que principe à valeur constitutionnelle doit être sauvegardée « contre toute forme d'asservissement et de dégradation »⁶. Par la suite, lorsque la loi de 2004 est venue assouplir un cadre d'interdiction général de certaines recherches sur les embryons, celles-ci ont été strictement encadrées par le biais de protocoles autorisés par l'Agence de biomédecine, nouvellement créé à cet effet. Ainsi fut posé le schéma institutionnel en matière de bioéthique, en reprenant le modèle de l'agence tel qu'institué en matière sanitaire et en favorisant un modèle consultatif à tous les niveaux, comme nous l'explique Jacques Chevallier : « la logique démocratique est censée impliquer désormais une présence beaucoup plus active du citoyen dans les rouages politiques (...) ainsi que l'octroi de possibilités nouvelles d'intervention dans la prise des décisions et le fonctionnement de l'appareil d'État »⁷. En ouvrant un espace de parole, le CCNE note dans son rapport à la suite des États généraux, que « beaucoup de contributions expriment une opinion défavorable à toute recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires »⁸ et insistent sur le fait de privilégier les alternatives à la recherche, condition déjà prévue dans la loi. La mécanique des États généraux a permis au CCNE de proposer dans son avis⁹ une distinction du statut de la recherche entre les embryons et les cellules souches embryonnaires, ce qui a été repris par le législateur en distinguant les deux régimes respectivement aux articles L.2151-5 et L.2151-6 du CSP. Le CCNE a également proposé de lever les incertitudes sur différents mécanismes de recherche d'embryons transgéniques et chimériques, d'allonger sa durée de conservation et d'étendre ses finalités. Si ces propositions ont également été reprises par le législateur¹⁰,

5 - Le premier avis rendu par le CCNE le 22 mai 1984 l'a été « sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques » et le n°8, rendu le 15 décembre 1986 l'a été sur les « recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques ». Voir les avis en ligne sur le site du CCNE : <https://www.ccne-ethique.fr/fr>

6 - Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. 2.

7 - J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 200.

8 - Rapport de synthèse du CCNE, opinions du comité citoyen, juin 2018, p. 28, en ligne : https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/eg_ethique_rapportbd.pdf

9 - Avis n°129 du 25 septembre 2018 « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019 », p. 54 et proposition n°3, p. 60.

10 - Propositions n°4 et 5 de l'avis 129 précité, intégrés aux articles L.2151-2 et 5 du CSP.

ce sont ces principaux points de blocage identifiés dans le rapport des États généraux qui ont abouti à une saisine du Conseil constitutionnel par soixante-dix députés du groupe Les Républicains, neuf députés UDI et indépendants et un député du groupe Libertés et Territoires.

En effet, depuis la loi du 6 août 2013, le paradigme autour de la recherche sur les embryons s'est renversé, le principe étant désormais l'autorisation sous conditions. Ce changement avait déjà fait l'objet d'une saisine du Conseil et démontre l'inquiétude de la libéralisation de telles recherches. Celles-ci constitueraient¹¹ un détournement de l'interdiction de pratiques eugéniques, affirmé à l'article 16-4 du code civil. Plus largement, ce serait l'absence de définition juridique de l'embryon¹² qui conduirait à un risque de dérive quant à l'objet des recherches qui seraient entreprises dans le futur. Ces arguments ont été rejetés par le Conseil constitutionnel qui a déclaré conforme l'ensemble du projet de loi. Pour notre analyse, nous excluons les deux premiers moyens soulevés et rapidement évacués par le Conseil, à savoir les conditions dans lesquelles des personnes procèdent à des dons de gamètes dont la critique « *n'est assortie d'aucun grief d'inconstitutionnalité* » (cons. 3) et l'absence d'incompétence négative sur la composition ou les garanties d'indépendance de la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation (AMP). Nous nous intéresserons en revanche, aux réponses apportées s'agissant des modalités de recherche sur l'embryon et sur leur communication par la femme enceinte à l'autre membre du couple lorsque cette recherche fait l'objet d'une AMP. Ainsi, l'extension des finalités de la recherche va permettre de dessiner plus nettement les contours de la dignité humaine (I) et ce sont ces modalités posées par le législateur qui vont constituer des garanties pour concilier l'ensemble des principes constitutionnels (II).

I) L'attention particulière de la recherche fondamentale aux enjeux de la dignité humaine

Dès lors que la recherche n'a pas une finalité directement procréative, son objet est particulièrement scruté, d'autant plus que la loi de 2021 a étendu ses finalités ce qui pose des questions sur son sens (A), mais plus largement sur la définition de l'embryon au regard du principe de respect de dignité de la personne humaine (B).

11 - Voir le mémoire des députés saisissants du 2 juillet 2021, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2021821dc/2021821dc_dep.pdf

12 - Voir le mémoire des députés en réplique aux observations du gouvernement du 23 juillet 2021, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2021821dc/2021821dc_deprep.pdf

A) L'évolution mesurée de l'extension des finalités de la recherche

Les députés saisissants ont critiqué le fait que la finalité de la recherche ne soit plus seulement médicale, mais qu'elle vise également « *à améliorer la connaissance de la biologie humaine* », comme l'énonce désormais le II de l'article L.2151-5 du CSP. L'évolution de cette finalité serait entachée d'une incompétence négative puisqu'il n'existerait pas de définition de cette finalité c'est-à-dire de ce que peut constituer des connaissances de la biologie et il n'y aurait pas non plus de définition de l'embryon. La nécessité à ce que le législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, épuise toute sa compétence est un moyen fréquent de saisine¹³, car comme le rappelle Georges Bergougnous : « *elle met en jeu la finalité même de la loi, parangon de la protection des droits et libertés* »¹⁴. Le contrôle de l'incompétence négative est donc un contrôle à « *rapproch[er] du contrôle de la précision de la loi* »¹⁵, elle est un contrôle de la nécessité à ce que le législateur par son silence n'abandonne pas l'interprétation au pouvoir réglementaire ou à une interprétation juridictionnelle et se conforme à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁶. Le Conseil constitutionnel sera donc particulièrement attentif au respect de la compétence du législateur¹⁷ en vérifiant s'il a assorti son texte de mesures suffisantes pour permettre la protection des droits et libertés. Dans l'affirmative, il admettra la constitutionnalité de la loi « *qu'en raison de certaines circonstances particulières en l'état par exemple des connaissances et des techniques* »¹⁸ dont il peut disposer. Il vérifiera, sans substituer son appréciation à celle du Parlement, que ce dernier a pris la mesure de cet état des connaissances¹⁹ pour permettre une évolution du cadre éthique et donc de son encadrement. C'est bien ce qu'il a fait en étant informé du processus des États généraux, de l'avancée de la recherche par l'avis exprimé par le CCNE et par les auditions qu'il a conduit dans le cadre de la

13 - A. Vidal-Naquet, L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46 (L'incompétence en droit constitutionnel), janvier 2015, pp.7-20.

14 - G. Bergougnous, L'incompétence négative vue du Parlement, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46 (L'incompétence en droit constitutionnel), janvier 2015, p. 41.

15 - C. Bazy-Malaurie, Le rôle du Conseil constitutionnel dans l'élaboration de la norme, *Justice et cassation*, 2012, p. 18.

16 - Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13.

17 - Pour reprendre G. Bergougnous, *op. cit.*, l'opposition requérante se font : « les défenseurs des compétences du Parlement tout en stigmatisant une majorité qui ne remplit pas son rôle législatif », p. 43.

18 - A. Vidal-Naquet, Le droit au silence, « Les silences interdits ou la norme imposée », *RDP*, n°4-2012, p. 1097, à propos de la décision IVG n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 : « *qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » (cons. 10).

19 - Comme il le rappelle également à l'occasion de l'examen de la première loi de bioéthique : « *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* » (Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. 10).

commission spéciale²⁰. Ainsi, cette question de la finalité est elle-même bien encadrée puisque son « glissement »²¹ n'efface pas les différents interdits imposés à la recherche, comme l'eugénisme, tout en étant assortie de conditions posées au I de l'article L.2151-5 du CSP et contrôlées par l'agence de la biomédecine lorsqu'elle autorise le déroulement d'un protocole. La précision de cet encadrement permet donc au Conseil de rejeter le motif de l'incompétence négative sur l'évolution de la finalité de la recherche qui « ne peut être menée qu'à partir d'embryons proposés à cette fin », c'est-à-dire en dehors d'un aboutissement procréatif (Décision 2021-821 DC, 29 juillet 2021, cons. 16).

B) Le débat de la définition de l'embryon et la sauvegarde de la dignité humaine

Quant à la notion d'embryon celle-ci n'a jamais été définie dans les lois de bioéthique précédentes, conduites parfois par des majorités qui sont aujourd'hui les députés saisissants, et un encadrement trop strict pourrait faire ressurgir des inquiétudes²², comme l'a fait remarquer le CCNE. En effet, définir trop précisément l'embryon pourrait impliquer la question de son statut juridique et plus largement la question du commencement de la vie, ainsi que de sa complexité²³. À cela, certains juristes pourraient venir greffer à la dignité humaine une dignité de l'embryon, en considérant que la dignité serait un principe constitutionnel matriciel²⁴ au nom duquel l'embryon pourrait réclamer des droits et notamment le droit à la vie²⁵. Le fait est que notre ordre juridique, en ne reconnaissant pas cette conception, ne constitue pas

pour autant le corollaire d'une absence de protection²⁶ de l'embryon, comme le démontre les dispositions du code civil et du CSP en la matière. Ainsi, dès lors qu'il n'existe pas un corpus constitutionnel spécifique de bioéthique, le Conseil ne peut se fonder que sur les garanties constitutionnelles existantes en posant un cadre interprétatif suffisamment souple à la dignité humaine. Cela permet au Parlement d'exercer pleinement sa fonction de conciliation par la loi entre les différentes normes à valeur constitutionnelle, sans par des garanties légales en priver ses exigences, ce dont va s'assurer le Conseil par son contrôle²⁷. Il ne s'agit pas de considérer que cette démarche relève d'une posture relativiste²⁸ mais bien réflexive sur l'état des connaissances et pour le sens même de la notion de bioéthique²⁹. De plus, la compréhension de la notion de l'embryon, et donc dans une certaine mesure de sa protection, est déjà posée dans notre ordre juridique, puisque l'article 6 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques interdit la brevetabilité des « utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales »³⁰. La Cour de Justice de l'UE a interprété la notion d'embryon pour une protection la plus large possible³¹ au nom du respect de la dignité humaine comme étant « tout ovule humain (...) dès le stade de sa fécondation (...) dès lors que cette fécondation est de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain (...) [mais également un] ovule humain non fécondé, dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté, et l'ovule humain non fécondé induit à se diviser et à se développer par voie de parthénogenèse »³². Dès lors que le législateur se réfère à la notion d'embryon humain, celui-ci retient « des termes qui ne sont pas imprécis » (Décision 2021-821 DC, 29 juillet 2021, cons. 13) et la sauvegarde de ce que constitue le fondement de la dignité est préservée. Ainsi, à défaut d'une définition de l'embryon, le Conseil donne un cadre à suivre sur le sens du

20 - Rapport d'information n°1572 déposé le 15 janvier 2019 sur la révision de la loi relative à la bioéthique, présenté par X. Breton, Président et J.-L. Tourraine, Rapporteur.

21 - Pour reprendre l'expression d'E. Roumeau, L'embryon comme objet d'expérimentation de retour devant le juge constitutionnel, *La revue des droits de l'homme*, [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 25 octobre 2021, consulté le 14 novembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/13047>.

22 - Sur des conséquences sur une possible remise en cause des modalités du droit à l'avortement, des inquiétudes se sont manifestées dans le rapport de synthèse des Etats généraux, précité, p. 29.

23 - Qui est aussi un débat entre : « les biologistes « organismiques » [pour lesquels] l'être vivant en développement est un tout plus complexe qu'une simple somme de cellules (...) [et] les biologistes « réductionnistes » [pour lesquels] ce sont, au contraire, les processus cellulaires qui construisent la forme de l'organisme » : L. Laplane, L. Loison, Cellule et cellule souche : extension et définition, *Précis de philosophie de la biologie*, Paris, Vuibert, 2014, p. 202.

24 - Même si ce principe peut avoir du sens s'agissant de la construction de la notion du concept de dignité humaine, il ne faut pas abuser de sa portée et en tant que principe constitutionnel, la dignité doit pouvoir être conciliée avec l'exercice des autres droits fondamentaux, ce que regrette : B. Mathieu, Le principe de dignité : un principe universel de portée limitée, *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2020, vol. 31, n° 4, p. 36.

25 - La France reconnaît la personnalité juridique seulement lorsque l'enfant est né vivant et viable et, pour un parallèle : « en l'absence d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relè[ve] de la marge d'appréciation (...) reconnue aux Etats dans ce domaine (...) le droit britannique ne reconnaît pas à l'embryon la qualité de sujet de droit autonome et ne l'autorise pas à se prévaloir (...) du droit à la vie garanti par l'article 2 », CEDH, grande chambre, 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni, pt. 54.

26 - S' « il n'est pas nécessaire de se pencher ici sur la question, délicate et controversée, du début de la vie humaine, l'article 2 de la Convention n'étant pas en cause en l'espèce (...) eu égard à la portée économique et patrimoniale qui s'attache à [l'article 1^{er} du protocole n°1], les embryons humains ne sauraient être réduits à des « biens » au sens de cette disposition », CEDH, 27 août 2015, Parillo c. Italie, pt. 215.

27 - P. Egea, Les formes constitutionnelles de la santé, *RDSS*, 2013, p. 31.

28 - B. Mathieu, La dignité, principe fondateur du droit, *Journal international de bioéthique*, 2010/3, vol. 21, p. 82.

29 - Le Conseil d'Etat revient sur la définition du terme de bioéthique qui : « ne s'est imposée qu'à la suite de la publication en 1971 du livre de Van Ressaer Potter *Bioethics : bridge to the future*. Ce dernier définit la bioéthique comme une combinaison des connaissances biologiques (bios) et des valeurs humaines (ethos) et se propose d'examiner l'interrelation entre la morale et les sciences de la vie », Etude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 28 juin 2018 : « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? », p. 27, en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-queles-options-pour-demain>.

30 - Article 6 §2 c).

31 - P. de Montalivet, La dignité humaine sous l'angle du droit de l'Union européenne, *La dignité humaine en santé. France-Chine*, B. Bévière-Boyer (dir.), Bordeaux, LEH éd., 2017, pp. 49-67.

32 - CJUE, 18 octobre 2011, Oliver Brüstle v. Greenpeace eV, aff. C-34/10, pt. 35 et 36, qui précise que l'interdiction de la brevetabilité d'embryons humains porte également sur l'utilisation à des fins de recherche scientifique.

principe de dignité au regard de son statut.

La loi se réfère à l'embryon humain, donc excluant les autres embryons, et nous avons vu que le fait qu'il n'y ait pas un critère d'intérêt médical immédiat n'est pas pour autant le signe d'une incompétence négative, tant que le législateur conditionne la recherche à un certain nombre de garanties effectives³³. En ouvrant le cadre de la recherche, le législateur a, dans le même mouvement, souhaité en diversifier ses techniques, ce qui pose indubitablement la question des types de recherche et les protections envisagées.

II) La dignité humaine comme lecture complémentaire des modalités de la recherche

Il s'agit d'identifier quelle est la lecture que peut envisager le Conseil constitutionnel de la dignité humaine pour permettre la conformité à la Constitution des nouvelles modalités de recherche sur l'embryon et les cellules souches (A), pour revenir enfin à son caractère multiforme permettant de distinguer les modalités de recherche en fonction de leur finalité et préserver ainsi la situation de la femme enceinte (B).

A) L'évolution ambitieuse des modalités de la recherche fondamentale conforme à la dignité humaine

L'enjeu fondamental derrière la saisine du Conseil constitutionnel provient du fait que la modification des finalités de la recherche a permis celle de ses modalités puisque le nouvel article L.2151-2 dispose désormais dans son second alinéa, tout en conservant l'interdit de la fusion de gamètes et du clonage au premier alinéa, que « la modification d'un embryon humain par adjonction de cellules provenant d'autres espèces est interdite »³⁴. Cela ouvre la voie à la possibilité d'une modification interhumaine de l'embryon dans lequel « une ou plusieurs séquences d'ADN n'appartenant pas à l'embryon lui-même [sont] ajoutés »³⁵ ou à une modification d'un organisme où des cellules humaines pourront être ajoutées à un embryon animal, sans mélange des matériaux génétiques et dans ce sens uniquement³⁶. Pour les requérants, cela altérerait l'intégrité de l'embryon et porterait donc atteinte au principe de dignité de la personne humaine alors que pour le gouvernement il s'agissait d'avancer « dans la compréhension très précise du développement embryonnaire et de la façon dont les gènes

seront utilisés à certains stades du développement »³⁷. Or le respect de l'être humain dès le commencement de la vie n'est qu'un moyen parmi d'autres pour assurer le respect du principe de sauvegarde de la dignité humaine³⁸, et il n'est pas en soi repris dans ce que constitue le principe de dignité, tel que l'énonce le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2021. La protection de la dignité si elle peut être entendue comme celle de l'humanité dans ce qui la constitue intrinsèquement³⁹ ou dans ce qui permet de nous définir comme relevant d'une commune humanité⁴⁰ est pensée dans un cadre constitutionnel prioritairement comme un mécanisme de sauvegarde de la personne humaine contre tout asservissement ou dégradation⁴¹. Pourtant, dans un cadre plus global, la dignité humaine peut également être conceptualisée à partir des considérations du préambule de 1946, élaborée « au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres »⁴², où tout humain disposant de la personnalité juridique ne doit pas faire l'objet d'une réification⁴³ et doit disposer d'une égale dignité du fait de son appartenance à la famille humaine, constituant « une certaine représentation de ce qu'est l'humanité digne »⁴⁴. Il s'agit donc de bien distinguer ces deux échelles de dignité entre celle propre à l'humanité et

37 - A. Buzyn, à propos notamment de la nouvelle technique Crispr-Cas 9, citée dans le rapport n°2243 de J.-L. Touraine et autres (Tome II), fait au nom de la commission spéciale, du 14 septembre 2019.

38 - Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 : « lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'invulnérabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (cons. 18). Ces principes n'ont qu'une valeur législative et il revient au législateur : « d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles », comme la sauvegarde la dignité humaine (Décision n° 2021-821 DC du 29 juillet 2021, cons. 28).

39 - Les chapitres IV et V de la Convention d'Oviedo posent les interdicts fondamentaux et les modalités de recherche et l'article 16-4 du code civil énonce l'interdit de l'atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine, des pratiques eugéniques et de modification des caractéristiques génétiques, notamment pour sa descendance.

40 - La loi du 19 décembre 2008 a ajouté un article 16-1 au code civil dont le premier alinéa dispose que : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ». Il conviendrait donc de distinguer le principe de dignité de la personne humaine et le droit au respect de la dignité. Dans ce cadre, l'embryon peut être intégré dans le droit au respect, donc comme un objet de recherche à protéger particulièrement. Qu'il soit permis de renvoyer à notre article sur le sujet, La question juridique des restes humains sous l'angle de la dignité de la personne, *Les annales de droit*, n°8, 2014, p. 197-227 : <http://journals.openedition.org/add/739>.

41 - Le Conseil constitutionnel l'applique par exemple, dans le cadre de l'examen des conditions de détention : « il incombe au législateur de garantir aux personnes placées en détention provisoire la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine, afin qu'il y soit mis fin », (Décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, M. Geoffrey F. et autre, cons. 14).

42 - Qui ont établi les premiers interdicts de la recherche avec le code de Nuremberg de 1946, voir sa traduction en ligne : <https://www.inserm.fr/wp-content/uploads/2017-11/inserm-codenuremberg-tradamiel.pdf>.

43 - Pour reprendre les considérations de P. Frydman dans ses conclusions à CE, Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, *RFDA*, 1995, p. 1204.

44 - C. Girard, S. Hennette-Vauchez, Introduction, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, Paris, PUF, 2005, p. 26.

33 - Ce que contrôlait déjà le Conseil dans sa décision n° 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, le législateur : « a entouré la délivrance de ces autorisations de recherche de garanties effectives » (cons. 17).

34 - Alors que sa rédaction antérieure à la loi du 2 août 2021 était : « La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite ».

35 - Voir l'étude d'impact du projet de loi pour la définition des embryons transgéniques, p. 340 et sur la nécessité de clarifier quelles pratiques doivent être interdites, sans pour autant maintenir un interdit qui serait « préjudiciable à la recherche française », p. 350.

36 - Voir pour les embryons chimériques les nouvelles dispositions de l'alinéa 2 du III de l'article L.2151-6 et du nouvel article L.2151-7 du CSP.

celle strictement humaine⁴⁵. La première viendrait protéger les fondements intrinsèques du genre humain contre des dispositions visant à le dégrader, tandis que la seconde serait le mécanisme protecteur de la condition humaine. Ainsi, en l'espèce, en conservant l'interdit inter-espèces le législateur respecte le cadre de protection constitutionnel de la dignité humaine dans sa composante d'humanité, ce qui conduit le Conseil à déclarer ces dispositions conformes. En revanche, celui-ci dans son commentaire énonce que la critique des saisissants a été « *mal dirigée* »⁴⁶, car située à l'encontre de l'article 23 du projet de loi et non sur les articles 20 et 21 de la loi déferée, qui introduisent la possibilité de constituer dans le cadre de la recherche sur les cellules souches, des embryons chimériques. Cela peut laisser augurer d'un recours en QPC contre ces dispositions, vu que le Conseil ne les a pas soulevées d'office. Enfin, les garanties légales sur la fin de l'interdiction de créer des embryons transgéniques ont été considérées comme « *effectives* » (cons. 33), puisque le législateur a énoncé les différentes conditions à ces recherches dans les paragraphes de l'article L.2151-5 du CSP et affirme ainsi « *la nature politique des choix technologiques* »⁴⁷. Ces dispositions conditionnent notamment la recherche à un principe de nécessité en l'absence d'alternatives au regard de l'état des connaissances scientifiques⁴⁸, au fait que sa finalité ne relève plus d'un projet parental et que celle-ci est limitée jusqu'au quatorzième jour de la constitution de l'embryon *in vitro*.

B) La distinction des types de recherche et la préservation de la situation de la femme enceinte

L'un des enjeux de cette loi de bioéthique était également la question de la conservation des embryons dans le cadre d'une AMP. Cela a permis pour le Conseil de bien faire la distinction entre la finalité de la recherche fondamentale et celle en vue d'une procréation. Ces deux recherches sont placées en vertu du principe d'égalité dans une différence de situation (cons. 22), justifiant l'établissement de situations différentes, telles que prévues en l'espèce par le deuxième alinéa de l'article L.2151-9 du CSP. Cette distinction, permettant un aménagement des modalités de conservation par les laboratoires de biologie médicale est à rapprocher des modalités de recherches dans le cadre d'une AMP, car cela accentue nettement les différences et les fonctions des

recherches sur l'embryon. Ainsi, dans le cadre d'une recherche lors d'une AMP, le Conseil avait estimé que leur autorisation par l'Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM) ainsi que leur conduite « dans le respect du principe de la primauté de l'intérêt de la personne qui se prête à une recherche, et du principe de l'évaluation de la balance entre les risques et les bénéfiques »⁴⁹ ne méconnaît pas le principe de dignité humaine. Cette disposition qui était intégrée au V de l'article L.2151-5 du CSP est passée avec la loi du 2 août 2021 au sein d'un nouvel article L.2141-3-1 du CSP et précise désormais que « *Dans ce cadre, aucune intervention ayant pour objet de modifier le génome des gamètes ou de l'embryon ne peut être entreprise. Ces recherches sont conduites dans les conditions fixées au titre II du livre Ier de la première partie* », c'est-à-dire relativement aux recherches qui impliquent la personne humaine et qui sont autorisées par l'ANSM⁵⁰. Ces modifications démontrent bien la pertinence d'un contenu à la dignité de l'humanité et l'affirmation poursuivie par le législateur de séparer les conditions dans lesquelles peuvent s'effectuer les types de recherche sur l'embryon en fonction de leur finalité. Il convient pourtant de s'associer aux risques présentés par Pierre Egéa qui fait le lien entre ce nouvel article du CSP et l'ajout à l'article 16-4 du code civil qui prévoit la possibilité de recherches permettant un diagnostic sans pour autant transformer les caractéristiques génomiques d'une personne. Cela permet de « *comprendre que les interventions qui n'auraient précisément pas pour objet une modification génomique sont désormais licites (...) [et] ouvre la voie à des recherches diagnostiques sur l'embryon in vitro (...) [et] subrepticement, les recherches portant sur le diagnostic préimplantatoire (DPI) et la thérapie génique sont légalisées* »⁵¹. Cela démontre à quel point le Conseil constitutionnel se doit d'être particulièrement attentif pour permettre la protection de la dignité humaine, comme étant par extension « *l'essence de l'humanité* »⁵². Enfin, lorsque le but de la recherche est clairement lié au résultat de la procréation, la loi rend la communication à la femme enceinte prioritaire du résultat de la recherche et de ses risques dans le cadre du déroulement de la grossesse. Il lui revient ensuite, en vertu de l'article L.2131-1 du CSP, de consentir à cette communication à l'autre membre du couple. Le Conseil constitutionnel a considéré que la femme enceinte et l'autre membre du couple sont placés dans une différence de situation et donc justifie également une dérogation au principe d'égalité (cons. 40). Il est possible de considérer dans ce cadre, que cette question de l'égalité va également de pair avec la question de la dignité cette fois-ci en tant que « *qualité attachée à la personne humaine (...) cette conception recouvre*

45 - Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'article 16-3 du code civil fait référence à l'atteinte à « *l'intégrité du corps humain* » et l'article 16-4 à « *l'intégrité de l'espèce humaine* ».

46 - Commentaire de la décision n° 2021-821 DC du 29 juillet 2021, p. 9, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2021821dc/2021821dc_ccc.pdf.

47 - M.-A. Hermitte, L'encadrement juridique de la recherche scientifique, *Liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, M.-A. Hermitte (dir.), Romillat, coll. « Droit et technologie », 2001, p. 40.

48 - Dont il appartiendra au Conseil d'Etat de contrôler si l'Agence de la biomédecine a bien vérifié au moment de la demande d'autorisation du protocole de recherche qu'il n'existait pas d'alternatives au regard des connaissances scientifiques les plus récentes : CE, 23 décembre 2014, n°360958, Agence de biomédecine, voir C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2020, n°14-17, pp. 104-116.

49 - Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, cons. 85.

50 - Articles L1121-1 à L1126-12 du CSP.

51 - P. Egéa, La condition embryonnaire, *op. cit.*, p. 1869.

52 - B. Edelman, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, *Rec. Dalloz*, 1997, p. 186.

l'idée générale de respect dû par les tiers à toute personne »⁵³ et en l'espèce, du respect de l'autonomie des femmes à la libre disposition de leur corps. Dans cette perspective, la dignité humaine est facilement identifiée comme un principe devant être concilié⁵⁴ avec les autres droits et libertés constitutionnellement garantis et comme une composante d'un ordre public de protection⁵⁵. Ainsi, les deux facettes de la dignité humaine peuvent être mobilisables dans le cadre d'un contrôle juridictionnel sans qu'il puisse exister de véritable hiérarchie entre elles. Cela pose la question plus large des choix de société, et il reviendrait au constituant d'incarner ce principe « *et en particulier, les droits qui s'enracinent dans la corporalité même de l'homme, ou qui sont concrètement nécessaire à chacun pour vivre dignement (...) le concept [de dignité] commande d'appréhender l'homme, à la fois dans son individualité et ses droits de personnalité, et dans son humanité consubstantielle* »⁵⁶. Ce sont des questions qui permettent d'incarner une recherche responsable, relevant manifestement d'un patrimoine commun.

Guillaume Fontanieu

53 - C. Girard, S. Hennette-Vauchez, *op. cit.*, p. 25. Démontrant la différence de nature entre la dignité humaine pour l'humanité et celle relative à protection de la personne humaine ainsi qu'au respect qui lui est dû, comme nous l'avons vu pour les conditions de détention.

54 - Ainsi que l'a affirmé le Conseil constitutionnel : « *la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » (Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, cons. 5).

55 - Qui pour P. Catala « cajole la femme et l'enfant », en les mettant d'ailleurs au même niveau : À propos de l'ordre public, *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 318.

56 - S. Wallaert, Entre permanence et transformation. La force et l'avenir de la dignité humaine, *RRJ*, 2010-2, p. 671 et p. 676.