

Marie GLINEL

Master 2 Recherche
Droit public général

Droit public

Recherches sur la définition juridique de l'embryon humain

Directeur du mémoire :
Xavier BIOY



Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2017 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



Marie GLINEL

Master 2 Droit public général

Année universitaire 2016/2017

SUJET DU MÉMOIRE

Recherches sur la définition juridique de l'embryon humain

Perspectives croisées en droit français et droit de l'Union européenne

DIRECTEUR DU MÉMOIRE : Monsieur Xavier BIOY
Professeur des Universités

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - www.ut-capitole.fr

REMERCIEMENTS

En tous premiers lieux, je tiens à remercier le Professeur Xavier Bioy qui, depuis plusieurs années déjà, alimente avec vertu et patience ce sujet. Je le remercie pour les différents entretiens, séminaires et autres discussions qu’il a pu tenir sur les deux plans essentiels de ce mémoire, à savoir la partie théorique de la définition, et la partie substantielle relative à l’embryon. Ses nombreuses références et réflexions en la matière sont la certitude qu’il était le professeur idéal pour diriger ce travail.

Je remercie également mes très chers amis, ma très chère famille. Patients, ils ont su trouver les termes et le temps nécessaires à la confiance. Tout particulièrement, je remercie Thomas, ami dévoué et si bienveillant, sans qui le simple fait de délibérer aurait une saveur bien fade.

C’est ensuite une formation que je remercie. La double formation de droit et de philosophie que j’ai pu recevoir a pu, sans nul doute, alimenter ces réflexions. La philosophie offre l’impulsion de la pensée, et l’envie perpétuelle de la dépasser. Le droit, par-dessus tout, offre l’objet imprescriptible et irremplaçable, de cette impulsion. Plus spécifiquement, la formation généraliste en droit public suivie en Master 2 Droit public général a réussi à faire naître un début de certitude de ce qu’est la matière juridique. Et cet embryon de certitude devra, sans l’ombre d’un doute, être renversé perpétuellement, pour alimenter le doux plaisir d’être juriste, avant tout.

PRÉFACE

Que d’audace et d’enthousiasme dans le choix d’un tel sujet ! Se confronter à la difficulté et à la complexité du droit relatif à l’embryon humain relève du défi, surtout lorsque l’on est une jeune publiciste plus habituée aux personnes morales et aux jeux de pouvoirs qu’au droit des « personnes ». Cette grande ambition, Marie Glinel l’a eue et a réussi à la satisfaire par le choix d’une méthode pertinente et maîtrisée. Car tout relève de la méthode. La solution n’est-elle pas souvent apportée par un celui ou celle qui apporte un nouveau regard ?

Le bon départ résidait dans le choix de se départir d’une posture essentialiste ou utilitariste qui consiste à supposer soit qu’un embryon « est » déjà quelque chose ou quelqu’un, soit qu’il est réductible à son régime juridique qui en révélerait la fonction pragmatique. Rien de tout cela, l’embryon est ici pris comme un objet externe au droit, qui, en pratique, n’a reçu ni qualification explicite ni définition propre au droit (car la biologie et la médecine ont elles-mêmes leurs définitions, déjà). Et pourtant, la doctrine, et généralement la « dogmatique » (au sens de discours sur le droit), a beaucoup glosé et affirmé sur ce point. Décaper tout cela nécessitait de la clairvoyance et de l’autorité ; ce que la triple formation juridique, théorique et philosophique de l’auteur a permis.

Là encore la méthode a aidé. Le mémoire parvient en effet à faire clairement la part des choses quant à ce qu’est une définition en droit, quant aux lacunes du droit interne sur ce point en dépit de nombreux éléments de droit positif. On y lira, avec beaucoup de subtilité, la manière dont chaque acteur évite la question de la définition et selon quelles motivations ou échappatoires il le fait. Mais aussi les conséquences de ces stratégies. Ce mémoire montre bien que l’étude du droit ne révèle pas un traitement uniforme de ce que les biologistes appellent embryon ; et pas seulement en distinguant l’embryon *in vitro* et l’embryon *in utero* (choix qui ne fait déjà pas l’unanimité). Il montre ce que l’auteur appelle « la création d’un « régime juridique éclaté » et « polarisé » déterminé par des finalités distinctes (mais qui ne sont pas seulement politiques ou pratiques mais aussi formelles et normatives).

En bonne chercheuse, l’auteur analyse non pas seulement le résultat des raisonnements menés par les différents juges et interprètes mais plus encore l’influence qu’exerce le cadre contentieux (la saisine, les méthodes, le moment...) sur cet aboutissement. Ce qui codétermine un raisonnement juridique au plan pratique est aussi source de compréhension au plan de la science du droit.

Car la surprise vient de ce que c’est finalement l’acteur que peu de gens attendaient qui s’est emparé du rôle de « créateur » de l’embryon en droit (celui qui définit n’est-il pas le créateur ?). Pourquoi est-ce le juge de l’Union, le moins porté vers la protection des droits et libertés, le moins ouvert aux lectures axiologiques, le plus standardisant et le plus préoccupé de nourrir des notions autonomes et fonctionnelles, qui a finalement posé la seule définition juridique existant à ce jour ? Voilà ce qu’explique fort bien ce travail.

Après avoir épousé tour à tour les regards des acteurs du droit interne et compris leurs désistements, Marie Glinel endosse la robe des juges de Luxembourg pour comprendre et expliquer leurs choix ; ce qu’elle nomme « la dialectique procédurale entre transposition et interprétation comme processus de précision d’une définition juridique ». Il en ressort une lumineuse analyse de l’optique particulière du droit de l’Union, de sa stratégie et de ses méthodes. Le droit de la propriété intellectuelle sera finalement celui qui a conduit le droit à donner une définition de ce qu’il faut entendre par embryon. Nul doute que ce berceau d’origine conditionne et présidera à son avenir. Il y a là quelque originalité qui n’a pas été perçue par la doctrine, toute occupée soit à comparer cette définition avec son idée propre de ce qu’il eut été nécessaire de faire, soit à dénoncer l’existence d’une telle approche, soit encore à regretter ses effets sur la recherche médicale. A tout le mois, cela permet d’envisager le traitement réservé aux entités qui entrent dans la définition de cet « alter embryon » selon le concept de l’auteur. Le passage par les méthodes du juge de l’Union a ainsi permis de dégager toute la complexité de la (ou des) définition(s) finalement retenue(s) au grès des deux grandes décisions *Brüstle* et *International stemcells corporation* et qui font dépendre l’embryon de la capacité à devenir et de la « découverte ». La Cour y juge que tout ovule humain doit, dès le stade de sa fécondation, être considéré comme un « embryon humain » dès lors que cette fécondation est de nature à déclencher le processus de développement d’un être humain, mais qu’il appartient au juge national de déterminer, à la lumière des développements de la science, si les cellules-souches sont de nature à déclencher ce processus de développement d’un être humain.

A l’issue de ce mémoire, le lecteur aura une information cohérente et sans faux semblant quant au droit applicable, mais plus encore des clefs de compréhension des causes de cette situation autant que de ses implications. Il tiendra en outre, par l’exemple, la preuve de ce qu’une méthode critique de l’objet peut produire ; une méthode qui s’entoure de toutes les précautions nécessaires quand on étudie des discours prescriptifs environnés de commentaires aux ambitions diverses et peu rigoureuses.

Le directeur de ce beau et très prometteur travail a donc été très heureux que l’IFR « mutation des normes juridiques » (qu’il a d’ailleurs également dirigé en son temps) prenne l’initiative de mettre ce travail à disposition du plus grand nombre en ligne. Il servira, espérons-le, de guide à beaucoup de ceux qui se perdent dans les méandres du début de la vie...

Pr Xavier Bioy - Le 4 janvier 2018

SOMMAIRE

PARTIE 1 - L'INTROUVABLE DEFINITION JURIDIQUE DE L'EMBRYON EN DROIT INTERNE

TITRE 1 – L'APPROCHE DOGMATIQUE : L'AMBITION DEÇUE D'UNE DEFINITION JURIDIQUE DE L'EMBRYON

Section 1 : L'observation du recours à la définition juridique

Par. 1 – L'exposition des caractéristiques attendues de la définition juridique

- A. La forme usuelle de la définition
- B. La forme spécifique et stipulative de la définition juridique
- C. La situation de la définition juridique

Par. 2 – L'application des critères de la définition à l'embryon en droit positif

- A. Repérer la délimitation et la création du concept « embryon »
- B. L'impossibilité de repérer une définition stipulation de l'embryon en droit positif

Section 2 : Evaluer l'absence de définition juridique de l'embryon en droit interne

Par. 1 – Relever et interpréter les « imprécisions, contradictions, lacunes » du droit positif

- A. Les manifestations de l'absence de définition juridique de l'embryon
- B. Les raisons de l'absence de définition juridique de l'embryon

Par. 2 – *Préconiser des solutions visant à remédier aux lacunes du droit positif*

- A. Les critères de la qualité de la loi au soutien de la précision des notions
- B. Provoquer la création d'une définition jurisprudentielle de l'embryon

TITRE 2 - APPROCHE POSITIVE : L'INCLASSABLE CONCEPTION DE L'EMBRYON EN DROIT FRANÇAIS

Section 1 : Approche légistique, la création d'un « régime juridique éclaté » et polarisé

Par. 1 – La polarisation positive du régime juridique de l'embryon

- A. Le régime juridique de l'embryon en droit pénal : un embryon évalué
- B. Le régime juridique de l'embryon en droit civil : un embryon estimé par périphrase

Par. 2 – La polarisation négative du régime juridique de l'embryon

- A. Le régime juridique de l'embryon en droit de la santé : un embryon situé
- B. Le régime juridique de l'embryon en propriété intellectuelle : un embryon observé

Section 2 : Approche contentieuse, la distribution du pouvoir d'interprétation

Par. 1 – De l'autolimitation de principe à l'audace mesurée du Conseil constitutionnel

- A. L'autolimitation de principe du contrôle formel du Conseil constitutionnel
- B. Le pouvoir de création mesuré du contrôle matériel du Conseil constitutionnel

Par. 2 – L'activité du contentieux administratif relatif à la recherche sur embryon

- A. Le traitement rigoureux des intérêts contradictoires
- B. L'émergence d'un authentique droit administratif de la recherche sur embryon

**PARTIE 2 – L’IMPROBABLE DEFINITION JURIDIQUE DE L’EMBRYON EN DROIT DE
L’UNION EUROPEENNE**

**TITRE 1 : GENEALOGIE PROCEDURALE ET INSTITUTIONNELLE DE LA
DEFINITION : ETUDE LA PORTEE DE LA DEFINITION**

Section 1 : La délimitation laborieuse de la compétence de l’Union en matière de brevet : la portée procédurale de la définition limitée à une compétence d’exception

Par. 1 – La délimitation équivoque du domaine d’action de l’Union

- A. Compétence exclusive : appréciation a priori restrictive
- B. Compétence partagée : relativité
- C. Compétence d’appui : le lieu de l’ambiguïté

Par. 2 – La délimitation surprenante de la compétence de l’Union

- A. L’exposition des compétences de l’Union : *compétence d’exception*
- B. Le rôle décisif de la base juridique 100A TFUE relative à l’harmonisation des législations

Section 2 : La difficile adoption de la directive 98/44 : la portée politique de la définition

Par. 1 – L’incidence de la procédure d’adoption de la directive sur la qualité de la définition

- A. L’influence du conflit interinstitutionnel sur la qualité de la norme produite
- B. L’intérêt pour l’embryon humain révélé par l’évolution du processus législatif

Par. 2 – L’incidence de la dialectique procédurale transposition-renvoi préjudiciel sur la portée géographique de la définition juridique de l’embryon

- A. La laborieuse transposition de la directive 98/44 : une directive *reconvertie en quasi règlement*
- B. Le recours au renvoi préjudiciel : une demande de précision de la directive

**TITRE 2 – GENEALOGIE MATERIELLE : L’ETUDE DE L’ORIGINALITE DE LA
DEFINITION DE LA COUR DE JUSTICE**

Section 1 : La justification prétorienne d’une définition juridique autonome de l’embryon

Par. 1 – La signification de l’expression « définition propre et autonome » : l’accroissement des compétences de l’Union

- A. Le sens de l’expression « définition propre et autonome »
- B. L’implication de ‘autonome de la définition dans l’architecture juridique de l’Union

Par. 2 – Les signes de l’autonomie de la définition juridique de l’embryon

- A. Les traces d’une définition juridique autonome de l’embryon
- B. Le recours à l’homonymie : entre autonomisation de sens et autonomie de notion

Section 2 : La conception prétorienne de la définition juridique de l’embryon

Par. 1 – Le mouvement extensif de la définition : le refus catégorique du critère fonctionnel, la reconnaissance de « l’alter-embryon »

- A. Le critère originel subsidiaire : la place secondaire de la fécondation de l’ovule
- B. Le critère finaliste principal : développement d’un être humain quel qu’en soit le moyen

Par. 2 – Le mouvement restrictif de la définition : l’exclusion du parthénote

- A. L’apport de l’affaire *Stem Cells* à la définition de l’embryon
Le renversement du critère originel et la réorientation du critère finaliste
- B. Les effets de la définition juridique combinée de l’embryon humain

INTRODUCTION

« Mais le péché contre l’esprit, en l’espèce refuser aux embryons humains le droit au respect de la dignité humaine, n’est-il pas plus grave que le péché contre la chair ? Car, de fil en aiguille, c’est la dignité de chacun, quel que soit son âge, qui est remise en question, puisque nous avons tous été des embryons. Il faudrait se souvenir que le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en l’homme la personne juridique ».¹

Hannah Arendt

« Le législateur s’était donc situé sur le plan du devoir-être à l’égard de l’embryon, et non de son être ».²

Jean-François Mattei

Loin d’être une évidence, la genèse génétique de l’humanité se trouve indéfinie. Déterminée, qualifiée, située, saisie mais indéfinie. La « porte d’entrée dans le génome humain »³ que représente l’embryon en droit français reste un terrain vague d’idées, sans mur. Le droit s’en saisit différemment selon les Etats, la science s’en saisit patiemment selon son état. Le pont entre la réalité scientifique et son abstraction juridique est-il possible en matière d’embryon ?

Cette introduction se fixe comme objectif de traduire en mots *l’intuition* qui a mené à cette réflexion sur la définition juridique de l’embryon humain. Car l’embryon est un objet biologique, il conviendra de démystifier les éléments qui permettent d’en saisir la complexité et les conditions de sa *translation juridique*. Car il est souhaité – avant toute étude – d’éclaircir les raisons de l’absence d’une définition juridique en droit interne, il conviendra de tirer quelques éléments de comparaison avec le droit communautaire, alors pourvu d’une telle définition juridique.

Pour ce faire, il conviendra d’entreprendre la construction de l’objet de recherche (I), pour ensuite introduire et développer quelques éléments de l’idée soutenue au cours de cette étude (II), avant de détailler les éléments méthodologiques retenus pour mener cette entreprise (III).

¹ H. Arendt, *Le système totalitaire*, Les origines du totalitarisme, Ed. Seuil, *Essais*, 2005.

² J.-F. Mattei, Audition des affaires familiales, Assemblée nationale, *Révision des lois bioéthiques*, 2004.

³ X. Bioy, *L’usage de la notion d’humanité en droit français*, 20 ans de lois de bioéthique, MA Ed., *Droit et société*, 2016.

I. CONSTRUIRE L’OBJET

A – Approcher l’objet

1. **D’emblée, la nature de l’objet envisagé pose souci.** A ce stade de la réflexion, l’objet n’est pas encore construit. Intuitivement, l’embryon est du ressort des sciences biologiques, expérimentales. Ainsi, lui est naturellement assigné le poids de la récurrence, de la loi naturelle, de l’objectivité, de la prévision. Le scientifique prend cet objet comme acquis et cherche à en expliquer les causes de survenance et les conséquences de sa survie. En résumé, l’embryon est naturellement l’objet d’une science qui cherche à *expliquer* ses manifestations, plutôt que l’objet d’une science qui cherche à *comprendre* ses implications. Nul ne peut nier cette réalité biologique à l’embryon qui le classe ainsi parmi les objets appréhendables en premier lieu par les sciences expérimentales, inspirées des théories mécanistes, relevant les relations de cause et de conséquences d’un objet. Le positiviste n’observe qu’un donné. Ainsi il exclut – de manière abrégée – de son champ d’étude tout objet impliquant un semblant de relativisme. Exclure le relativisme a du sens en ce que cet état est antithétique à la récurrence, la prédiction. D’un côté le relativisme place le sujet dans une situation active et constructrice vis-à-vis de l’objet en dépassant la relation causale pour privilégier l’étude de la raison en action et envisager la réalité mouvante de certains objets. De l’autre côté la récurrence ou la prédiction placent le sujet dans une position d’observation des relations causales, privilégiant ainsi une approche mécanique de son observation. Si le positivisme correspond davantage à la seconde hypothèse, le criticisme est le cadre théorique se rapprochant du premier.

1 – Dépasser le positivisme

2. Or, cette position [positiviste] n’est pas tenable pour le juriste souhaitant appréhender l’embryon en droit. Si l’embryon humain reste un objet avant tout biologique, il n’en reste pas moins que ses relations avec le droit ne se limitent pas à une simple observation empirique de ses effets et une description passive des états de son évolution. Le rôle du juriste est de transformer en objets et sujets de droit, par une opération de translation, les objets et sujets de fait. Ainsi, le regard que porte le juriste sur un objet dépasse déjà le stade de l’observation car il inclut une double dimension rationnelle : d’abord celle de *nommer et classer* l’objet dans des catégories juridiques qu’il aura préétablies ; ensuite celle de *donner du sens* à cette observation en l’incluant dans une démarche rationnelle qui lui est propre. Ce sont deux opérations nécessitant de faire des choix entre plusieurs options : nommer consiste à faire le choix d’un mot dont l’acte de signification revient au sujet ; classer consiste à établir des catégories juridiques relatives à un contexte social ou culturel⁴ ; donner du sens à son objet revient à

⁴ Jacques Commailles, *A quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio Essais, 2015.

révéler les raisons ayant présidé à sa rencontre et à sa construction. Kant envisage⁵ : la *faculté des intuitions* (faculté d’observation de l’objet) ; la *faculté des concepts* (faculté de classer l’objet dans des catégories rationnelles) et la *faculté de raison* (faculté donnant du sens à l’observation). Les deux premières facultés sont insuffisantes, c’est la faculté de raison qui donne à la pensée rationnelle toute son épaisseur et sa singularité. Celle qui distingue l’attitude positiviste de l’attitude criticiste. Celle qui place l’intention du sujet au centre de l’étude. Cette dernière faculté est celle qui révèle le travail propre du sujet, et celle qui qualifie expressément *l’attitude criticiste*.

2 – Adopter le criticisme

3. Adopter le criticisme procède de la volonté de « dire non »⁶ à ce qui est donné, de refuser la « clarté de l’objet » au sens de Ricoeur. Refuser la manifestation première de l’objet consiste à en faire un objet de pensée, de raison pourvue de qualités rationnelles à partir desquelles le sujet peut développer une signification. La production de ce sens revient donc à une opération critique du sujet et de prise de distance d’avec l’objet. Cette opération critique est, selon Kant, divisée en deux sous-opérations : la *critique interne* consiste en la recherche de ce que le sujet est en mesure de savoir sur son objet (dimension gnoséologique) ; la *critique externe* consiste en l’étude du contexte qui a forgé *l’intentionnalité du sujet* de se porter sur cet objet (dimension généalogique).

3 – Déterminer l’identité du sujet

4. La nature de l’objet ne peut être développée sans avoir déterminé l’identité du sujet qui se porte sur lui. Deux types de sujets peuvent être classiquement envisagés. D’abord le sujet peut être le chercheur qui porte son attention sur une opération elle-même rationnelle qui peut être le fruit d’un second sujet (le législateur, le juge) dont l’objet est le droit positif (objet sur lequel ce second sujet a pris du recul). C’est une démarche de type *épistémologique*. Ensuite le sujet peut être constitué des acteurs primaires de la production du droit (le législateur, le juge) dont l’objet direct est le droit positif. C’est une démarche de type *dogmatique*. Entre les deux, la différence tient au contenu de l’objet. Le discours épistémologique prend comme objet le savoir portant sur le droit positif ; le discours dogmatique prend quant à lui comme objet le savoir portant sur le droit positif *et* le droit positif à titre principal. Selon Christian Atias⁷, l’épistémologie est « *l’observatoire du savoir juridique* » dont la transmission, la formation et la modification du droit constitue l’objet. C’est également l’interrogation critique du « pourquoi » et du « comment » de la production du droit. C’est, en somme, un degré supérieur de recul critique vis-à-vis de l’objet. Il convient donc d’être très vigilant quant au degré de

⁵ E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, Ed. GF Flammarion, trad. Alain Renault, 2000. Voir également l’ouvrage de Léo Freuler, *Kant et la métaphysique spéculative*, Ed. Vrin, 1992.

⁶ Au sens de Gaston Bachelard.

⁷ C. Atias, *L’épistémologie juridique*, Ed. Dalloz, *Coll. Précis*, 2002.

discours envisagé. Les deux démarches seront retenues dans l’étude, et seront signalées, pour parvenir à une étude complète des différents enjeux posés par l’embryon en droit dont le prisme d’appréhension est précisément la « définition juridique ».

B – Construire l’objet⁸

5. **Observer.** La phase d’observation est préalable à toute opération de l’esprit. C’est la phase par laquelle le sujet entre en contact avec son objet. Selon le très bel article de Louis de Jaucourt dans l’Encyclopédie en 1751⁹, l’observation est :

« L’attention de l’âme tournée vers les objets qu’offre la nature. [...] Ainsi, l’on doit comprendre sous le nom générique d’observation l’examen de tous les effets naturels, non-seulement de ceux qui se présentent d’abord, & sans intermède à la vue ; **mais encore de ceux qu’on ne pourroit découvrir sans la main de l’ouvrier.** »

1 – Nommer

6. A ce stade, trois éléments sont à noter, et tournent autour de la convention sémantique qui consiste à donner du sens à l’acte de nommer le réel.

7. Tout d’abord, l’objet est rapporté au sujet sous forme de langage. En sciences sociales, le sujet saisit l’objet par le nom qu’il lui donne. Nom qui procède d’une convention sémantique consensuelle, héritée d’une précompréhension du sujet l’incluant dans une relation d’intersubjectivité avec ses semblables. Si nommer est un acte subjectif, toute dérive relativiste (menant à l’incompréhension) est cependant limitée par la précompréhension du sujet qui nomme dans un certain cadre, afin d’être compris.

8. Ensuite, le nom donné relate une réalité observée. En l’occurrence, le nom donné à l’embryon relate une réalité biologique, et cette réalité est inscrite en droit. En vérité, l’embryon acquiert en droit une réalité, dès lors qu’il est lié à un ancrage juridique, notamment : le *régime* (protection, atteinte, respect), la *qualification* et la *définition*. C’est bien la force de l’acte de volonté de le nommer et le classer comme tel qui lui confère cette juridicité.

9. Enfin, l’embryon se donne sous la forme d’une juridicisation de deux ordres : des récurrences législatives dans cinq corpus : code civil, code de la santé publique, code pénal, code de la propriété intellectuelle, directives de l’Union européenne. Il se donne également sous la forme d’objet de jugements dans la jurisprudence constitutionnelle, pénale, administrative, communautaire. Ces manifestations offrent une vision des implications juridiques de l’embryon. Ces formes de juridicisation sont rapportées au régime de l’embryon mais jamais à sa définition juridique. C’est précisément cette lacune qui intéresse la présente étude.

⁸ Réflexions inspirées par le cours de « *Science administrative* » dispensé par le professeur Bioy, UT1 Capitole, 2015-16.

⁹ Louis de Jaucourt, « Observation », L’Encyclopédie, 1^{ère} édition, 1765, Tome 11, p. 313-321.

2 - Classifier¹⁰

10. Classifier revient à créer les conditions de la translation entre fait et droit. C’est la structure qui permet par la suite de classer les manifestations de l’objet. La classification se fait par flux et reflux, c’est-à-dire par inclusion et comparaison. La classification revêt ainsi un mouvement de la pensée qui oppose, complète, compare. C’est ainsi que le droit civil oppose les personnes et les choses ; que le droit administratif complète le critère organique notamment par le critère matériel ; que le droit constitutionnel concède l’atteinte à un droit par l’exercice d’une liberté qui le nécessite ; que le droit de la propriété intellectuelle oppose invention et découverte.

3 – Classer

11. Classer revient à ranger les objets dans les classifications préétablies. Ce qui nécessite de faire correspondre une réalité observée à une classification rationnellement pensée et constituée par le sujet. En l’occurrence, l’embryon est l’objet d’une querelle classificatoire en droit civil entre personne et chose. C’est actuellement pratiquement le seul cadre à partir duquel le droit tente de classer l’embryon humain, sans y parvenir réellement comme ce sera étudié. Cette translation du fait au droit nécessite d’éclaircir un minimum les caractères de l’objet, ce qui peut être apparenté à une définition juridique.

12. **Concept et notion.** Selon le professeur Bioy¹¹, la notion juridique est « *un terme à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l’implication d’un certain nombre d’effets de droit réguliers* » et le concept juridique est « *une construction qui accompagne, encadre le fonctionnement des notions* ». L’embryon aurait un effet juridique s’il pouvait être englobé par un concept, une catégorie juridique. Cependant, tout l’enjeu consisterait à autonomiser la notion d’embryon pour la traduire en concept juridique, déconnecté de ses caractères scientifiques.

13. **Intérêt.** L’embryon humain est *inclassé*, peut-être parce qu’il est inclassable. En tout état de cause, il convient à ce stade de la réflexion d’affiner l’identité de l’objet. L’embryon est saisi sans être défini, ce qui cause par conséquent une faille dans sa réalité juridique : il dispose sans équivoque d’un régime, mais ce dernier est équivoque en ce sens qu’il n’est pas complété par une définition claire de son contenu. En effet, la recherche sur embryon appelle une interrogation quant à sa définition « *Qui s’interroge sur la brevetabilité des cellules souches embryonnaires bute immédiatement sur l’éternelle et diabolique question de la définition de l’embryon et de la mise en œuvre du droit au respect de l’être humain impliqué par cette qualification, du moins en droit français* »¹².

¹⁰ P. Tort, *La Raison classificatoire. Quinze études*, Paris Aubier, 1985.

¹¹ X. Bioy, *Notions et concepts en droit, interrogations sur l’intérêt d’une distinction*, in Les notions juridiques, sous la dir. de G. Tusseau, Ed. Economica, *Coll. Etudes juridiques*, 2009, p. 21 à 53.

¹² Ch. Noiville et L. Brunet, *Brevetabilité des cellules souches embryonnaires humaines : quand la réalité technico-économique est rattrapée (non sans ambiguïtés) par l’éthique*, Lextenso, *Revue des contrats*, n° 2, p. 593.

C – Interroger l’objet

14. Pourquoi rechercher la définition de l’embryon ? La question de la définition est indissociable de la question du régime. Ces deux classes sont complémentaires. Ainsi, nul objet ne semble pouvoir échapper à la définition, ni au régime. Or, l’embryon est précisément un objet juridique qui dispose d’un régime sans que ne lui soit attribuée de définition juridique interne. Aussi, cela paraît suffisamment paradoxal pour être développé. D’autant que la seule définition juridique dont nous disposons, applicable dans le droit interne, est la définition jurisprudentielle développée par la Cour de Justice de l’Union européenne lors des affaires *Brüstle*¹³ et *Stem Cells*¹⁴.

1 – La définition biologique de l’embryon humain

15. L’embryon humain a une réalité biologique. Dans son environnement naturel, l’embryon :

- **Origine naturelle** - L’embryon désigne la rencontre – fécondation – entre le gamète mâle (spermatozoïde) et le gamète femelle (ovocyte devenant ovule après fécondation).
- **Evolution naturelle** – Le développement de l’embryon (embryogénèse) suit cette progression :
 - ❖ **Le premier acte : segmentation** (1^{er} à 5^{ème} jour)
 - **Constitution de la morula** : L’embryon à ce stade contient des cellules **blastomères**, dites **totipotentes** car chacune d’elle est capable de devenir un être humain complet (« *toti* »)¹⁵.
 - **Division cellulaire** : L’embryon à ce stade comporte deux types de cellules que sont les **cellules internes non polarisées** (qui constitueront la **masse interne** formant *l’embryoblaste*) et les **cellules périphériques polarisées** (qui constitueront la **surface de l’embryon** formant le *trophoblaste*).
 - ❖ **Le deuxième acte : nidation** (6^{ème} à 10^{ème} jour) : les cellules périphériques trophoblastes impulsent la nidation de la masse embryonnaire interne embryoblaste.
 - ❖ **Le troisième acte : blastulation** (10^{ème} jour) : Constitue le **blastocyste**. A ce stade, l’embryon forme des cellules dites « **pluripotentes** » (capables de se développer en organes spécifiques du corps humain car elles sont plurielles (« *pluri* »)). Elles forment par leur nécessaire réunion un être humain complet. Séparées, elles perdent toute capacité d’entité globale car elles sont différenciées, spécialisées, diversifiées. C’est à ce stade de l’évolution de l’embryon que sont produites les **cellules souches**.
- **Vocation naturelle** – Le stade de **l’embryogénèse** (impulsion des organes nécessaires) précède le stade fœtal de **l’organogénèse** (croissance des organes créés).

¹³ CJUE, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, 18 Octobre 2011, aff. C-34/10.

¹⁴ CJUE, *International Stem Cells Corporation c. Comproller General of Patents*, 18 Décembre 2014, aff. C-364/13.

¹⁵ A ce stade, il peut encore se produire une division de l’embryon en deux embryons (jumeaux).

2 – La définition courante de l’embryon

16. Selon le *Dictionnaire de l’Académie française* l’embryon illustre une forme de vitalisme, de mouvement inhérent au *développement* qu’il incarne : « *Emprunté du grec embruon, neutre substantivé de l’adjectif embruos, ‘qui naît à l’intérieur de’. 1. BIOL. Être résultant du premier développement de l’œuf, dans le règne animal et dans le règne végétal* »¹⁶.

17. Dans le *Dictionnaire de l’Académie de médecine*, la définition de l’embryon met plutôt l’accent sur son mode de constitution, la manière dont il se constitue :

« Produit de la conception par conjugaison de deux gamètes, l’un mâle, l’autre femelle, correspondant à la première période du développement de l’œuf après la fécondation. Chez les mammifères en général (vivipares), la période in utero comporte deux étapes, l’embryogénèse, période durant laquelle la cellule initiale fécondée se multiplie et se différencie en tissus et organes de plus en plus complexes, et l’organogénèse (stade fœtal) durant laquelle, tous les organes étant en place, ils n’ont plus qu’à croître. Chez l’Homme, le passage de l’état d’embryon à l’état de fœtus se situe vers la septième semaine après la conception [...]. G.L. Streeter, (1873-1948) »¹⁷

18. Cette étude lexicographique révèle un premier constat : selon l’auteur qui le définit (le praticien de la santé, ou le praticien du mot), l’embryon révèle une facette de lui différente, sans pour autant que celles-ci soient contradictoires. En somme, le domaine courant révèle sa dynamique, et le domaine médical dévoile sa création. En outre, la dernière définition donnée de l’embryon dans le *Dictionnaire de l’Académie des Sciences* date du XIX^e siècle. Cette remarque révèle un second constat : la définition académique de l’embryon n’a pas évolué depuis, en dépit de deux éléments : l’évolution de la pratique de la recherche sur embryon infléchie par les prises de conscience éthiques et l’encadrement juridique ; l’évolution de la perception de l’embryon infléchie par l’encadrement juridique du recours à l’avortement. Ces deux constats amènent à penser que l’embryon sera le même, quelle que soit l’époque à laquelle on le définit et quelle que soit la discipline qui l’approche.

19. **Quelle est la difficulté si la définition scientifique est si complète ?** L’embryon est un objet biologique, scientifique, sans ambiguïté. Si d’emblée les résultats de la science paraissent inconditionnels et nécessaires car ils répondent à des lois établies¹⁸ ; leur objet ne laisse donc place *a priori* à aucune approximation ni relativisme d’interprétation. Or, saisis par le droit, ces objets biologiques se révèlent *relatifs et contextualisés*, cantonnés à des cultures et des législations. Le droit s’empare de ces objets pour les redéfinir, ce qui révèle le mouvement qui habite les objets biologiques.

¹⁶ Dictionnaire de l’Académie Française, 9^{ème} édition, entrée « embryon ».

¹⁷ Dictionnaire de l’Académie de Médecine, France, édition 2016, entrée « embryon ».

¹⁸ K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Ed. Payot, 2007, Chapitre X : « *On peut dire qu’un énoncé est naturellement ou physiquement nécessaire si et seulement si on peut le déduire d’une fonction propositionnelle satisfaite dans tous les mondes qui ne diffèrent de notre monde* ».

Reste à déterminer si ce mouvement est intrinsèque à la normativité juridique, la normativité scientifique ou la normativité éthique.

3 – Les acceptations de l’embryon retenues dans l’étude

20. **Quelles sont alors les autres acceptations de la notion « embryon » ?** L’embryon décrit plus haut, témoigne de la définition de l’embryon tel qu’il évolue dans son environnement naturel. Ainsi, cette définition n’est valable que dans le monde biologique des faits, et n’a pas besoin d’être mobilisée par le droit qui ne règle que des situations *a priori* plus *sophistiquées*¹⁹ dont la place de l’homme et son empreinte sont prépondérantes.

21. **La diffraction de l’identité de l’embryon.** Les progrès et avancées menés par la science et la technique permettent incidemment une connaissance de plus en plus affinée de l’embryon. Lorsque l’embryon était encore situé dans son environnement naturel – *l’utérus* – et étudié en vue de sa vocation naturelle – *se développer en personne humaine* – sa forme était **continu**. Progressivement la connaissance du vivant a percé davantage de mystères, parvenant ainsi à cartographier et approcher par touches successives la réalité du développement de l’embryon alors décomposé par étapes. Or, cette décomposition en étapes n’est que l’expression d’une commodité scientifique à le comprendre sous une forme **segmentée**. Au surplus, au fur et à mesure du dévoilement de ces étapes, les atteintes à son intégrité semblent justifiées par une temporalité plus ou moins lointaine du terme le rapprochant de la vie humaine. Son identité est scientifiquement *diffRACTÉE* et juridiquement *réfractée*. En effet, la réalité du droit suit la conception que la science implique. Si la trajectoire de cette réalité est droite, l’appréhension juridique de cette trajectoire se voit infléchie par le prisme scientifique médiatisant son rapport à l’embryon.

a – La mobilisation de l’embryon : le don de l’embryon surnuméraire à la recherche

22. Premièrement, ces situations *sophistiquées* où, en droit, l’embryon est « mobilisé » relèvent de deux catégories : l’interruption volontaire de grossesse et la procréation médicalement assistée. Ces deux principales situations juridiques régissant l’embryon donnent lieu à deux corpus juridiques distincts. Ce qui distingue ces deux corpus est la *finalité et la fonction* que chacun poursuit. Subséquemment, l’acceptation de l’embryon qui en ressort est fonctionnellement différente, sans que sa nature ne soit différente en elle-même.

23. Il ressort de cette distinction que face à l’embryon sont mobilisés deux types d’intérêts ou libertés : la libre disposition de son propre corps reconnu à la femme d’un côté et le projet parental reconnu aux parents dans le Code de la santé publique de l’autre.

24. La mobilisation de l’embryon dans le cadre de la PMA connaît deux degrés. Dans un premier temps l’embryon est créé aux fins de procréation artificielle en vertu du projet parental. Une fois cette

¹⁹ Sont visées par les situations *sophistiquées* que règle le droit les situations émanant de l’action sociale.

finalité épuisée, le projet parental peut être renouvelé. A défaut, les parents du premier projet parental ont le choix entre : faire accueillir leur embryon par d’autres parents poursuivant un deuxième degré de projet parental, détruire l’embryon ou en faire don à la recherche. **Sur le premier plan de la « mobilisation » de l’embryon dans le corpus juridique, c’est précisément l’instant du don de l’embryon surnuméraire à la recherche qui intéresse cette étude.**

b – La situation de l’embryon : le traitement différencié de l’embryon in vitro

25. Deuxièmement, il existe deux situations différentes de l’embryon recoupant partiellement deux corpus juridiques. La situation de l’embryon – *vis-à-vis de son environnement* – donne lieu à une qualification différente. L’embryon *in utero* est l’embryon situé dans son environnement naturel et l’embryon *in vitro* est l’embryon situé dans un environnement artificiel. Il peut être raisonnablement déduit que la définition développée (§15) concerne exclusivement celle de l’embryon *in utero* développé naturellement. Or, étonnement, la nature de l’embryon *in vitro* ne diffère pas substantiellement de celle de l’embryon *in utero*. En effet, seule l’implantation fait défaut au premier quand elle caractérise la survie du second. Les premiers stades sont identiques (fécondation, segmentation, division, différenciation, blastulation). **Sur le deuxième plan de la situation de l’embryon dans son environnement, c’est précisément le fait que sa nature soit indifférente à sa situation mais que sa fonction soit déterminante qui intéresse cette étude.**

c – Le développement de l’embryon : la capacité de l’embryon à se développer

26. Troisièmement, l’embryon humain est un organisme complet dont le premier stade de développement produit des cellules totipotentes (capables de se développer en être complet) et dont le second stade produit des cellules pluripotentes (capables de se développer en organes distincts). Cette distinction prend tout son sens à l’occasion du prélèvement des cellules souches à destination de la recherche. Ce prélèvement se fait sur les cellules souches pluripotentes dont la « *capacité à se développer en être humain complet* » n’est pas reconnue, mais dont le « *stade de développement* » est quant à lui plus avancé que les cellules totipotentes qui, elles, disposent de la capacité intrinsèque de se développer. Cette distinction fait naître une interrogation centrale : quel est le critère déterminant de définition de l’embryon ? **Sur le troisième plan du critère de distinction de l’embryon d’un autre organisme, c’est précisément la capacité de se développer en être complet qui intéresse l’étude.**

d – L’émergence de la définition juridique de l’embryon : la directive 98/44

27. Quatrièmement, la question de la définition juridique de l’embryon a été mise en valeur par la Cour de justice de l’Union européenne en 2011 et 2014²⁰, ce qui a renouvelé les interrogations liées à la manière de définir, au sein d’un espace intégré comme l’Union, un objet indéfini par ailleurs. En

²⁰ Voir les deux décisions précitées *Brüstle* et *Stem Cells*.

1998, la directive sur les inventions biotechnologiques²¹ voyait le jour. Cette dernière, au terme d’un long processus de discussions, a abouti à un texte tâchant d’équilibrer les intérêts économiques du marché intérieur, éthiques du vivant, et juridiques de l’harmonisation. Cette directive compte deux articles où est mobilisé l’embryon²², dont quelques éléments de définition sont implicitement offerts. Il revenait donc à la Cour de justice, dans les affaires *Brüstle* de 2011 et *Stem Cells* de 2014 de préciser la définition de l’embryon humain dans le cadre de la protection des inventions. En réalité, elle fait le choix d’une définition positive de l’embryon²³. Elle mobilise, sustentée des conclusions des avocats généraux, une véritable argumentation sur la définition de l’embryon ayant prétention « juridique », « autonome » et « objective » visant « l’harmonisation ». C’est le seul ordre juridique ayant défini juridiquement l’embryon humain. Quand les Etats-membres de l’Union européenne exploitent l’argument de « l’ordre public et les bonnes mœurs », « l’identité constitutionnelle », et plus largement les Etats composant l’Europe « la marge nationale d’appréciation », ils nourrissent le hiatus entre la réalité biologique de l’embryon et sa fiction juridique. Le relativisme induit par ce mutisme peut-il faire émerger une définition ? **Sur le plan de la capacité à donner une définition juridique – de l’embryon humain *in vitro* non implanté – c’est précisément le moment de l’harmonisation des législations et l’apport de la Cour de justice qui intéresse cette étude dans un quatrième temps.**

4 – Le contexte de l’étude et la circonscription de l’objet

28. **Quel est le contexte dans lequel s’inscrit cette étude ?** S’interroger sur l’embryon humain implique une réflexion sur l’humain et la délimitation de « l’enclos de l’humanité »²⁴. La recherche sur le vivant, plus spécifiquement l’humain et plus précisément l’embryon humain *in vitro*, telle qu’elle est appréhendée dans la directive « brevets » de 1998, implique une réflexion sur l’écart entre le produit de la technique humaine et l’émanation de la nature. Entre nature et technique, le vocabulaire employé dès les premières lignes de cette directive dénote d’une ferme volonté d’inscrire dans le dialogue technique, financier et scientifique la brevetabilité des recherches sur le vivant. Si la polarisation permettant hier de délimiter la substance brevetable était le caractère animé ou inanimé de celle-ci, elle mute aujourd’hui en produit de la nature ou produit de la technique humaine²⁵. Ce nouveau référentiel fait passer le critère auto poïétique et organiciste au rang d’antiquité pour lui préférer le critère techniciste.

29. **Circonscrire précisément l’objet.** Les intérêts opposés à l’embryon²⁶ ainsi que sa manifestation juridique sont différents selon qu’il est *in utero* ou *in vitro*. Ainsi, ce n’est pas la nature

²¹ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 *relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, 6 Juillet 1998. Elle sera plus tard dénommée « directive brevet ».

²² Directive 98/44, articles 5 et 6.

²³ S. Hennette Vauchez, *L’embryon de l’Union*, Dalloz, RTD Euro, 2012, p. 355.

²⁴ P. Sloterdijk, *Règles pour le parc humain*, Mille et une nuits, 2010.

²⁵ C. Oliva, *Breveter l’humain ?*, Ed. L’Harmattan, Bibliothèques de droit, 2006.

²⁶ Les intérêts opposés à l’embryon humain correspondent à ce qu’il est convenu d’entendre par intérêt mis en balance avec l’embryon en cas de difficulté, de conflit juridictionnel.

de l’embryon qui est différente, c’est bien la fonction qu’il a. C’est précisément pour cette raison qu’une seule acception a été retenue : l’embryon *in vitro*. Tout d’abord parce que l’intérêt opposé à l’embryon *in vitro* se révèle être plus ambigu, partagé entre la liberté de la recherche, la liberté d’entreprendre et la liberté du projet parental. Ensuite parce que l’embryon *in vitro* se manifeste en droit interne dans trois corpus (droit de la santé, droit pénal, droit de la propriété intellectuelle) dont l’articulation se révèle plus complexe. Enfin et surtout, parce que la seule définition juridique recensée provient du droit de l’Union qui ne l’aborde que sous l’angle *in vitro*, plus spécifiquement, sous l’angle de la propriété industrielle. Par conséquent, le droit de la Convention européenne ne sera pas abordé car il traite seulement l’interruption volontaire de grossesse²⁷.

30. **Pour son statut ou pour la recherche, que vise la définition ?** La définition de l’embryon vise le but essentiel de définir et circonscrire à la fois l’élément sur lequel repose une liberté (liberté de recherche scientifique) et la sanction pénale et le statut de « *l’avant-garde de l’humanité* »²⁸. En réalité, l’embryon est entendu sous diverses acceptions pour lesquelles aucune hiérarchie ne semble être consacrée. Face à ce relativisme, il convient d’ordonner et équilibrer, discriminer et opérer des choix. Ainsi, la recherche d’une définition effective de l’embryon ne vise que la **détermination des critères de reconnaissance d’un objet** inclus dans le droit. Elle doit produire un effet de droit. Cet effet de droit doit emporter à la fois une circonscription claire du champ d’application de la recherche sur embryon (de la recherche autorisée à la pratique du clonage thérapeutique interdite) ; la délimitation de son statut (sans encore parler de statut intégral) et la sécurité juridique attachée à la clarté de la notion mobilisée.

II. L’IDEE SOUTENUE

31. L’idée soutenue dans cette étude prend la forme d’une dialectique. La définition juridique de l’embryon fait défaut dans la plupart des ordres juridiques internes. L’intérêt d’une définition juridique suffit à rendre compte de son enjeu. En effet, sa dimension performative (donner le sens d’une notion et lui conférer une force normative) entraîne trois effets juridiques : premièrement normer le réel en fournissant les critères de sa reconnaissance arrête – *sauf révolution juridique de sa signification* – un certain état de la réalité telle qu’elle est appréhendée par le droit et donc appliquée dans la société ; deuxièmement elle participe à la qualité du droit en proposant une clarification des concepts employés. La définition juridique emporte donc une empreinte décisive dans le monde. Elle offre une vue sur la manière dont les objets sont saisis par le droit ; troisièmement la définition participe à la satisfaction de la sécurité juridique. En effet « *nul n’est censé ignorer la loi* » ne peut être valable que si la loi, elle-même, est accessible, claire et compréhensible.

²⁷ Une seule situation fait figure d’exception : l’affaire *Parillo c. Italie*, 2015 concernant les embryons cryoconservés.

²⁸ Selon l’expression du Pr. Xavier Bioy.

A. Le constat

Il existe une définition de l’embryon uniquement en droit de l’Union

32. Il existe une seule définition juridique de l’embryon sur l’espace intégré que représente l’Union européenne, parmi les Etats-membres et les institutions européennes : c’est la Cour de justice de l’Union européenne qui l’a fournie en 2011 et l’a complétée en 2014. Cette définition est claire, précise et positive. Elle emporte avec elle une signification précise de ce qu’il est convenu d’entendre de la notion « embryon *in vitro* » en droit des brevets.

33. Il n’existe aucune définition juridique stipulative de l’embryon en droit français. Il existe seulement des indices, épars et implicites de la conception qui est faite de l’embryon en droit interne. Ce qui permet, de manière inductive, de remonter aux critères de détermination de l’embryon en droit. Ce constat explique par le caractère purement fonctionnel des éléments composant les critères de détermination de l’embryon qui n’est seulement défini que par *l’utilité* qui lui est conférée.

B. Le conflit

Or le domaine de la bioéthique n’est pas du ressort de compétence exclusive de l’Union

34. Ce constat fait poindre deux séries d’interrogations, interdépendantes et donc complémentaires dont la résolution sera le cœur de la proposition.

- ❖ **Sur le plan matériel**, pourquoi est-ce le *juge du marché intérieur* qui définit si assurément un objet dont la délimitation est du ressort de la bioéthique, de la santé ?
- ❖ **Sur le plan procédural**, pourquoi est-ce l’Union qui se charge de la définition d’un objet dont le ressort de compétence (la bioéthique) appartient à l’Etat-membre ?

35. Le droit de l’Union prévoit explicitement différents degrés de compétences. Ainsi, existent de manière graduelle : la compétence exclusive, la compétence partagée, la compétence d’appui. La bioéthique (englobant sans ambages et de manière prioritaire la question de l’embryon) est tout au plus une compétence d’appui de l’Union à destination des Etats-membres.

36. Les Etats-membres n’ont pas développé de définition autonome de l’embryon. Or, l’Union européenne, dès l’adoption de la Directive 98/44 relative aux Biotechnologies, cherche à développer une conception de l’embryon « *propre et autonome au droit de l’Union* ». Cette préoccupation ne prend pas pour cause première l’embryon et sa protection mais la protection des brevets d’invention biotechnologique. L’unique recours en annulation ayant eu lieu, à l’initiative des Pays-Bas, a essuyé un rejet. Il portait principalement sur le caractère inapproprié de la disposition ayant servi de base juridique au travail législatif : l’harmonisation des législations.

37. En effet, c’est l’ancien article 189B relatif à la procédure législative ordinaire combiné à l’ancien 110A TFUE relatif à l’harmonisation des législations dans le cadre du marché intérieur qui ont fait émerger l’unique définition juridique de l’embryon sur le territoire de l’Union européenne.

C. L’hypothèse

L’émergence de la définition juridique de l’embryon est due à l’optimisation des compétences de l’Union, combinée à l’objet spécifique de l’embryon que la Cour a pris la liberté de définir.

38. Dès lors, il s’agit de répondre à la question : pourquoi la France n’a pas adopté de définition juridique de l’embryon dans un domaine de compétence où l’Union européenne l’a créée alors qu’elle n’y est pas habilitée *per se* ? **C’est l’écho entre l’absence de définition d’un côté et sa présence de l’autre qui constitue le fil rouge de cette démonstration.**

39. *Sur le plan matériel* l’Union influence progressivement la tradition juridique des Etats-membres. En effet, composée majoritairement d’Etats à tradition romaine, l’Union a cependant adopté quelques usages de la tradition de *Common law*.

40. *Sur le plan formel* l’Union européenne est dotée de procédures qui organisent ses relations avec les Etats-membres ; de principes qui organisent sa primauté ; et d’institutions qui orchestrent son fonctionnement. Ces trois éléments fondent l’efficacité de l’Union européenne sur le terrain de la définition juridique. L’efficacité de l’Union repose sur sa capacité à harmoniser les législations des Etats-membres ou à créer une législation d’unification. En somme, l’étude des normes relatives à l’embryon et l’étude des ressorts procéduraux dont disposent la France et l’Union permettent de dresser une différence essentielle : les procédures sont exploitées de manière optimale par l’Union quand en France la retenue est de mise.

41. Si le « Voile d’Isis »²⁹ dissimule le fil rouge de cette démonstration, alors Orphée représente la retenue du droit interne vis-à-vis de l’audace de la définition et Prométhée représente l’audace du droit vis-à-vis de la définition retenue.

²⁹ Selon l’ouvrage de Pierre Hadot, *Le Voile d’Isis*, Essai sur l’histoire de l’idée de nature, Ed. Gallimard, Essais, 2004.

III. LA METHODE ADOPTEE

42. La méthode est en lien direct avec l’objet, elle lui est conséquente. En ce sens, elle intègre dans ses caractéristiques les éléments distinctifs de son objet sur plusieurs points, permettant une définition progressive et graduée. D’une part, il s’agit de décrire les observations ; d’autre part il s’agit d’expliquer ces manifestations.

A – Sur le plan de l’observation du réel : l’étude lexicographique du droit positif

43. L’observation du réel vise une approche lexicographique des usages et une approche formelle des régimes juridique au service d’une fidélité au réel. L’objet est la définition juridique de l’embryon humain, ce qui implique une recherche active des usages de la notion « embryon » dans le droit positif. C’est donc une démarche lexicographique qui sera entreprise. Rechercher de manière inductive les usages d’un terme permet d’en dégager des récurrences et les classer. Plus précisément, il s’agit de « l’embryon humain *in vitro* non implanté ».

44. Ces contextes renvoient expressément aux différents régimes qui lui sont applicables par analogie et comparaison avec le régime dédié à l’embryon *in vitro* implanté, et l’embryon *in utero*. C’est ainsi que par le biais de l’étude du régime de la notion « embryon », peut être engagée une observation de l’organisation formelle du droit relatif à l’embryon. Si dans cette perspective, le paradigme formel conditionne la compréhension du réel observé, alors il s’agit d’étudier la manière d’écrire le droit relatif à l’embryon dans l’agencement des codes.

B – Sur le plan de l’explication du réel : l’approche herméneutique pour renverser la présomption de rationalité du législateur

45. L’explication du réel vise une approche exégétique et herméneutique et sert le recul critique. Ceci est en soi un paradoxe, car le fait d’étudier la rationalité du législateur ayant conduit à ce type d’agencement ne peut être remis en cause par aucune interprétation, ce qui reviendrait donc à *renverser cette présomption de rationalité*. Or, c’est précisément ce qui est recherché.

46. Il est important dans cette perspective (renverser la présomption de rationalité du législateur) d’adopter à la fois une méthode exégétique et herméneutique. Le droit peut être presque appréhendé comme une science exégétique en ce sens qu’il est un discours produit par un auteur pourvu d’une intention, et tout le travail du chercheur est de retrouver cette intention. Seulement, la retrouver ne signifie pas l’annihilation de toute forme de recul critique. Ainsi, la méthode herméneutique prend le relais en offrant les outils d’une véritable prise de recul sur l’intention, une mise en perspective des intentions et des réalisations, ainsi que des réceptions du discours et ses effets.

47. **De la critique du réel.** L’observation des sources juridiques révèle une absence de définition dans le droit interne et une présence de cette définition recherchée en droit de l’Union. Dans un domaine où la compétence de l’Union n’est pas *a priori* exclusive, où par conséquent la marge d’appréciation laissée aux Etats-membres est censé donner lieu à une prise de position interne, il n’est pas attendu que la seule définition appartienne à l’ordre intégrateur. Ainsi, l’objet porte très précisément sur l’écho entre *l’absence* de la définition juridique de l’embryon dans un ordre juridique intégré et sa *présence* dans un ordre juridique intégrateur. Cet angle de vue permet d’aborder les rapports de systèmes entre ordre intégré et ordre intégrateur, par le biais des procédures qui organisent leurs relations. Il convient à présent de démontrer pour quelles raisons le droit interne ne fournit pas de définition juridique de l’embryon, laissant par conséquent la voie libre à une définition communautaire, puissante et maîtrisée d’un objet dont la nature n’est pas *a priori* du ressort de compétence exclusive de l’Union.

48. Pour mener cette réflexion, il conviendra d’étudier les raisons de l’absence d’une définition juridique de l’embryon en droit interne à travers un mouvement déductif d’application de critères définitionnels au droit positif et un mouvement inductif de remontée du droit vers l’émergence de critères de reconnaissance de l’embryon (**Partie I**). Ensuite, ayant constaté l’existence seulement partielle et fonctionnelle de critères de reconnaissance de l’embryon en droit interne, il conviendra d’étudier l’apport original de la définition produite par la Cour de Justice de l’Union et les raisons à la fois procédurales et institutionnelles qui permettent au droit communautaire de produire une telle définition, alors que les matières dont traite la Cour de justice et les compétences exclusives de l’Union ne traitent pas de l’embryon comme *objet naturel* de son analyse juridique habituelle (**Partie II**).

PREMIERE PARTIE

L’INTROUVABLE DEFINITION JURIDIQUE DE L’EMBRYON EN DROIT INTERNE

49. L’observation des sources dogmatiques et positives en droit interne français révèle *a priori* l’absence de définition juridique *explicite* de l’embryon. Or, l’embryon est bel et bien présent en droit positif interne. Il se manifeste sous la forme d’une dénomination « embryon » ; souvent qualifié d’humain ; parfois situé *in vitro* ou *in utero* ; systématiquement rattaché à un élément permettant de situer son régime ; jamais défini. Si cette définition fait défaut de manière explicite, il est possible d’entreprendre sa recherche pour en dégager une présence *implicite*. C’est donc la dialectique entre une approche déductive – à partir de critères préalables – et inductive – à partir du régime juridique – qui sera étudiée.

50. Pour ce faire, doivent être dégagées les conditions d’émergence d’une définition juridique au sens théorique et dogmatique du terme (Titre 1^{er}). Cependant, l’application des critères de la définition aux éléments de qualification et de régime de l’embryon ne permettent pas de conclure à l’existence, *a minima*, d’une définition implicite de l’embryon en droit interne. Cette ambition déçue peut néanmoins être poursuivie par une recherche secondaire de la place de l’embryon en droit positif, telle que développée de manière légistique et contentieuse (Titre 2nd).

51. Les deux pans de cette étude révèlent en vérité une partie des éléments permettant d’expliquer l’absence de définition claire de l’embryon en droit interne : d’une part la puissance du législateur et le thème de la bioéthique vont de pair avec une influence croissante du politique dans le processus de décision rendant ainsi relatives et précaires les décisions (incluant la définition juridique par exemple) ; d’autre part la marge d’appréciation laissée par l’Union européenne et la Cour européenne des droits de l’homme en matière de définition de l’embryon³⁰ ainsi que l’absence de compétence exclusive de l’Union en matière biomédicale devraient donner l’occasion aux droits internes de s’exprimer. Or, malgré la conjugaison de ces deux phénomènes, règne l’absence de définition.

³⁰ Marge d’appréciation expressément laissée par la Cour de justice de l’Union dans l’affaire *Brüstle* de 2011 et par la CEDH dans l’affaire *Vo c. France* en 2004.

TITRE PREMIER

L’APPROCHE DOGMATIQUE

L’AMBITION DEÇUE D’UNE DÉFINITION JURIDIQUE DE L’EMBRYON

52. L’approche dogmatique désigne l’interprétation et la systématisation du droit positif, comme cela fut spécifié lors de l’introduction. Ainsi le rappelle le Pr. Véronique Champeil-Desplats, l’activité dogmatique se décline en trois moments : l’observation, l’interprétation et la systématisation³¹. Ce à quoi elle ajoute : « *Les résultats attendus de la dogmatique sont une présentation du droit comme système unitaire, complet et cohérent, des classifications et catégorisations créées selon des critères logiques, la formulation de concepts et de principes qui rendent compte de la totalité de l’ordre juridique étudié* »³².

53. **L’approche dogmatique commande, dès lors, l’adoption d’un type de pensée déductif** : poser des critères *a priori* et les repérer dans les faits. Cette approche s’avère exigeante puisqu’elle ne permet pas de conclure à une définition juridique de l’embryon. Une approche déductive donne lieu à une solution vraie ou fautive, elle produit les conditions de la certitude.

54. Le but de ce titre est de parvenir, par le biais d’une approche dogmatique à observer, interpréter et évaluer l’absence de définition juridique de l’embryon en droit interne. Il convient avant toute chose de poser les critères de reconnaissance d’une définition juridique. Ce n’est qu’à cette condition qu’il sera possible de conclure à l’absence de définition juridique de l’embryon. Cette phase d’exposition des critères de la définition juridique liée à la phase d’observation de l’absence d’une telle définition (Section 1^{ère}) est complémentaire à la phase d’interprétation et de solutions préconisées dans le cadre d’une approche dogmatique (Section 2^{nde}).

³¹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Coll. *Méthodes du droit*, 2^e édition, 2016, p. 78.

³² *Ibid.*, p. 87.

Chapitre 1 : L’observation du recours à la définition juridique

55. **L’étude du recours à la définition vise un but précis.** En fonction de l’habitude du législateur à définir les concepts et notions qu’il emploie, il est possible d’évaluer son intention lorsqu’il n’y recourt pas dans le cas précis de l’embryon. En outre, étudier les *canons* de la définition juridique en amont, permet de conclure objectivement à l’absence ou présence des critères de reconnaissance de l’embryon.

56. **L’observation.** L’observation est divisée en deux phases précises. D’une part il est question de l’exposition des critères théoriques de la définition (Paragraphe 1^{er}). Conformément à une procédure d’observation déductive, l’exposition de tels critères *a priori* est le fondement de toute observation des manifestations de la définition de l’embryon en droit interne (Paragraphe 2nd).

Section 1 – L’exposition des caractéristiques attendues de la définition juridique

57. La définition juridique relève d’un processus dont la méthodologie est particulière, car la discipline qui s’en saisit est dotée de caractéristiques notables : la dimension performative dont le droit enduit les objets dont il se saisit donne à l’étude de ces critères une saveur toute particulière.

§ 1 – La forme usuelle de la définition

58. **Equivalence.** La plus simple des définitions de la définition se résume à un mot : entre le terme défini *definiendum* et le terme définissant *definiens*, doit exister une stricte équivalence. Quelle est cependant la nature de chacun de ces deux termes ? Si le *definiens* est le *definiendum*, le *definiendum* quant à lui ne se résume pas au *definiens*. En réalité, le *definiens* qui est déconstructible, se contente de saisir l’élément nécessaire à la caractérisation et à la délimitation du *definiendum*.

59. Une définition correcte est donc une proposition en relation avec le défini, ce qui se vérifie par son *exclusivité* (elle n’est valable que pour ce défini), sa *substituabilité* (le défini est substituable au définissant et vice-versa), sa *non-circularité* (le définissant ne doit pas recourir au défini pour proposer une définition). La définition vise à fournir les critères de détermination d’un objet³³.

60. **Définir revient à poser les limites d’un objet.** Circonscrire les éléments qui permettent de reconnaître l’objet parmi d’autres est équivalent à l’acte de définir. En effet, définir vient du latin qui signifie *frontières*. La définition pose des critères de reconnaissance. Ces critères de reconnaissance constituent les frontières de l’objet.

§ 2 - La forme spécifique de la définition juridique

³³ Réflexions et définition issues de l’article « *Définition* », La Philosophie de A à Z, éd. Hatier, 2011.

A – Penser la définition comme un processus

61. D’après Alain Rey³⁴, « *Il faut encore rappeler les distinctions classiques entre les définitions de mots et les définitions de choses, entre définitions explicatives, délimitant un concept, et constructives, créant le concept* ». Le lexicographe qu’il est voit, à travers son regard éminemment scientifique, la manière dont s’offrent les mots dans leur manifestation première. Il décrit, par le biais de cette proposition, l’état des définitions en général à partir de récurrences qu’il a observées. Or, le regard du juriste diffère quelque peu de cette méthode, dans la mesure où il travaille à partir de concepts qu’il a introduits dans son univers juridique. Originellement, les outils juridiques servent-ils à *délimiter* un concept ou à *créer* un concept pour le droit ? Les termes du professeur Bioy sont éclairants à ce sujet :

« L’un des acquis, trop souvent oublié, de la science juridique consiste en cette idée, au demeurant simple, que le droit se construit, dans une certaine mesure, selon un mode propre, de façon autonome par rapport à la « réalité » physique et sociale qui en constitue l’origine et la finalité. L’étude du passage de la « normalité » sociale à la « normativité » juridique révèle l’existence d’un phénomène complexe de transposition de l’une à l’autre [...] Avant tout, il ne faut pas perdre de vue que le système juridique crée son objet, ses actions et surtout ses sujets »³⁵.

62. Ainsi, il apparaît – à travers ce prisme qui sera retenu pour la suite – que le droit est une discipline qui crée les conditions de sa propre préhension de la « *réalité physique et sociale* ». Aussi le droit délimite l’objet par les catégories qu’il lui applique et – *par la translation juridique* – crée le concept qui traduit sa « *normativité juridique* ». Cette opération de translation passe par une phase d’abstraction permettant de traduire en fiction le fait réel appréhendé. En effet, c’est une opération en trois temps : 1°/ la « chose » est « délimitée » par le versant « explicatif » de la définition juridique qui s’approprie le réel ; 2°/ ainsi appréhendée, cette « chose » passe par la translation juridique qui la traduit en « mot » dans l’esprit de son percepteur ; 3°/ le « mot » est « créé » par le versant « constructif »³⁶ de la définition juridique qui donne à la chose tous les critères permettant de l’identifier. Telle est l’utilité première de la définition proprement juridique : construire de toutes pièces les caractéristiques qui permettent, sous forme de critères, d’identifier un objet.

B – Vivre la définition juridique comme la signification d’un sens

63. Véronique Champeil-Desplats quant à elle distingue deux « *familles de définitions* » que sont les définitions informatives, et les définitions stipulatives³⁷. Où se loge la définition juridique ?

³⁴ A. Rey, « A propos de la définition lexicographique », *Cahiers de lexicologie*, Didier-Larousse, Tome I, 1965, p. 87.

³⁵ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, Dalloz, 2003.

³⁶ Pour rappel la citation d’A. Rey contenant les termes scrupuleusement repris au point §62 : définition de chose, explicative, délimitant un concept / définition de mot, constructive, créant un concept.

³⁷ V. Champeil-Desplats, *Op. cit.*, p. 299.

64. Plus spécifiquement, les définitions informatives cherchent à « *correspondre à une réalité. Cette réalité peut, sur un mode aristotélicien, être conçu comme une vérité ontologique. [Elles cherchent] à atteindre et à exprimer l’essence des choses ou des concepts* »³⁸. De leur côté, les définitions stipulatives « *proposent d’utiliser un terme préexistant d’une façon nouvelle, proposant d’utiliser un terme de manière plus précise [...] établissent comment utiliser un terme sous un angle nouveau* »³⁹. Ainsi la distinction opposant ces deux définitions repose sur le rapport qu’elles entretiennent avec le réel. Selon l’auteur : « *Tandis que les définitions réelles reposent sur une croyance en la vérité des choses et des concepts, et donc sur un essentialisme, les définitions stipulatives manifestent un relativisme ontologique* »⁴⁰.

1 – Le rejet de la définition « informative » : rejet de la « vérité-correspondance »

65. La vérité correspondance est le type de vérité dont la proposition finale dépend directement de l’observation du réel, elle est en prise avec la réalité empirique. Selon Aristote dans la Métaphysique : « *Dit la vérité celui qui croit conjoint dans le discours ce qui est conjoint dans le monde* ».

66. Parmi les définitions informatives – « *cherchant à correspondre à la réalité* » – se trouvent cinq sous-classifications selon Véronique Champeil-Desplats que sont la définition de genre et différence, la définition par fonction, la définition conceptuelle, la définition par énumération, la définition lexicale, la définition ostensive⁴¹. Ce qui relie ces types de définition est la proximité qu’elles entretiennent avec le réel. Elles ne font preuve d’aucune liberté d’interprétation.

67. En tout état de cause, la définition informative doit être rejetée ici dans le cadre d’une définition juridique puisqu’elle ne vise pas réellement à fournir un critère de détermination propre à forger une signification et une intention normative à l’objet.

2 – L’adoption de la définition « stipulative » : adoption de la « vérité-cohérence »

68. La vérité cohérence est le type de vérité qui cherche la cohérence interne d’un discours, sans se fonder en premier lieu sur la réalité. C’est une forme plus pratique de la recherche de la vérité, cherchant l’adéquation au sens du discours produit. Curieusement, les définitions stipulatives aussi « *établissent comment utiliser un terme sous un angle nouveau* »⁴². Elles possèdent, non des sous-classifications, mais des caractères. Tout d’abord, elles ne sont pas véri-fonctionnelles : « *elles ne peuvent jamais être considérées comme vraies ou fausses* ».⁴³ Ensuite, elles sont toujours fonctionnelles car elles sont « *opératoires, en fonction de l’objectif poursuivi par celui qui y recourt* »⁴⁴. Par conséquent, l’on

³⁸ *Ibid.*, p. 303.

³⁹ *Ibid.*, p. 303.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 304.

⁴¹ Ces définitions sont issues de l’ouvrage de Véronique Champeil-Desplats, *Op. Cit.*, p. 303 à 308.

⁴² *Ibid.*, p. 299.

⁴³ *Ibid.*, p. 309.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 309.

retrouve des qualités propres à l’expression herméneutique : « leur formulation suppose une grande part de fiction et d’arbitraire »⁴⁵.

69. Très clairement « Le langage juridique procède depuis longtemps à des définitions stipulatives de ses propres concepts »⁴⁶. En effet, le propre du droit de sa phase de création originelle, son exécution à sa phase d’interprétation – « les stipulations législatives, réglementaires ou réglementaire »⁴⁷ – peut « s’écarter en tout ou partie des représentations habituelles de la réalité des choses »⁴⁸ en raison de son aptitude à l’abstraction, la fiction. Pour quelle raison ? Pour satisfaire un besoin pratique : « couper court à des débats sans fin sur la réalité ou la nature des choses [...] vertu de simplification, de pacification et, à l’occasion, de légitimation »⁴⁹. La liberté de la définition juridique est l’écho de sa dimension éminemment pratique. Créé pour régler la société, le droit positif propose sa version de la réalité des choses en posant une convention de sens.

C – Survivre à la pluralité des définitions juridiques d’un même concept

1 – Rapports complexes entre autorités normatives⁵⁰

70. Ces rapports entre législateur et juges impliquent des rapports de création et d’interprétation. Lorsque le juge cherche à « remodeler [...] et préciser des définitions préalablement disponibles »⁵¹, il prend aussi le parti de s’écarter de l’intention de l’auteur, d’aller à l’encontre du sens disponible au moment de l’écriture de la loi. C’est bien l’ajustement au cas d’espèce qui invite le juge à préciser et modeler la définition. Les « jeux d’incitation » entre juges et législateur nourrissent considérablement la précision du droit, et le sens des mots juridicisés.

2 – Autonomie et spécificité des domaines de compétence⁵²

71. La pluralité des définitions est surtout due à une considération procédurale : chaque autorité normative possède sa propre compétence, ce qui constitue d’ailleurs sa raison d’être. Ainsi, il faut avoir à l’esprit que la définition qu’elle fournit ne vaut que pour le type de cas ou de situation qu’elle étudie. Ce qui la rend éminemment contextuelle, et en affaiblit la portée universelle. Or, s’il existe une autorité normative dont la portée tend à l’universalité, c’est le Conseil constitutionnel. Lorsqu’il est saisi de l’examen de conformité d’une loi, comment procède-t-il du point de vue de la définition ? Son office est un espoir pour la convergence des définitions ! En réalité, le Conseil s’efface devant le « pouvoir

⁴⁵ *Ibid.*, p. 310.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 311.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 311.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 311.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 311.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 319.

⁵¹ *Ibid.*, p. 320.

⁵² *Ibid.*, p. 314.

d’appréciation et de décision [n’étant pas] identique à celui du Parlement »⁵³ sur les « questions de société »⁵⁴ qui attendent, malgré elles, d’être tranchées.

§ 3 – La situation de la définition juridique concurrencée

72. La situation de la définition permet d’avoir en tête les éléments entrant en contact avec la définition. Le processus délimité plus haut ne concerne que l’acte définitoire.

73. La définition recherche les critères d’identification d’un objet. Un acte de conscience se mesure sur le plan de la situation temporelle de la définition et sur sa situation géographique. D’un côté le temps du droit, de l’autre l’endroit du droit. Ces deux vecteurs de comparaison, aussi appelés « formes pure *a priori* de l’expérience » selon Kant, tournent autour d’une valeur qui est l’expérience. Ainsi, l’action juridique sur un objet est décomposée selon qu’elle se place avant ou après l’expérience. Cette expérience représente la préhension de l’objet et en distingue la nature selon qu’il éprouve la réalité d’une situation (*a posteriori*) ou selon qu’il ne l’éprouve pas (*a priori*).

A – La concurrence de la détermination des critères : le régime ou la définition

74. Il a été posé plus haut que la définition juridique est *a priori* stipulative. Dans le schéma idéal, la définition précède tous les autres procédés relatifs à la signification juridique. La démarche déductive invite donc à rechercher les manifestations de cet état théorique de la définition stipulative, car c’est la définition juridique *par défaut* qui est recherchée dans le schéma classique de la détermination des critères d’identification juridique d’un objet, *a priori* de l’expérience.

75. L’autre situation, qui s’examine *a posteriori* de l’expérience, constitue l’hypothèse où les critères de reconnaissance et d’identification de l’objet ne proviennent pas d’une définition *a priori* mais d’une série de critères posée par le régime juridique qui permet de reconnaître et de déduire les critères d’identification de l’objet *a posteriori*. Cette situation n’est pas la situation idéale de la définition, car le régime constitue le substitut à la définition.

B – La dialectique entre qualification et définition

I – La définition comme « catégorie modale »⁵⁵ impulse la juridicité de l’objet

76. Si la définition n’est qu’un maillon de cette nouvelle chaîne causale, il n’en reste pas moins que l’activité qu’elle impulse détermine la qualité de la juridicité de l’objet. Rechercher les critères d’une définition juridique consiste, en règle générale, à rechercher la *signification de sens* donnée à un phénomène. Cette opération, dans le schéma idéal, précède une autre opération : la qualification. La qualification cherche à *nommer le phénomène* à partir de critères préétablis afin de classer le phénomène dans des catégories elles aussi préétablies. En somme, l’activité processuelle que produit la définition

⁵³ Par exemple, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, §10.

⁵⁴ L’expression est issue du commentaire aux Cahiers sur la Décision n°2010-39 QPC du 6 Octobre 2010, p. 10.

⁵⁵ X. Bioy, *Quelles lectures théoriques de la qualification ?*, in Les affaires de la qualification (colloque), dir. Marc Nicod, LGDJ, Presses de l’Université Toulouse I Capitole, 2015, p. 20.

en fait une « catégorie modale »⁵⁶ permettant « d’apprécier s’il est possible ou non de qualifier tel ou tel objet selon la définition donnée »⁵⁷.

2 – La divergence vécue entre définition et qualification : le rapport à la réalité

77. Quelle est donc la force qu’impulse la définition dans ce processus incluant la qualification ? Le fait qu’un objet soit pourvu *a priori* de critères permettant de l’identifier le protège d’un arbitraire et d’un relativisme fonctionnel. L’objet est défini en fonction de son ontologie et non en fonction de son utilité. Mais, *l’utilité* de l’objet peut être inscrite dans une définition ontologique, comme dans une définition fonctionnelle. La seule différence tient à ce que cet objet n’a pas encore éprouvé de situation concrète lorsque sa définition est ontologique (définition stipulative) alors qu’il l’a éprouvée quand sa définition est fonctionnelle (régime).

78. La définition juridique *a priori* ne cherche pas à s’adapter à la réalité de la situation puisqu’elle pose *a priori* les conditions qui permettent de percevoir. En revanche, les critères déduits du régime juridique impliquent leur adaptation à la réalité, au prix de leur universalité.

3 – La divergence élucidée entre qualification et définition : la place de l’argument finaliste

79. Or, selon le Pr. X. Bioy, il existe un consensus sur la nature « utilitaire » de l’acte de qualification : « *Il ne faut pas perdre de vue que la qualification crée juridiquement l’objet dont elle parle ; elle est un phénomène performatif [...] finalité pragmatique sur l’opération de qualification* »⁵⁸. Cette dimension finaliste ou utilitaire de la qualification est précisément reliée à la qualification et non à la définition. Ceci est en partie dû au fait que la qualification est directement liée au phénomène qu’elle qualifie et classe. La définition n’est pas reliée au phénomène à qualifier, mais au phénomène générique à doter de critères d’identification. En ce sens elle « *prescrit la signification d’un terme* »⁵⁹, quand la qualification s’occupe de « *nommer le phénomène* »⁶⁰.

80. Il existe bien une dialectique entre la définition et la qualification. Cette dialectique tourne autour de la distance vécue vis-à-vis de l’expérience sensible du réel. La qualification est l’acte qui nomme et donne une appartenance à un phénomène. Ceci dit, la qualification se fonde sur les critères de la définition pour exister. Ainsi la qualification dépasse et englobe la définition. Cette dialectique révèle clairement les flux et reflux déductif et inductif propre au mouvement du droit cherchant à intégrer un fait dans le monde du droit. Mais si ces critères n’existent pas car ils n’ont pas été posés, sur quel fondement *a priori* la qualification peut reposer ? Le régime.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 25.

C – La détermination des critères de l’identification de l’objet : l’objectif en commun

81. Si l’on se place dans la perspective de la qualification, qui implique une *macro-perspective*, alors ce qui importe est la *détermination des critères d’identification du phénomène*. Peu importe son origine, tant que ces critères existent. Ils existent soit de manière déductive car il existe une détermination *a priori* de ces critères ; soit ils existent de manière inductive car il existe une détermination *a posteriori* de ces critères. La première alternative précède l’expérience de la situation (expérience connue) ; la seconde alternative succède à l’expérience (expérience vécue).

1 – Les critères posés par la définition stipulative : recherche déductive d’une définition première

82. Les critères posés par la définition stipulative sont premiers. En ce sens, la définition stipulative pose de manière déductive des critères auxquels la réalité doit correspondre lors de l’acte de qualification. Ce type de critère entretient des liens très étroits avec la classification. En effet, la définition stipulative pose les conditions de reconnaissance d’un phénomène conformément à des catégories juridiques préétablies. Elle peut se le permettre, étant donné qu’elle infléchit *a priori* le sens de la réalité. C’est ainsi que l’acte de qualification sera très aisément imbriqué dans l’acte de classement, en ce sens que la qualification pourra se fonder sur des éléments précis de définition. La juridicité de l’objet est ainsi assurée par son entrée dans les classifications juridiques.

2 – Les critères déduits du régime : recherche inductive d’une définition secondaire

83. Les critères déduits du régime sont secondaires. En même temps qu’ils délivrent une identification implicite des critères de définition d’un objet, ils explicitent la conception de l’objet.

84. Le régime juridique donne des critères de reconnaissance implicite et postérieurs à l’évènement ayant manifesté le phénomène à définir et auquel appliquer un régime. Ici, l’acte de classement est *corrompu* par la nature des critères définis postérieurement à la survenance d’un fait déclenchant la nécessité de qualifier. La qualité du classement est désormais *infléchie*, en ce que la qualification ne vise plus seulement l’inclusion et l’appartenance du phénomène dans une classe. Elle vise en effet, potentiellement, son exclusion. Ainsi, l’objet ainsi défini est défini en vertu de son usage dans la pratique. C’est cet instant de la pensée qui traduit l’importance de la définition. Si l’acte de qualifier est « *souverain* »⁶¹ en ce qu’il choisit de nommer de telle manière ; la définition juridique pose les conditions du choix souverain de qualifier, en même temps qu’elle pose les critères d’identification du phénomène et offre une première normativité portant sur le sens.

⁶¹ *Ibid.*, p. 26.

Section 2 – L’application des critères de la définition à l’embryon en droit positif

85. Plus concrètement, il convient de rechercher le processus de délimitation et de dénomination de l’embryon dans les travaux préparatoires et les textes du législateur et des juges. Le moment d’observation de la délimitation et de la dénomination de l’embryon (A) amènera à l’impossibilité de trouver une telle définition (B).

§ 1 – Repérer la délimitation et la dénomination de l’embryon

86. L’activité de définition juridique se situe en premier lieu sur le plan de l’identification de ce qu’est l’embryon. La « *gamme de choses particulières du même type* »⁶² est le cœur de l’enjeu du juriste recherchant une telle définition. Dans quelle gamme placer l’embryon ? Cette gamme représente en réalité la classification. Au surplus « *l’intention de parler* »⁶³ de l’embryon implique de la part du locuteur une activité performative, cherchant à conférer une *direction* à la signification du mot. Il convient de rappeler ici que la liste des textes reproduits n’est pas exhaustive.

A – La délimitation de la notion « embryon »

I – Les travaux préparatoires du législateur

87. L’étude des travaux préparatoires des lois bioéthiques de 1994, 2004, 2011 et 2013 est très éloquente en matière de délimitation du concept.

88. **Intervention du Ministre Mattei, 2004.** Cette intervention révèle une claire intention politique (se situer sur le plan du devoir-être de l’embryon) traduite en réalisation juridique (ne pas définir l’embryon). Ce n’est pas sur le plan de la définition mais sur le plan de l’arbitrage de l’intérêt de la définition, qu’il se pose. Le refus de la définition biologique traduit le refus d’une définition informative, fondée sur une vérité-correspondance relatant avec fidélité le réel. En faisant l’aveu d’impuissance à définir la nature de l’embryon, le locuteur confirme la rupture d’avec la réalité ontologique. En changeant de perspective – *de l’embryon à l’individu en interaction avec l’embryon* – le Ministre Mattei parvient à rationaliser le choix qui est fait de ne pas offrir de définition : ce n’est pas la nature de l’embryon qui importerait pour lui. C’est en réalité le devoir-être de l’homme vis-à-vis de l’embryon. Le législateur a pour fonction de « *dire ce droit-là* » :

« Je crois que nous avons bien fait de nous interdire d'enfermer l'embryon dans des définitions biologiques et dans des limites chronologiques précises. [...] Car si nous ne pouvons trancher la question de la nature de l'embryon, en revanche, sur le plan pratique, nous pouvons et même nous devons définir quelle doit être notre conduite à son égard ; et c'est bien la fonction du

⁶² P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Ed. du Seuil, 1990, p 41.

⁶³ *Ibid.*, p 41.

législateur que de dire ce droit-là. Le législateur s'est donc situé sur le plan du devoir-être à l'égard de l'embryon, et non de son être »⁶⁴.

89. **Intervention de Bernard Seiller, 2004.** Cette intervention parlementaire se situe à la suite du débat sur la définition de l’embryon. Il convient par conséquent d’en déduire que le statut est assimilé à la définition juridique. La « *façon de traiter l’embryon* » qui est contenue dans « *l’ensemble des textes juridiques* » visé est en réalité l’expression de devoir-être à l’égard de l’embryon. C’est donc l’illustration d’une confusion entre les critères dégagés par le régime et les critères dégagés par la définition juridique. Le statut juridique est « très exactement » rapporté au sort de l’embryon :

« Le statut de l'embryon reste au cœur du débat, contrairement à ce que le rapport semble suggérer parfois, car ce texte le complète. Ce statut est, en effet, constitué par l'ensemble des textes juridiques qui caractérisent la façon de traiter l'embryon. [...] Or décider de son sort, c'est très exactement définir son statut juridique' »⁶⁵.

2 – Les arguments des requérants à l’occasion de la saisine du Conseil constitutionnel

90. La question de l’embryon est centrale dans leurs requêtes. Mais il n’est cependant pas délimité. Il est abordé par le prisme de sa protection. A propos de l’embryon, et plus précisément sa définition, il n’existe pas de saisine. Or, en élargissant l’étude au statut de l’embryon, quelques manifestations sont intéressantes. L’embryon est mis en perspective par le biais de principes constitutionnels de protection souvent erronés ou caricaturés. Par exemple, le Conseil a pu opposer aux parlementaires saisissants le manque de pertinence d’un principe qui ne constitue pas, en tout état de cause, de principe à valeur constitutionnelle à même d’être invoqué⁶⁶.

Saisine du Président Séguin, 1994 : « que leur conformité à la Constitution ne puisse être affectée d'aucune incertitude et que puisse être consacrée par les voies les plus appropriées la valeur de référence des règles principales ; Qu'ils posent pour la première fois certains principes essentiels concernant la personne humaine »⁶⁷

Saisine des sénateurs, 1994 : « Porte atteinte au droit à la vie des embryons qui possèdent dès la conception tous les attributs de la personne humaine ; protection du patrimoine génétique de l'humanité ; l'intégrité de l'embryon et au droit à son propre développement »⁶⁸

3 – Les arguments en réplique contenus dans les observations du Gouvernement

91. Les arguments soulevés par le Gouvernement contre les arguments des requérants parlementaires dénotent d’un niveau de discours différent. Le Gouvernement préfère un champ lexical

⁶⁴ Intervention du Ministre Mattei, sur le projet de loi Bioéthique n° 189 de 2004.

⁶⁵ Bernard Seiller, Assemblée, débats sur la révision de la Loi Bioéthique, 2004.

⁶⁶ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, §10 : « *il n'existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité* ».

⁶⁷ Saisine de Ph. Séguin, Président de l’Assemblée, sur la Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

⁶⁸ Saisine des sénateurs, sur la Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

sobre, ne fait que très peu appel aux grands principes et n’emploie que très peu le terme d’embryon. Le Gouvernement aurait pu faire sienne la sentence de Bachelard « *Cette croyance au caractère universel de la vie peut présenter des excès incroyables dès qu’il en vient à se préciser* »⁶⁹. Les observations du Gouvernement présentent une dimension éminemment *correctrice*. La distinction est clairement marquée entre la saisine parlementaire (bavarde, quelques fois imprécise) et les observations du Gouvernement (froides, précises, presque autoritaires). En effet la preuve la plus flagrante est issue des Observations sur la Loi Bioéthique 2004. En avançant que les parlementaires « *soutiennent catégoriquement* »⁷⁰, le Gouvernement parvient à décrédibiliser en partie le raisonnement de ses *opposants* en leur présentant une « *position nuancée* ».

Observations du Gouvernement, 2001 : « la décision de 1994 ne remet pas en cause le choix qu’ont fait les lois sur la bioéthique de ne pas appliquer ce même principe à tout embryon »⁷¹

Observations du Gouvernement, 2015 : « Avant son transfert [...] l’embryon in vitro bénéficie, dans notre droit positif, en raison notamment de son caractère détachable du corps de la mère et de sa nature de « *personne humaine potentielle* », d’un statut juridique »⁷²

4 – Le Comité consultatif national d’éthique

92. Dans ces extraits, le CCNE se fonde sur la dimension humaine et personnaliste de l’embryon. Bien qu’il se refuse à « *donner une définition normative à l’embryon* »⁷³, le Conseil arrive néanmoins à se positionner sur le statut de l’embryon et appliquer une « *éthique du respect* ». N’est-ce pas le « *devoir-être vis-à-vis des embryons* » dont parle le Ministre Mattei ? Il existe une indubitable circulation des conceptions de l’embryon. Le conflit entre une vision continue et une vision évènementielle de l’embryon est également intéressant à relever.

Avis n° 1 du 22 mai 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 »⁷⁴

Avis n°67 du 18 janvier 2001, avant-projet de révision des lois de bioéthique « Le CCNE s’est toujours refusé à donner une définition normative de l’embryon, encadrée par des stades biologiques bien définis [...] la différenciation tissulaire constitue en effet une référence abstraite et ambiguë, car cette expression renvoie à un processus continu, plutôt qu’à un stade de développement précis »⁷⁵

Avis n° 112 du 21 octobre 2010 : « L’affirmation selon laquelle il n’est pas possible de définir l’embryon humain appelle de soi une éthique du respect : en effet, traiter l’embryon humain

⁶⁹ Gaston Bachelard, *La formation de l’esprit scientifique*, Vrin, 201, p. 184.

⁷⁰ Observations du Gouvernement, sur la Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

⁷¹ Observations du Gouvernement, sur la Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001.

⁷² Observations du Gouvernement, sur la Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016.

⁷³ CCNE, Avis n°1, 22 Mai 1984.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ CCNE, Avis n°67, 18 Janvier 2001.

seulement comme un moyen d’expérimentation, c’est prendre pratiquement parti sur son être en l’intégrant à l’ordre des choses »⁷⁶.

B – La diversité des usages juridiques du concept « embryon »

93. Il s’agit ici de relever les mots utilisés dans les sources étudiés plus haut, dont la signification s’approche de l’embryon. Il en existe quatre déclinaisons différentes.

- Un *stade* de l’embryon : cellule totipotente, cellule pluripotente
- Une *fonction* de l’embryon : embryon *in vitro*, embryon *in utero*
- Une *déclinaison* (technique) de l’embryon : parthénote
- Une *projection* (juridique) de l’embryon : personne humaine potentielle.

94. D’un côté la définition donne un statut à l’embryon et ainsi accroît sa protection ; de l’autre l’absence de définition implique un flou qui ne lui est pas nécessairement favorable. Il existe une indubitable circulation des références et des dénominations. En effet, les deux marquantes interventions – J.-F. Mattei en 2004 et le CCNE en 1984 – ayant marqué respectivement le « *devoir-être vis-à-vis de l’embryon et non son être* » et « *la personne humaine potentielle* » ont imprimé une voie à la manière d’appréhender l’embryon.

§ 2 – L’impossibilité de repérer une définition stipulative de l’embryon en droit positif

A – L’abandon de la « personne humaine potentielle »

95. La mobilisation du projet parental entraîne la qualification de personne potentielle ou de personne en devenir à l’embryon. C’est ici le régime du projet parental qui donne son contenu à l’embryon. Or, l’embryon *in vitro* non implanté n’en ressort pas. Dès lors, il convient de rejeter la qualification de « personne potentielle ». Il n’existe pas de définition juridique de l’embryon dont la normativité serait certaine et surtout universelle. L’impossibilité de définir l’embryon provient donc de cette propension à la multiplication des sens qui lui sont conférés.

B – Les formulations retenues créent un conflit sémantique

96. L’appel à la pacification et à la légitimation (qui sont deux des critères de reconnaissance d’une définition stipulative selon le Pr. Véronique Champeil-Desplats) prouve qu’il n’existe pas de *paix sémantique* à ce sujet. La pluralité des acceptions est donc l’aveu d’un défaut de légitimation propre à emporter la reconnaissance d’une authentique définition juridique stipulative. Chaque formule étudiée consacrée à l’identification de l’embryon, cherche à créer une sorte de conflit sémantique. Certes ce sujet soulève les cœurs plus aisément que la raison, mais le simple fait d’ôter au débat la forme politique pour ne retenir que le fond éthique serait déjà, en soi, un pas essentiel vers la qualité juridique du choix éthique en train de se réaliser. Jean Léonetti à propos de la loi Bioéthique de 2013 avait dit : « *Vous*

⁷⁶ CCNE, Avis n°112, 21 Octobre 2010.

avez tort de penser que vous avez moralement raison parce que vous êtes politiquement majoritaires. C’est une erreur politique, car cela inscrit le débat sur la bioéthique dans les fluctuations des majorités successives, chaque fois que la majorité change, ce qui n’est pas l’esprit du débat »⁷⁷. Cet appel à la pacification prouve, une fois de plus, l’existence d’une réelle dispute à propos de l’enjeu éthique.

Chapitre 2 : Evaluer l’absence de définition juridique de l’embryon en droit interne

97. L’évaluation du résultat de l’approche dogmatique révèle une intention axiologique, un jugement de valeur selon N. Bobbio⁷⁸. La fonction évaluative « *consiste à relever les imprécisions, les contradictions, les lacunes de l’ordre juridique* »⁷⁹ (A), consiste en l’exposé des failles de l’application des critères à l’embryon pour ensuite « *préconiser des solutions visant à y remédier* »⁸⁰ (B).

98. Ne pas avoir trouvé de définition stipulative de l’embryon, mais seulement des éléments épars de critères fonctionnels dénote en un certain sens d’un manque de précision et de clarté de la part du législateur. Ainsi, préconiser des solutions à cette lacune consiste à étudier les critères posés par le Conseil pour sanctionner cette erreur du législateur nommée incompétence négative.

Section 1 – Relever et interpréter les « *imprécisions, contradictions, lacunes* » du droit positif

§ 1 – Les manifestations de l’absence de définition

A – La phase de délimitation et d’identification de l’objet : impossible neutralité

99. Le terme « embryon » est déjà présent dans le corpus des sciences biologiques, et renvoie à une réalité précise. Le droit n’intervient ainsi que pour s’approprier l’objet et lui conférer un sens.

100. La phase de délimitation est la phase la plus proche du réel, la moins proche de l’abstrait, dans le processus de définition. Par conséquent elle nécessite un accord minimal sur la réalité de l’objet envisagé. Le *rôle de l’expert* est donc ici primordial, même si ce dernier ne fait pas nécessairement preuve d’objectivité maximale. Par exemple, Israël Nisand (expert) à l’occasion de l’adoption de la loi bioéthique de 2004 devant la Commission des affaires familiales.

« D’entrée de jeu, il me semble indispensable de rappeler qu’un expert n’est jamais neutre, surtout dans le domaine de la bioéthique. Je n’échappe pas à cette contamination par mes propres valeurs. Ce serait en effet prétentieux de ma part que de dire que les propos que je vais tenir émanent exclusivement d’une analyse d’expert »⁸¹.

⁷⁷ Jean Léonetti, AN, XIVE législature, session extraordinaire de 2012-2013, 10/07/2013.

⁷⁸ Tel que le rappelle V. Champeil-Desplats, *Op. cit.*, p.92.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 92.

⁸¹ Audition Israël Nisand (expert), Assemblée Nationale, Projet de loi relatif à la Bioéthique, 28 Janvier 2004.

101. Ce témoignage, sincère et humble, révèle en réalité et à plus grande échelle, que toute décision relative à la bioéthique ne peut être précédée d’une phase d’examen neutre et objective. L’expertise est en effet l’unique refuge objectif dont disposent les décideurs. Ainsi, l’absence de neutralité, même expertale, est une manifestation de l’absence de définition.

B – Les éléments de reconnaissance de l’embryon s’éloignent de la définition stipulative

102. A priori, une définition juridique se veut assez universelle pour couvrir un champ suffisamment large de conceptions d’un même phénomène et, partant, imposer une vision. Il a été posé que la définition juridique est stipulative. En outre, priver un objet de sa définition originelle et le doter d’un régime revient à lui dénier toute identité ontologique et à lui accoler seulement une utilité. Or, en l’espèce, le choix a été fait par le législateur de se situer sur « *le plan du devoir-être à l’égard de l’embryon, et non de son être* »⁸² car « *la loi n’a pas à qualifier les êtres humains, mais seulement à les constater et à les protéger* »⁸³. En « *ne déterminant pas ce qu’est l’embryon mais en disant comment on doit le traiter* »⁸⁴ le législateur a, selon Jean-François Mattei, opéré de manière juridique et concilié ses intérêts avec l’éthique qui l’accompagne dans l’édiction des lois bioéthiques.

§ 2 – Les raisons de l’absence de définition

A – Le constat de l’impossibilité de définition de certains concepts

103. Selon le Pr. Champeil-Desplats, cela est dû principalement à l’inertie à laquelle invite la « *conception idéale et unique de l’acte définitionnel* »⁸⁵ comme les *concepts flous et abstraits* ; et au fait qu’aucune signification ne puisse être imputée à un mot utilisé dans le raisonnement juridique. En effet, « *embryon* » n’est pas un terme d’emblée juridique. Il est avant tout de nature biologique. C’est bien son utilisation juridique qui cherche à en faire un concept abstrait. Ce qui, par conséquent, ne permettrait plus de lui imputer un sens défini dans le raisonnement juridique.

B – Les raisons avancées par le Ministre Mattei

104. Lors des débats relatifs à l’adoption de la loi bioéthique de 1994, Jean-François Mattei fut auditionné par la commission et écouté à l’assemblée⁸⁶. L’absence de définition viserait à :

- Se tenir à l’écart des querelles biologiques, philosophiques et métaphysiques
- Légiférer sur le devoir être de l’embryon et non son être : « *la loi n’a pas à qualifier les êtres humains, mais seulement à les constater et à les protéger* »⁸⁷.

⁸² *Op. cit.*, J.-F. Mattei, Audition, 2004.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Op. cit.*, V. Champeil-Desplats, p. 320.

⁸⁶ *Op. cit.*, J.-F. Mattei, 2004.

⁸⁷ *Ibid.*

- Ne pas s’encombrer de querelles terminologiques : « *s’abriter derrière des barrières langagières* »⁸⁸

105. Etudier les raisons qui mènent à l’absence de définition juridique de l’embryon permet de mieux cerner les possibles intentions de l’auteur du texte et, par conséquent, envisager quelques éléments de réponse et de préconisations.

⁸⁸ *Ibid.*

Section 2 : « Préconiser des solutions visant à remédier » aux lacunes du droit

« A ne penser le droit que dans la sphère des essences et des concepts abstraits, on le rend inefficace ; à refuser d’incliner le fait devant la norme, on retombe au chaos des rapports de force ; entre ces deux positions, le secret d’un ordre humain réside peut-être dans l’incessant échange, dans le passage perpétuel, qui adapte la norme aux exigences de la vie sociale pour lui permettre de la régir au mieux des besoins de l’homme »⁸⁹.

Jean Rivero

106. L’évaluation, comme forme de la dogmatique, vise à proposer des solutions aux lacunes relevées. La lacune porte précisément sur l’absence de définition stipulative de l’embryon en droit positif, ce qui a été retenu comme critère de définition juridique. Or, il existe une forme de définition informative de l’embryon en droit positif, qui repose sur l’utilité et la fonction de l’embryon, comme ont pu très justement le relever notamment le Pr. X. Bioy et E. Rial-Sebbag « [...] *le refus juridique de toute « ontologie » de l’embryon ; seule compte son utilité* »⁹⁰. C’est sur cette approche fonctionnelle de la définition de l’embryon que repose une **mauvaise juridicité de l’embryon**. La délimitation de l’embryon se fait au profit d’un cadre contextualisé. La nature des lacunes du droit relatif à l’embryon porte sur deux niveaux de lecture : un niveau formel relatif à la qualité de la loi (A) ; et un niveau matériel relatif au contenu de la définition de l’embryon en droit (B).

§ 1 – La qualité de la loi au renfort de la précision des notions

A – L’épuisement par le législateur de sa propre compétence

107. Le défaut de définition juridique entraîne un souci de clarté de la disposition législative. Le Conseil estime que « *l’accessibilité et l’intelligibilité de la loi sont des objectifs de valeur constitutionnelle [...] la garantie des droits ne pourrait pas être effective si les citoyens ne disposaient pas d’une connaissance suffisante des normes qui sont applicables* »⁹¹ et « *claire et précise* »⁹². L’incompétence négative du législateur est sanctionnée par le Conseil qui veille à la conformité des lois aux droits et libertés que la Constitution garantit⁹³. Ainsi, la forme que prend la « préconisation » est ici attachée aux règles de « bonne conduite » que le législateur est tenu d’observer dans l’intérêt de la *qualité de la loi*.

⁸⁹ Jean Rivero, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d’Etat français*, Dialectica, vol. 16, n° 3-4, 1961.

⁹⁰ X. Bioy et E. Rial-Sebbag, *L’évolution de la recherche sur l’embryon : une question de principe ?*, Lextenso, LPA, n°251, 2013.

⁹¹ CC, Décision n°99-421 du 16 décembre 1999, § 13.

⁹² CC, Décision n°2000-435 du 7 décembre 2000, § 43.

⁹³ CC, Décision n°2013-336 du 1er août 2013, §17 et 18.

1 – Des formules suffisamment précises et des formules non équivoques⁹⁴

108. Relativement à cette exigence de clarté, le Conseil s’est déjà montré exigeant envers la qualité de la production normative, recherchant ainsi une portée normative certaine⁹⁵ et une clarté de l’écriture⁹⁶ prévenant contre l’arbitraire de l’autorité d’application. Dans la décision du 16 décembre 1999, le Conseil indique que « *l’accessibilité et l’intelligibilité de la loi sont des objectifs de valeur constitutionnelle [puisque] la garantie des droits ne pourrait pas être effective si les citoyens ne disposaient pas d’une connaissance suffisante des normes qui sont applicables* ». ⁹⁷

109. En l’espèce, les formules consacrées à l’embryon ne délivrent aucune précision quant à la nature de l’embryon, ni par son statut ni par sa définition. D’une part, à défaut de statut, l’embryon ne peut prétendre à aucune forme *rationnelle* de protection. D’autre part, l’absence de définition de l’embryon entraîne pour le chercheur une incertitude quant à l’étendue du champ d’application de sa liberté de recherche scientifique. En effet, ne sachant pas quelle est la définition précise de l’objet de ses recherches, il ne connaît pas les limites opposées à l’exercice de sa liberté.

110. Si le législateur ne satisfait pas lui-même l’objectif de clarté, peut-on dès lors trouver la possibilité d’une telle définition dans la liberté d’appréciation laissée aux autorités administratives qu’il a désignées pour appliquer la loi ?

2 – Un renvoi au pouvoir réglementaire suffisamment encadré pour prévenir l’arbitraire

111. Le législateur a précisément désigné des autorités administratives auxquelles il a confié des tâches précises relatives à la recherche sur embryon : l’Agence de Biomédecine évalue et délivre les autorisations de recherche sur embryon et de conservation de ces derniers ; le Conseil consultatif national d’éthique est tenu de mener des débats et Etats-généraux. Le législateur leur confie des tâches qu’ils sont tenus de *sérieusement* respecter, en témoignent les formules employées, précisant clairement les compétences dévolues à l’ABM par exemple dans l’article L. 2151-5 CSP « *Les protocoles de recherche sont autorisés par l’Agence de la biomédecine après vérification que les conditions [...]. La décision motivée de l’agence, assortie de l’avis également motivé du conseil d’orientation* ». Ce renvoi est encadré, mais il ne vise en aucun cas la définition de l’embryon. Par *péri-définition*, l’ABM apprécie notamment la pertinence du projet de recherche qui lui est soumis ainsi que la subsidiarité de l’emploi de l’embryon⁹⁸. Elle passe par une opération implicite de définition (pour déterminer si le *matériel de recherche* présenté correspond à l’embryon). Aussi, les critères de précision et de clarté de la loi posés par le Conseil ne s’appliquent manifestement pas à la loi – *pourtant générale, impersonnelle et absolue*

⁹⁴ CC, Décision n°2001-455 du 12 janvier 2002, § 9.

⁹⁵ CC, Décision n°2005-512 du 21 avril 2005, §17.

⁹⁶ CC, Décision n°81-132 du 16 janvier 1982, § 70.

⁹⁷ *Op. cit.*, Décision n° 99-421.

⁹⁸ Critères de l’article L. 2151-5 CSP.

– car elle n’offre qu’un cadre fonctionnel à l’embryon. En revanche, il peut être concédé que l’encadrement du renvoi à l’autorité administrative – *application précise, relative et contextuelle* – en appliquant les conditions de mise en œuvre du cadre fonctionnel, répond à cette exigence de clarté. Transférer le respect de l’exigence de clarté au rang législatif nécessite un glissement du critère fonctionnel à une caractérisation plus générale de l’embryon évitant par-là même sa scission.

B – L’absence d’affectation d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution

1 – Le bénéficiaire de la clarté de la loi

112. Il est question d’une étape du contrôle de la clarté de la loi tel qu’exercé par le Conseil. Qui est le bénéficiaire de ce contrôle ? D’une part il existe l’exercice d’une liberté ou un droit, d’autre part il existe un intérêt atteint à plus ou moins grande intensité par l’exercice de cette liberté.

113. *S’il est question de l’embryon*, alors la perspective se place du côté de la *protection* et du statut juridique. La clarté de la loi, passant par la définition juridique de l’embryon, viserait à offrir un statut à l’embryon dans cette optique. *S’il est question de la recherche* ou du chercheur, alors la perspective se place du côté de l’atteinte concédée au profit d’un sujet qui *exerce* sa liberté.

114. Ainsi le partage Patricia Rrapi dans son analyse : « *Le législateur est tenu donc d’encadrer l’exercice des droits et libertés fondamentaux, la protection de ces droits et libertés fondamentaux relevant du juge constitutionnel* »⁹⁹. Ainsi, le législateur encadre *a priori* l’exercice des droits et libertés garantis pour la Constitution afin d’en permettre un usage optimal. Le Conseil constitutionnel n’intervient qu’après l’arbitrage du législateur pour protéger les droits fondamentaux en venant ou non censurer la loi. Bien que cette liberté de recherche ne soit pas consacrée au niveau constitutionnel, un mauvais encadrement de cette même liberté peut violer le droit d’un autre intérêt : celui de l’embryon.

a- La perspective de l’embryon : l’hypothèse de la titularité fictionnelle de droits

115. La reconnaissance du statut de l’embryon représente sur le plan formel un support à partir duquel faire dériver la protection ou l’atteinte de droits et libertés ; et sur le plan matériel un contenu juridiquement contraignant rendant compte de la réalité de l’embryon.

116. *La définition, contenu matériel d’un statut*. Les éléments d’une définition juridique participent à la clarté du propos législatif et, partant, à sa qualité.

117. *La titularité fictionnelle, support formel de la reconnaissance d’un statut*. Il convient de déterminer s’il est possible et à quelles conditions l’embryon peut recevoir une certaine forme de titularité de droits et libertés constitutionnellement garantis, pour que puisse s’appliquer le contrôle en question. Si la titularité peut être entendue largement, qu’il soit alors permis de procéder à l’exposition

⁹⁹ Patricia Rrapi, « *L’incompétence négative* » dans la *QPC : de la double négation à la double incompréhension*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 34, 2012.

de l’idée de *titularité fictionnelle*. Elle serait le pendant de la titularité personnelle de droits et libertés dont disposent les personnes physiques et morales. Elle peut palier à la fois l’aporie du débat sur la personnalité juridique de l’embryon et sa dimension fonctionnelle. En effet, la fiction (c. personnalité) fait entrer l’embryon dans le monde juridique ; et la titularité (c. fonction) le dote d’une capacité à être représenté fictivement dans ses intérêts. Ce double mouvement le soustrairait du relativisme fonctionnel qui l’empêche d’être juridicisé. L’embryon *in vitro* non implanté dépourvu de projet parental en est exclu contrairement à l’embryon *in utero*. Ce qui justifie cette scission est la fonction de l’embryon. Ainsi, doter d’un statut formel l’embryon *en général* permet de *lisser* les régimes sur la forme, et d’éviter les trop grandes disparités de statut sur le fond.

b- La perspective du chercheur : la clarté de la loi au service de l’exercice de la recherche scientifique

118. La liberté du chercheur peut être détaillée de deux manières. Soit il s’agit d’étudier la consécration et la *protection* d’une liberté de la recherche scientifique, soit il s’agit d’étudier la clarté de la loi comme condition *d’exercice* de la liberté de recherche scientifique.

119. **L’absence de consécration d’une liberté de recherche scientifique.** Selon le Pr. Bioy et E. Rial-Sebbag : « *L’ambition politique pour la recherche ne s’est guère traduite juridiquement car, devant le Conseil constitutionnel, la liberté de la recherche a été la grande absente des débats* »¹⁰⁰. C’est en effet « *cachée sous les impératifs économiques de compétitivité et la prévention de la délocalisation de la recherche française* »¹⁰¹ que fut présentée la requête. En définitive, il n’existe aucune consécration de la liberté de recherche scientifique à l’échelle constitutionnelle. Le Ministre de la recherche d’alors n’a pas fait montre d’un enthousiasme démesuré à ce propos¹⁰², la recherche scientifique ne paraît pas spécifiquement et clairement identifiée comme une priorité.

120. Ce n’est pas la protection de cette liberté qui est recherchée, mais un encadrement adéquat permettant son exercice, empêchant de violer d’autres droits constitutionnellement garantis.

121. **La clarté de la loi comme condition d’exercice de la liberté de recherche.** La clarté de loi a trait à l’intelligibilité, le caractère non équivoque et la précision des formules législatives. C’est, en somme, la qualité de la loi qui est en jeu. En effet, le chercheur exerce une activité encadrée par une série de principes et d’interdictions.

122. Ainsi en l’espèce, le chercheur exerce sa liberté de recherche sur embryon. Exerçant cette liberté, certaines précautions doivent être observées (incluses dans Code de la santé publique) ; et certains interdits ne doivent pas être franchis (inclus dans le Code pénal). C’est cet instant qui intéresse

¹⁰⁰ *Op. cit.*, X. Bioy et E. Rial-Sebbag, *L’évolution de la recherche sur l’embryon : une question de principe ?*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² AN, XIV^e législature, session extraordinaire de 2012-2013, compte-rendu intégral, 10 juillet 2013.

l’étude : le paradoxe entre de très fortes peines pénales et de privation de liberté et l’absence de clarté de la loi ne définissant pas l’enjeu principal de la législation.

2 - Le lien d’imputation direct entre l’atteinte et l’incompétence négative

123. Selon lequel la méconnaissance de ses droits par le législateur doit affecter en elle-même ne sera que brièvement évoqué. Le fait qu’il existe un contrôle assez fort de la part du juge administratif¹⁰³, concernant les autorisations de protocole de recherche délivrées par l’Agence Biomédecine suffit à prouver que ce contrôle jugule les excès potentiels de l’ABM.

124. Si le législateur ne respecte manifestement pas la clarté de la loi, il passe néanmoins directement au stade de protection de l’embryon. Donc la protection de l’embryon se joue directement au niveau constitutionnel, sans fondation telle qu’une définition, ou une titularité. Cette observation corrobore une affirmation du Pr. Bioy selon laquelle : « *Le Conseil raisonne encore sur la « catégorie » abstraite « embryon » et non vraiment sur chaque embryon pris individuellement* »¹⁰⁴. Cette protection est-elle suffisamment claire pour être créditée ?

§ 2 – Provoquer la création d’une définition jurisprudentielle de l’embryon

125. Cette forme de « préconisation » est assez singulière. Le constat est qu’il n’existe aucune définition juridique de l’embryon en droit interne. Il peut être envisagé de provoquer une définition de l’embryon par le biais du Conseil constitutionnel. Cependant, provoquer une réaction de la part du Conseil nécessite quelques précautions. Rechercher une définition à l’échelle constitutionnelle permet en tout premier lieu de hisser au rang le plus haut de la normativité – et par conséquent le plus large, et englobant – l’émission d’une définition qui vaut, dès lors, pour une large *palette* de disciplines. Ainsi, une définition sollicitée dans le domaine pénal ou économique peut tout à fait offrir une signification suffisamment large et non circonscrite pour appartenir à d’autres domaines.

126. Il convient dès lors de se questionner sur les conditions matérielles dans lesquelles le Conseil a accepté de définir à la suite d’une demande (1^{er} point), quelle est la place de l’argument pénaliste dans la prise en compte de la clarification de la loi (2^{ème} point) et quelles sont les conditions procédurales au prix desquelles peut être menée cette proposition (3^{ème} point).

¹⁰³ Conseil d’Etat, 1^{ère} chambre, 23/12/2014, n°360958.

¹⁰⁴ X. Bioy, *L’objectif de protection de la santé publique sort renforcé de l’examen constitutionnel de la « loi Touraine »*, Conseil constitutionnel, 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC, Loi de modernisation de notre système de santé, AJDA, Constitutions, 2016, p. 125.

A – L’observation des conditions dans lesquelles le Conseil a accepté de définir

1 – L’identification des décisions dans lesquelles le Conseil livre une définition sous quelque forme que ce soit

127. Toutes les décisions dans lesquelles le mot « définition ; défini ; définit » apparaît ont été étudiées. Le nombre d’occurrence à ce mot sur les documents du Conseil dépasse ≈ 80. Plus précisément, la récurrence de ce terme dans les saisines des parlementaires s’élève à ≈ 66. La récurrence de ce terme dans les observations du gouvernement s’élève seulement à ≈ 5. Pour finir, le nombre d’occurrence dans les décisions du Conseil est de ≈ 7.

<u>Objet défini</u> →	Procédure <i>Formel</i> (Par ex. « protocole de recherche »)	Liberté, droit, atteinte <i>Matériel</i> (Par ex. « embryon » ou « clonage »)
<u>Thème</u> de l’objet défini ↘		
Question de société (Par ex. « recherche sur embryon »)	0	0
Légalité des délits et des peines (Par ex. « clonage »)	4	3

Tableau de l’identification des décisions du Conseil offrant une définition juridique

128. Ce relevé révèle un premier constat : il existe plus de demande que d’offre de définition juridique. Il existe peu de décisions où le Conseil offre une définition juridique de l’objet qui lui est demandé. En conséquence, il convient de rationaliser la demande de définition en déterminant le type de définition dans lequel il le fait. Ces décisions peuvent donc être classées selon deux classifications duales. La première classification distingue les définitions portant sur un objet procédural (formel) et sur les décisions portant sur une liberté, un droit ou une atteinte (matériel) car cela influe l’office du Conseil. C’est une problématique liée au « pouvoir de création et d’appréciation du législateur ». La seconde classification porte sur les décisions dont le thème a trait à une « question de société » sur lesquelles le Conseil censure son contrôle.

129. Cette étude permet donc d’observer que le Conseil offre rarement une définition juridique, en général. Ce qui nécessite apparemment une vigilance et des précautions accrues afin de maximiser les chances de réussite d’une telle demande de définition.

2 – La forme des saisines sollicitant une demande de définition

130. A la lumière des décisions rendues par le Conseil lorsqu’il doit se prononcer sur la clarté et l’intelligibilité des dispositions soumises à son contrôle, plusieurs éléments sont à remarquer. Jamais le Conseil ne fournit de réelle définition positive et substantielle. Au contraire, il se contente de « valider » une définition qui a été fournie dans la saisine ou l’observation. En clair, la forme que prend la définition

du Conseil est *décisionnelle*. Elle valide ou invalide un procédé formel d’adoption d’une disposition incluant la notion dont il est demandé la définition des critères de détermination.

131. La demande de définition juridique apparaît en réalité dérivée d’une « exigence » constitutionnelle dans l’immense majorité des cas. Ce rattachement aux exigences constitutionnelles habituelles inscrit évidemment la demande dans une évidence qu’il aurait été absurde de ne pas relever. Par exemple : « ne répond pas manifestement pas aux exigences d’une définition claire et précise des infractions »¹⁰⁵ ; « satisfaire aux exigences constitutionnelles »¹⁰⁶.

132. **La demande de définition de l’infraction.** Il peut être relevé dans les saisines des parlementaires différentes expressions relatant le même souci de définition de l’infraction pénale constituée dans la disposition déférée au contrôle du Conseil : « En matière pénale, le principe de légalité des délits et des peines exige une définition claire et précise des infractions et des peines »¹⁰⁷ ; « Ce faisant, le Gouvernement, par son interprétation restrictive de l’interopérabilité a le mérite de confirmer la nécessité d’une définition, [...] à la définition de l’infraction »¹⁰⁸. Dans l’écrasante majorité des saisines sollicitant une définition, il est question d’une « définition claire et précise des infractions »¹⁰⁹.

133. **La mobilisation de la légalité des délits et des peines.** Subséquemment à la précédente remarque, les demandes de définition sont très largement attachées à l’argument constitutionnel de la « légalité des délits et des peines ». Preuves en sont ces différentes expressions relevées dans les saisines des parlementaires¹¹⁰.

134. **En vertu de tout ce qui précède,** il peut être raisonnablement déduit que l’importance de la définition est largement déterminée par le cadre pénal dans lequel elle s’inscrit. Elle est en effet une caractéristique essentielle de l’intelligibilité et de la clarté de la loi ce qui entraîne le respect de la légalité des délits et des peines. Toutes ces précautions concourent à la prévention d’infractions pénales dont les dispositions déférées visent à établir une réalité inscrite en droit. Selon C. Blanchard « Puisque le justiciable n’est plus en mesure de savoir, à la seule lecture du texte, si son activité tombe ou non sous le coup de la loi pénale, le texte ne fait plus rempart contre l’arbitraire et ne peut plus légitimement servir de fondement à la poursuite conduisant à une relaxe logique, nécessaire et salvatrice »¹¹¹. En effet, la clarté de la loi emporte deux éléments : éviter l’arbitraire, assurer la clarté.

¹⁰⁵ Saisine par 60 députés, Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

¹⁰⁶ Réplique par 60 députés, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

¹⁰⁷ Réplique par 60 députés, Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005.

¹⁰⁸ Réplique par 60 députés, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Saisine par 60 députés, Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Réplique par 60 députés, Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Saisine par 60 députés, Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016.

¹¹¹ C. Blanchard, « Quand la mauvaise qualité de la loi pénale est un motif de relaxe du dirigeant d’entreprise », La semaine juridique, entreprises et affaires, n°25, 18 juin 2015, p. 1290.

3 – La forme de réponse du Conseil à la demande d’une telle définition

135. En réponse à ces sollicitations multiples et bavardes, le Conseil oppose le mutisme qui le caractérise lorsqu’il est question de s’aventurer sur « *le pouvoir d’appréciation et de création du législateur* ».

136. Sur les questions de l’exigence, de définition de l’infraction et de principe de légalité des délits et des peines le Conseil a pu offrir ce type de réponse : « *Considérant l’article 155 (embryon), qui n’est pas inintelligible* »¹¹²; « *l’exigence d’une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite* »¹¹³. La définition qu’offre le Conseil possède plusieurs caractéristiques.

137. **Définition par renvoi.** Quasi-systématiquement, le Conseil opère par renvoi. Il renvoie le contenu d’une définition aux dispositions qui lui sont déférées ou à des dispositions qu’il n’a pas jugées mais qui constituent le sens de la définition demandée. Il ne crée pas de contenu, mais il crée un lien entre le contenu d’un texte législatif et sa décision de conformité.

138. **Définition délivrant un brevet de conformité à la Constitution.** Bien que le renvoi à la définition contenue dans une loi soit inscrit dans l’un des motifs de la décision, il n’en acquiert pas moins le statut d’autorité de la chose jugée, car « *l’autorité des décisions visées par [une] disposition s’attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même* »¹¹⁴. La définition acquiert donc autorité de la chose jugée et est protégée par l’article 62 alinéa 3 de la Constitution ; mais également constitue « le » brevet de conformité.

B – La mobilisation de l’argument pénaliste de la légalité des délits et des peines

139. L’argument pénaliste est le plus facile à relier à la problématique de la « clarté de la loi », seule clé accessible pour demander la clarification d’une définition juridique au Conseil. En outre, il a été fait le choix de mettre de côté l’hypothèse d’un éventuel homicide involontaire sur l’embryon, puisqu’il n’existe pas en droit positif, bien que certains parlementaires le préconiseraient (par ex. P. Garraud). C’est la raison pour laquelle, notre hypothèse se fonde sur un élément de droit positif inscrit dans le code pénal. En effet, bien que l’embryon ne fasse pas l’objet de qualifications pénales au sens strict, encore moins de définitions, il est néanmoins l’objet du champ d’application de la qualification pénale en question.

1 – La question de l’embryon en droit pénal

140. Il convient de noter avant toute chose que la question de l’embryon est présente en droit pénal. Ce qui permet, nécessairement, d’opérer un lien entre l’intérêt du Conseil pour la question pénale

¹¹² Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, cons. 86, Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, cons. 38, Décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, M. Georges R., cons. 7.

¹¹³ Décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, M. Georges R., cons. 6.

¹¹⁴ Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, cons. 2.

(légalité des délits et des peines et clarté des formules de la loi) et la présence du terme « embryon » dans les différentes lois relatives à la question posée.

141. L’embryon est notamment mobilisé dans le Code pénal à propos du crime de clonage thérapeutique dans les articles L.511-18-1 et L.511-18. La formule de ces dispositions reste cependant relativement floue. L’embryon n’est défini à aucun endroit de ce Code, ni aucun autre Code. Le chercheur exerçant sa liberté de recherche n’est donc pas assuré de se trouver dans le vrai *sas* d’exercice de sa liberté de recherche, dès lors qu’il ne connaît pas expressément quelle est la circonscription de son objet et recherche et la délimitation de son champ d’application. Cette question touche essentiellement celle de la clarté de la loi et son intelligibilité qui peuvent être à leur tour ramenées à l’exigence constitutionnelle de légalité des délits et des peines.

142. **Parer une éventuelle esquivé.** Cette élaboration peut paraître alambiquée et improbable et par conséquent rebuter un contrôle effectif de la part du Conseil. D’une part, l’hypothèse du clonage thérapeutique ou du clonage à des fins de recherche paraît à ce point improbable que la peine qui serait appliquée à cette infraction reste assez forte. Cela dit, ce n’est pas une hypothèse si improbable que cela au vu des pratiques des alentours. En effet, le Royaume-Uni accepte de telles pratiques¹¹⁵. Lorsque nous condamnons pénalement un acte que permet un Etat voisin, cette hypothèse est-elle réellement et simplement improbable ? D’autre part, à partir du moment où le Conseil refuse de contrôler une telle question, arguant qu’elle manquerait de sérieux et ne serait pas inscrite dans une hypothèse plausible, il perdrait à la fois le crédit du législateur dont les lois ne seraient pas suivies d’effets car elles ne viseraient pas une hypothèse probable ; et la marge d’appréciation du législateur qu’il se refuse lui-même d’infléchir. Au surplus, le Conseil a dégagé le principe de « *ces dispositions sont manifestement dépourvues de toute portée normative ; que, dès lors, [...] la loi déférée est contraire à la Constitution* »¹¹⁶ rattaché à l’article 6 de la DDHC. Dès lors, une loi qui ne serait pas suivie d’effets ni pourvue de portée normative serait contraire à la Constitution.

143. Ainsi, bien que la mobilisation de l’argument pénal soit un tant soit peu excessive et alambiquée, elle n’en reste pas moins redoutablement efficace : nul ne peut à la fois remettre en cause l’appréciation souveraine du législateur et admettre le défaut d’effectivité des dispositions législatives. Ce serait le pire des crimes : avouer la dimension cosmétique d’un droit élevé au plus haut rang de la dignité juridique.

¹¹⁵ *Human Fertilization and Embryology Act*, 1er Novembre 1990 ; révisé par le Règlement du 4 décembre 2001 autorisant le clonage thérapeutique ; révisé par le Règlement du 13 novembre 2008.

¹¹⁶ Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 17.

2 – L’importance du principe de légalité des délits et des peines en droit constitutionnel

a – L’importance de la définition de l’infraction

144. Tout d’abord, le Conseil a accepté en QPC¹¹⁷ et en DC¹¹⁸ qu’une « *peine ne peut être infligée qu’à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines* »¹¹⁹. De plus « *Considérant, en premier lieu, qu’appliquée en dehors du droit pénal, l’exigence d’une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite* »¹²⁰. Par la combinaison de ces différentes références, il peut être raisonnablement déduit que le principe de légalité des délits et des peines est lié à l’épuisement par le législateur de sa propre compétence et à la clarté des termes de la loi. En l’espèce, la clarté porte *a priori* sur l’infraction portant sur l’embryon : le clonage thérapeutique ou le clonage à des fins de recherche. Il convient donc de trouver le sens que le Conseil peut donner à *l’objet de la définition*, lorsqu’il contrôle la conformité d’une disposition au principe de légalité des délits et des peines.

b – La définition de l’objet de l’infraction : l’embryon, condition du champ d’application de la loi

145. Ainsi, dans sa décision *Droits d’auteur*, le Conseil a jugé que « *le législateur ayant fait de « l’interopérabilité » un élément qui conditionne le champ d’application de la loi pénale, il devait définir en des termes clairs et précis le sens qu’il attribuait à cette notion* »¹²¹. La définition de l’infraction peut inclure la définition de l’élément qui conditionne le *champ d’application de la loi* pénale. L’embryon est « *l’élément qui conditionne le champ d’application* » de la disposition pénale relative au clonage d’embryon.

c – La définition d’une notion courante mais imprécise inclut l’embryon

146. Aussi, l’on peut lire dans l’un des commentaires aux Cahiers du Conseil que

« Le Conseil constitutionnel ne censure pas seulement des notions nouvelles et méconnues qu’il appartiendrait au législateur de définir, sa jurisprudence vise également des notions courantes mais trop imprécises pour pouvoir fonder, sans précisions adéquates, le champ d’application de la loi pénale »¹²².

¹¹⁷ Décision n° 2014-448 QPC du 6 février 2015, M. Claude A., cons. 5.

¹¹⁸ Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi relative à l’entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d’asile*, cons. 7 et Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. 27.

¹¹⁹ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication*.

¹²⁰ Décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, M. Georges R.

¹²¹ Décision n° 2006-540 DC du 27 Juillet 2006, *Droits d’auteurs*, cons. 59-60-61.

¹²² Commentaire aux Cahiers, Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, M. Gérard D, p. 8.

147. L’on peut retirer de cette formule du secrétaire général que l’exigence de définition attendue du Conseil peut porter sur des *notions courantes* comme peut l’être l’embryon à partir du moment où elles sont « trop imprécises » pour circonscrire le champ d’application de la loi.

d – L’appropriation de définitions élaborées par d’autres institutions

148. Enfin, le Conseil a pu juger que :

« 12. Considérant, en deuxième lieu, qu’il ressort des travaux parlementaires qu’en utilisant les termes « d’unités urbaines », le législateur s’est référé à une notion préexistante, définie par l’Institut national de la statistique et des études économiques ; ces notions ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises »¹²³.

149. Il est loisible de remarquer que les définitions peuvent également être issues d’organisme public indépendant. Seuls l’Agence de la Biomédecine et le Conseil consultatif national d’éthique sont des structures publiques susceptibles de remplir ce rôle. Selon l’article L. 1412-2 CSP dispose « *Le comité est une institution indépendante* ». Or, l’Agence Biomédecine est quant à elle « *un établissement public administratif de l’Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé* » selon l’article L. 1418-1 CSP. *A priori*, son indépendance ne peut être retenue comme une évidence à l’inverse du CCNE.

150. Le CCNE a pu qualifier l’embryon de « personne humaine potentielle » et des éléments qui s’y rattachent du point de vue de sa définition. Il existe cependant des références à cette position dans les débats portant sur l’adoption de la loi de 2004 : « *Pour les uns, aucune recherche ou prélèvement ne saurait être admis par respect pour cette « personne humaine potentielle », telle que définie par le Comité national consultatif d’éthique* »¹²⁴ ; « *La précision sémantique du Comité consultatif national d’éthique, parlant à propos de l’embryon de « personne humaine potentielle », ne modifie pas la réalité qui fait de lui un être humain* »¹²⁵. Ces références sont réelles et correspondent à une vérité, cependant elles ne peuvent constituer la vérité épousée par l’ensemble de l’Assemblée et du Sénat même si sa majorité¹²⁶ était colorée par les mêmes sentiments que ceux animant l’un des auteurs de cette référence¹²⁷.

151. En définitive, l’argument pénal de la légalité des délits et des peines, adossé à l’exigence de clarté et d’intelligibilité de la loi peut être mobilisé concernant la question qui intéresse ici.

C – Le recours à des conditions de saisine exceptionnelles

¹²³ Décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, cons. 12.

¹²⁴ Francis Giraud, débats sur le projet de loi Bioéthique, lecture, 28 Janvier 2003.

¹²⁵ Bernard Seiller, débats sur le projet de loi Bioéthique, lecture, 28 Janvier 2003.

¹²⁶ Francis Giraud (Sénateur des Bouches-du-Rhône, 1998-2008, UMP) était le rapporteur désigné par la Commission des affaires sociales du Sénat le 6 Février 2002 faisait partie de la majorité parlementaire.

¹²⁷ En effet, l’Assemblée la XIIème Législature (2002-2008) englobe une majorité « UMP » (droite) ; pour le Sénat les renouvellements de 2001 et de 2004 offraient également une majorité « GRP » (droite) dont faisait partie F. Giraud.

152. **Le moment et la nature de la saisine.** D’une part le *contrôle par voie d’action* des lois exercé a priori concerne les lois faisant l’objet d’une saisine par une autorité institutionnelle, dans un délai de quinze jours à partir de l’adoption, dans les mêmes termes, par les deux assemblées. D’autre part le *contrôle par voie d’exception* des lois est forcément exercé a posteriori de la promulgation, sans pour autant être le fait d’une QPC. En effet, les autorités de saisine habituelles dans le cadre du contrôle *a priori* peuvent engager une saisine du Conseil relative à une loi déjà promulguée. En ce sens cette saisine intervient *a posteriori*. Cependant elle est un contrôle par voie d’exception¹²⁸ vis-à-vis du principe¹²⁹ selon lequel le Conseil ne revient pas sur une loi déjà promulguée et conforme.

153. **L’objet et le cadre du contrôle « à provoquer ».** Comme cela a été vu plus haut, la mobilisation de l’argument pénal peut faciliter une telle situation. Ainsi, il convient de trouver une disposition incluant la notion « embryon » au sein d’une disposition pénale, infligeant à l’auteur d’une potentielle infraction pénale une peine à la fois pécuniaire et privative de liberté.

154. **Norme de référence du contrôle.** Le principe de légalité des délits et des peines incluant les exigences de clarté et d’intelligibilité de la loi, rattachées à l’article 8 de la DDHC peut constituer la norme de référence du contrôle de constitutionnalité.

155. **La norme objet du contrôle.** A l’occasion de la **Loi n° 2004-800 du 6 Août 2004**¹³⁰, un nouveau type d’incrimination pénale est créé. Selon le Pr. Pierre Egea « *L’innovation législative vient plutôt d’une pénalisation à laquelle la bioéthique nous avait habitués mais qui revêt ici une dimension supplémentaire* »¹³¹. En effet la « *création, par l’article 28 de la loi du 6 Août 2004, d’une nouvelle catégorie d’infraction [qui rassemble] l’eugénisme et le clonage considérés comme des « crimes contre l’espèce humaine* »¹³².

Art. L. 511-17 « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d’embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d’emprisonnement et de 100 000 euros d’amende ».

Art. L. 511-18 « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d’embryons humains à des fins de recherche est puni de sept ans d’emprisonnement et de 100 000 euros d’amende ».

Art L. 511-18-1 « Le fait de procéder à la constitution par clonage d’embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d’emprisonnement et de 100 000 euros d’amende ».

156. **L’état législatif des dispositions relatives à l’embryon.** Chacune de ces lois a été déférée à un contrôle de conformité à la Constitution. Le Conseil manifeste une certaine tendance au « considérant-

¹²⁸ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

¹²⁹ Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998.

¹³⁰ Loi n° 2004-800 du 6 Août 2004 relative à la Bioéthique

¹³¹ P. Egea, *La « condition fœtale » entre « procréation et embryologie »*, Du titre VI de la loi du 6 août 2004 RDSS 2005 p.232.

¹³² *Ibid.*

balai » lorsqu’il déclare conforme à la Constitution la loi entière, au lieu de se contenter de déclarer conforme à la Constitution les articles qui sont déférés. Le cas de la saisine de 1994 est spécifique en ce que le Président de l’Assemblée (Philippe Séguin) avait usé d’une « saisine blanche » pour « *que [sa] conformité à la Constitution ne puisse être affectée d’aucune incertitude et que puisse être consacrée par les voies les plus appropriées la valeur de référence des règles principales qu’ils édictent* »¹³³.

Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 : « (Dispositif) La loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don [...], sont déclarées conformes à la Constitution ». Les deux lois (entières) sont déclarées conformes par un considérant balai.

Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 : « (Dispositif) L’article 17 de la loi relative à la bioéthique est conforme à la Constitution ». L’article 17, contenant le terme « embryon » relatif à l’interdiction du « clonage » est déclaré conforme à la Constitution.

Décision n° 2013-674 DC du 1er août 2013 : « (Dispositif) La loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l’embryon [...] est conforme à la Constitution ».

157. Ainsi, il ressort de cet examen que ces lois ne peuvent être « par principe » objets de contrôle. Il convient donc de recourir à une forme de saisine « par exception ».

I – Le changement de circonstances de droit et de fait

158. Par principe, une décision du Conseil constitutionnel est revêtue de l’autorité de chose jugée (art 62 alinéa 3^{ème} de la Constitution). Or, le changement de circonstances peut faire échec à ce principe et lui substituer une exception : le fait de juger deux fois une même loi. Dès 1999 le Conseil accepte une telle possibilité¹³⁴. Quelles sont les conditions permettant la reconnaissance du changement de circonstances ? Un commentaire aux Cahiers¹³⁵ mobilise la condition de « portée générale » que doit refléter le changement de circonstance. Les Pr. Dominique Rousseau et Georges Vedel ont pu écrire que les juges sont investis d’un « pouvoir considérable, puisqu’il leur est demandé d’apprécier l’adéquation d’une loi à son époque et de la juger contraire à la Constitution si elle ne trouve plus de justification dans les données de fait qui l’avaient initialement fondée »¹³⁶. D’un point de vue plus opérationnel, deux conditions sont relevées : une *raison extrinsèque* à la loi nouvelle (émergence de nouvelles normes de référence) privant de l’identité de cause¹³⁷ la décision de conformité antérieure ; et une *raison intrinsèque* à la loi nouvelle (une loi nouvelle modifiant, complétant, affectant l’ancienne

¹³³ *Op. cit.*, Saisine de Ph. Séguin, 1994.

¹³⁴ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie.

¹³⁵ Commentaire aux Cahiers, à propos de la Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution*.

¹³⁶ D. Rousseau, G. Vedel, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2010, p. 248.

¹³⁷ Par exemple, Décision n° 99-410 DC.

loi) privant de l’identité d’objet¹³⁸ la décision de conformité antérieure. C’est cette seconde acception qui intéresse le contrôle a posteriori des lois déjà déclarées conformes.

159. Un autre élément à prendre en compte est *le temps*. En effet, selon le Pr. Agnès Roblot-Troizier il convient de prendre en compte dans cette appréciation « *l’évolution du contexte économique, social, politique, voire des mœurs* »¹³⁹. Aussi, le Conseil a pu montrer que c’est *l’évolution* du changement de circonstances qu’il juge précisément et non seulement l’état du changement¹⁴⁰.

160. En l’espèce, cette « *évolution* » peut inclure le progrès médical et scientifique dans lequel la recherche sur embryon peut être raisonnablement englobée. Cette idée est corroborée par deux remarques. D’une part l’exigence de « quasi-révision » périodique de la loi relative à la bioéthique¹⁴¹ impose le renouvellement du regard porté sur l’état des connaissances scientifiques. D’autre part la formule consacrée par le Conseil y fait expressément référence « *l’état des connaissances et des techniques ; l’état actuel des connaissances et des techniques médicales* »¹⁴².

161. Le Conseil, en s’autolimitant sur certaines questions, ne peut atteindre la quintessence de son contrôle qu’en jouissant du plaisir discret d’apprécier le travail législatif *à l’aune du temps*. Dater l’imbrication du droit dans la société ne fait qu’infléchir sa puissance. La « *perception de la constitutionnalité du texte* »¹⁴³ dont parle le Pr. Bertrand De Lamy relate les changements inhérents à une société, et dont l’adaptation utilitariste aux mœurs révèle un relativisme. Relate le temps.

2 – Le contrôle par voie d’exception d’une loi déjà promulguée

162. Le contrôle par voie d’exception permet le contrôle d’une disposition déjà promulguée. Cette possibilité n’est que rare et drastiquement envisagée, comme en témoigne sèchement la décision « *Service national* » dans son deuxième considérant¹⁴⁴. Or, « *Malgré cette interprétation restrictive de la Constitution, il est néanmoins possible de relever dans la jurisprudence antérieure à 1985 des prémices à la mise en place du contrôle de constitutionnalité a posteriori* »¹⁴⁵ nous apprend Wanda Yeng Seng. Cette hypothèse reste néanmoins surprenante en ce que « *Le Conseil prenait ainsi des*

¹³⁸ Par exemple, Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

¹³⁹ Agnès ROBLOT-TROIZIER, *La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence*, Dalloz, AJDA, janvier 2010, p. 85-86.

¹⁴⁰ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, Daniel W.

¹⁴¹ Article L. 1412-1-1 CSP: « *Tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevée par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d’un débat public sous forme d’états généraux* ».

¹⁴² Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. 10 et Décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l’interruption volontaire de grossesse et à la contraception* cons. 5 et 7.

¹⁴³ Bertrand De Lamy, *La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée*, Revue de sciences criminelles, janvier-mars 2010, p. 204.

¹⁴⁴ Décision n° 97-392 DC du 7 novembre 1997, cons. 2.

¹⁴⁵ Wanda Yeng Seng, *Le contrôle des lois promulguées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un mystère en voie de dissipation ?*, Revue française de droit constitutionnel 2005/1, n° 61, p. 35-71.

positions floues et oscillantes, qui révélaient ses difficultés à forger une claire vision de sa compétence »¹⁴⁶.

163. Dans la décision *Etat d’urgence en Nouvelle-Calédonie* le Conseil juge qu’une loi peut à nouveau lui être soumise moyennant trois conditions¹⁴⁷. Plus précisément, la condition de *modification* de la loi promulguée implique que « la loi contestée renouvelle les prescriptions de la loi promulguée sans complètement s’y substituer »¹⁴⁸. Ensuite la condition *complétant* la loi promulguée implique que les lois nouvelles « prolongeaient et enrichissaient les lois promulguées en y ajoutant de nouveaux éléments »¹⁴⁹. Enfin, la condition de la loi nouvelle *affectant* le domaine des lois promulguées implique une recevabilité si elles « échappaient ou réduisaient le champ d’application des lois en vigueur »¹⁵⁰.

164. Parallèlement à ces conditions positives, le Conseil a également développé des conditions négatives parmi lesquelles il se refuse à contrôler les *lois interprétatives* « qui se [bornent] strictement à préciser le sens du texte déjà existant, sans lui apporter de modification »¹⁵¹. Il refuse aussi de contrôler les *lois confirmatives* qui reprennent les termes et le sens de la loi antérieure¹⁵².

165. Si d’emblée le contrôle sur « les termes de la loi promulguée » constitue l’unique contrôle sur le fond, le Conseil a pu développer une jurisprudence relative à un contrôle de la constitutionnalité externe des lois promulguées avec la Décision *Fonds de pension*¹⁵³ de 1997. Dans cette décision, le Conseil apprécie l’exercice par le législateur de l’étendue de sa propre compétence.

166. En l’espèce, la loi de 2004 a été affectée, modifiée et complétée en substance par la loi de 2013. Par conséquent, ces lois ne viennent pas interpréter ni confirmer la loi de 2004, puisqu’elles en travestissent l’essence même, notamment en ce qui concerne la recherche sur embryon et le régime d’autorisation de principe.

Conclusion du titre premier

Les apports de la dogmatique à l’étude de l’absence de définition juridique de l’embryon en droit interne

167. **Absence de définition juridique de l’embryon.** La définition stipulative fut la définition retenue et recherchée dans les pages de droit positif consacrées à l’embryon humain. Cette recherche n’a révélé qu’une appréhension fonctionnelle et utilitaire de l’embryon humain en droit.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Wanda Yeng Seng, p. 38.

¹⁴⁷ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

¹⁴⁸ Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997.

¹⁴⁹ Décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, Wanda Yeng Seng, p. 41 et 42. Voir Décision n° 96-377 DC.

¹⁵¹ Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989.

¹⁵² Décision n° 91-299 DC du 2 août 1991.

¹⁵³ Décision n°97-388 du 20 mars 1997.

168. **Provoquer une définition constitutionnelle.** Il peut être envisageable de provoquer une définition constitutionnelle, en s’appuyant sur l’argument de la légalité des délits et des peines au renfort de la clarté des dispositions : ce qui incite à définir l’embryon.

169. **Rechercher autrement les critères de la définition.** S’il n’existe pas de définition stipulative, a priori, de l’embryon en droit alors il convient de la chercher, a posteriori. Le mariage de la qualification et du régime juridique constitue une telle alternative. La possibilité ouverte par cette étude pose les fondations d’une approche positiviste et inductive.

TITRE SECOND

APPROCHE POSITIVE

LA CONCEPTION DE L’EMBRYON EN DROIT FRANÇAIS

« Le fond du débat demeure tout de même la représentation anthropologique que les Français et les européens ont de ce qu’est un embryon in vitro. »¹⁵⁴

Xavier Bioy

170. Si la définition juridique n’est pas accessible en France, il existe néanmoins un « débat » qui, selon le Pr. Xavier Bioy repose sur cette représentation anthropologique, cette conception que le droit se fait de l’embryon *in vitro* en France. En tout état de cause, c’est cette conception qu’il convient d’aborder, mesurer, apprécier et étudier afin de saisir – de manière inductive – quels sont les éléments de reconnaissance de l’embryon en droit interne. Comme l’énonce très justement Alain Claeys dans son rapport remis à OPECST en 2001 : « *En effet les spécialistes de ce domaine [brevet] insistent souvent sur sa neutralité. Il faut rappeler avec force que le droit n’est en aucune façon neutre. Il est en effet très intimement lié à une conception, naturellement évolutive, de la société* »¹⁵⁵.

171. L’approche positive ne peut se faire qu’à la lumière des éléments fournis plus avant, à l’occasion d’une approche dogmatique. Si la recherche d’une définition stipulative s’est soldée par une réponse négative, elle a en revanche permis de déceler les problèmes de la définition juridique et les raisons de l’absence d’une telle définition. Il convient dès lors d’aborder l’étude du droit positif au moyen d’une approche inductive. Il s’agit donc d’aborder le problème à l’envers et étudier la conception que le droit français se fait de l’embryon par le biais de l’ordonnement du droit positif, la place qu’il réserve à l’embryon. C’est une étude positive en ce qu’elle se fonde sur le droit en vigueur en postulant qu’il exprime les valeurs de la société.

¹⁵⁴ X. Bioy, *À la recherche de l’embryon*, Dalloz, Constitutions, 2013, p. 443.

¹⁵⁵ Alain Claeys, député, Rapport sur la brevetabilité du vivant, remis à l’OPECST, 20 décembre 2001.

172. Une étude de l’insertion de l’embryon dans une tradition juridique hybride permet de comprendre la mutation juridique à laquelle invite, à son tour, l’embryon.

173. L’embryon est qualifié en droit mais n’appartient à aucune catégorie juridique. Son régime peut s’étudier de deux manières complémentaires. Le droit écrit (Section 1^{er}) et le droit interprété (Section 2nde) sont deux moments de la juridicité qui révèlent deux premiers éléments de l’intention présidant au « phénomène performatif » que représente, *lato sensu*, la qualification d’embryon et ses implications en termes de protection juridique.

Chapitre 1 : Approche légistique, la création d’un « régime juridique éclaté »¹⁵⁶ et polarisé

174. Cette étude se fera relativement aux corpus qui embrassent l’embryon, et lui offrent fatalement un régime différent selon son usage. Qu’il soit donc permis ici de comparer l’usage qui est fait de la notion « embryon » dans le cadre de réglementations aux natures diverses. De quelle manière chaque corpus révèle-t-il sa dimension performative, le sens du mot « embryon » ? Il existe deux types de manifestation juridique de l’embryon : soit il est protégé, soit il y est porté atteinte. C’est donc confronté à un intérêt qui lui est opposé qu’il est mis en action et *juridiquement observable*. A défaut d’un statut octroyé à l’embryon, son importance se mesure aux atteintes qui y sont portées. Ainsi se polarise le régime.

175. **Une segmentation des problèmes.** Selon les Pr. Egea et Bellivier la question de l’embryon *in vitro*, constituant un « être hybride mixte de nature et de culture »¹⁵⁷ pose la question de l’intervention législative. Quelle forme doit-elle prendre « *par une loi casuelle et pragmatique ou une grande loi ?* »¹⁵⁸. En réalité, le choix du « *diptyque code civil/code de la santé publique* »¹⁵⁹ révèle « *le fruit d’une politique législative de segmentation des problèmes* »¹⁶⁰. Et cette segmentation des problèmes amène à une polarisation de la conception de l’embryon.

Section 1 – La polarisation positive du régime juridique de l’embryon

§ 1 – Le régime de l’embryon en droit de pénal : un embryon évalué

A – L’importance de la présence de l’embryon en droit pénal

176. En droit pénal, l’embryon est protégé dans son idée, non son individualité. Pour ce qu’il représente, non ce qu’il est¹⁶¹. Il existe **29** occurrences dans le code pénal.

¹⁵⁶ P. Egea et F. Bellivier, *Les chemins de la liberté, petite leçon de biopolitique*, Dalloz, Recueil Dalloz, 2004, p. 647.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Op. cit.*, X. Bioy.

177. **La place de l’embryon dans l’architecture du code pénal.** Le clonage est inclus dans un livre *sui generis* intitulé « *des autres crimes et délits* ». Ceci implique une différence d’avec les crimes et délits « *de droit commun* ». Ce sont des actes spéciaux. Ce livre distingue en son sein deux titres : les « *séviçes graves ou actes de cruauté envers les animaux* » et « *les infractions en matière de santé publique* ». Cette distinction inclut dans un régime *sui generis* les animaux et les embryons en prenant garde de bien les distinguer au niveau du titre du Code, niveau élevé de séparation.

178. Le titre relatif aux infractions en matière de santé publique n’est constitué que d’un chapitre « *infractions en matière d’éthique médicale* » qui apparaît dès lors comme un équivalent de la « *santé publique* » ce qui, implicitement, exprime une équivalence entre les deux.

179. Ce chapitre est scindé en trois sections : la protection de l’espèce humaine, du corps humain, la *protection de l’embryon humain*. Il en ressort que l’embryon humain n’est pas inclus de manière métonymique dans l’espèce humaine, mais il est posé à côté et en ce sens peut être assimilé indirectement à l’espèce humaine de manière métaphorique.

- Il existe trois niveaux d’estimation de l’atteinte à l’embryon humain : 7 ans ou 2 ans sont les deux peines de privation de liberté communes, et deux autres peines se distinguent : 5 et 3 ans.
- Le fait d’obtenir, procéder à la conception in vitro, utiliser, cloner des embryons est passible des mêmes peines (7 ans, 100 000 €). La moindre atteinte vaut la plus grande des atteintes. Ceci signifie que sa protection n’est pas graduelle. Elle existe ou n’existe pas.
- « Obtenir » équivaut à « apporter son entremise pour favoriser l’obtention » et « Procéder à la conception » équivaut à « utiliser »
- Les cellules souches embryonnaires ne sont pas *estimées* comme les embryons humains. Pourtant, ces dispositions sont incluses dans la section « *embryon humain* ».
- La « finalité » de la PMA importe plus que l’obtention de son « autorisation ». La violation du critère de la finalité « vaut » 5 ans et 75 000 € ; la violation de la condition de l’autorisation vaut 2 ans et 30 000 €. L’article L. 2141-2 du CSP renseigne « *L’assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l’infertilité d’un couple ou d’éviter la transmission à l’enfant ou à un membre du couple d’une maladie d’une particulière gravité. Le caractère pathologique de l’infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ». C’est un acte médical visant à pallier un problème médical. Il ne s’agit pas d’un moyen scientifique de procréer autrement. L’aspect médical prime sur l’aspect scientifique.

Crime ou délit	Privation	Pécuniaire
511-15 : Le fait d’obtenir des embryons humains contre un paiement , quelle qu’en soit la forme / d’apporter son entremise pour favoriser l’obtention d’embryons humains contre un paiement	7 ans	100 000 €
511-16 : Le fait d’obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du CSP	7 ans	100 000 €

511-17 : Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales / d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales	7 ans	100 000 €
511-18 : Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche	7 ans	100 000 €
511-18-1 : Le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques	7 ans	100 000 €
511-19 (I) Le fait de procéder à une étude ou une recherche sur l' embryon humain sans [...] consentement [...] autorisation	7 ans	100 000 €
511-19 (II) Le fait de procéder à une étude ou une recherche sur des cellules souches embryonnaires [...] consentement [...] autorisation	2 ans	30 000 €
511-19-2 : Le fait de conserver des cellules souches embryonnaires sans avoir obtenu l'autorisation [...] sans se conformer aux règles mentionnées [...] Le fait de céder des cellules souches embryonnaires à des organismes non titulaires de l'autorisation délivrée [...] Le fait d'avoir cédé des cellules souches embryonnaires sans en avoir informé préalablement l'Agence de la biomédecine	2 ans	30 000 €
511-22 : Le fait de mettre en œuvre des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation	2 ans	30 000 €
511-24 : Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies	5 ans	75 000 €

B – Les critères de définition implicites déduits du régime de droit de pénal

180. En droit pénal, l’embryon est *évalué*. En effet, le droit pénal évalue l’atteinte à l’embryon par le biais d’une amende et d’une durée de privation de liberté ou d’exercice d’une activité. L’embryon est protégé dans ce corpus, il n’est pas atteint. Il n’est pas responsable mais il génère un sentiment de responsabilité. Peuvent être retenus comme *critères implicites de reconnaissance* :

- L’embryon n’a pas de valeur vénale (511-15)
- L’embryon n’est pas destiné à une finalité industrielle et commerciale (511-17)
- L’embryon ne peut être atteint que sous de strictes conditions d’autorisation (tout)
- L’embryon n’est pas la cellule souche embryonnaire (2 ans/7 ans – 30 000 €/100 000 €)

§ 2 – Le régime de l’embryon en droit civil : un embryon estimé par périphrase

A – L’absence de l’embryon en droit civil

181. Dans le Code civil, la notion « embryon » n’est pas présente une seule fois. En revanche, la notion « *enfant* » observe **475** récurrences ; l’expression « *commencement de sa vie* » **une** seule fois.

182. L’architecture du Code civil scinde les biens et les personnes. Dans le Titre 1^{er} « **des droits civils** » inclus dans le Livre 1^{er} « **des personnes** » apparaît l’article 16 chapeauté par le chapitre « **du respect du corps humain** » dès lors assimilé à un « droit civil ». L’art. 16 dispose « *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* ». Il est question d’une part de la primauté et la dignité de la personne ; d’autre part du respect de l’être humain. La personne n’est pas l’être humain. La dignité n’est

pas le respect. Cependant, la lettre de la loi n’est pas claire. Le Pr. Claire Neirinck écrit « *Comment analyser juridiquement les quelques cellules qui se développent in vitro et qui sont susceptibles de conduire à l’homme ? [...] Le texte est sibyllin parce qu’il procède à une distinction qui ne saute pas aux yeux d’un lecteur non averti entre la personne - notion juridique - et l’être humain - notion biologique* »¹⁶².

183. L’article 16-4 dispose quant à lui « *Nul ne peut porter atteinte à l’intégrité de l’espèce humaine* ». Peut-il être raisonnablement soutenu que l’espèce humaine inclut l’embryon, quand le Code pénal dissocie deux sections (l’une consacrée à l’espèce humaine, l’autre consacrée à l’embryon) ? Ce même article vise pudiquement le clonage « *Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* ».

B – Les critères de définition implicites et indirects déduits du régime civil

184. En droit civil, l’embryon est *estimé par périphrase*. A défaut d’être clairement défini ni même qualifié il est pris en compte et, par le jeu de l’application d’une précaution, il est protégé. En réalité, dans le droit civil seul l’embryon vis-à-vis de la femme est touché : qu’il soit l’objet d’une interruption de grossesse (volontaire) ou le sujet d’une naissance à naître.

- L’embryon est représenté par la périphrase « espèce humaine » et « dès le commencement de sa vie » à côté de la personne humaine. Mais c’est l’embryon in utero qui est ici visé ;
- Ne peut être porté à l’espèce humaine aucune atteinte : l’embryon est la « porte d’entrée dans le génome humain » selon la très belle formule du Pr. Xavier Bioy. A cet effet, c’est ce qu’il représente globalement qui est protégé et non sa réalité concrète et individuelle.

Section 2 – La polarisation négative du régime juridique de l’embryon

*« En fait, sous couvert du respect du pouvoir d’appréciation du législateur, le Conseil prend parti en faveur d’une conception de la vie comme une réalité que le droit appréhende par catégories en fonction d’une réalité spatio-temporelle et surtout en fonction du destin que la société ou des individus assignent à cette vie humaine en développement »*¹⁶³

Bertrand Mathieu

§ 1 – Le régime juridique de l’embryon en droit de la santé : un embryon situé

¹⁶² Claire Neirinck, *L’embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ?*, Dalloz, Recueil Dalloz 2003 p. 841.

¹⁶³ Bertrand Mathieu, *La recherche sur l’embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels*, Dalloz, 1999, p. 451.

A – La présence de l’embryon en droit de la santé

185. En droit de la santé, l’embryon occupe une place prépondérante. Avec plus de **336** occurrences dans le Code de la santé publique, il est présent dans trois Titres. L’embryon est « situé ». Situé vis-à-vis du corps humain, vis-à-vis de la personne. Mais aussi et surtout vis-à-vis de la reproduction et l’interruption volontaire de grossesse.

186. L’architecture du Code de la santé publique est assez spéciale. La première partie est relative à la « *protection générale de la santé* ». Elle inclut un premier livre relatif à « *la protection des personnes en matière de santé* » et un second livre relatif au « *don et l’utilisation des éléments et produits du corps humain* ». Le livre relatif à la personne ne mentionne pas de disposition spécifique à l’embryon. Il est intéressant de noter que l’embryon ne figure pas non plus dans les « *éléments et produits du corps humain* » qui comporte pourtant une liste exhaustive de ces éléments : Sang ; Organes, tissus, cellules et produits ; Gamètes. L’embryon n’est pas assimilé aux gamètes. Pourtant ils sont l’origine de l’embryon et il serait raisonnable de penser que leur mode de production influence le régime de l’embryon. En effet, l’embryon n’est constitué qu’en vue de satisfaire un projet parental. Les législations sont bien étanches entre le don de gamète et la PMA. En réalité, c’est la deuxième partie qui consacre un régime juridique à l’embryon « *Santé sexuelle et reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l’enfant, de l’adolescent et du jeune adulte* ». Cette partie est scindée en trois livres dont « *protection et promotion de la santé maternelle et infantile* ». Parmi ses six titres « *assistance médicale à la procréation* », « *recherche sur l’embryon et les cellules souches embryonnaires* » et « *dispositions pénales* ».

187. La production d’embryon à des fins procréatives.

L’article L.2141-1 : « La mise en œuvre de l’assistance médicale à la procréation privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés ».

L’article L.2141-2 : « Font obstacle à l’insémination ou au transfert des embryons le décès d’un des membres du couple, le dépôt d’une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie ».

L’article L.2141-3 : « Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d’une assistance médicale à la procréation telle que définie à l’article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d’un au moins des membres du couple ».

L’article L.2141-6 : « Le couple accueillant l’embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives. [...] Aucun paiement ... ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l’embryon ».

188. La recherche sur embryon.

Article L2151-2 : « La conception in vitro d’embryon ou la constitution par clonage d’embryon humain à des fins de recherche est interdite. La création d’embryons transgéniques ou chimériques est interdite ».

Article L2151-3 : « Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles ».

Article L2151-4 : « Est également interdite toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques ».

Article L.2151-5 : « I.- Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si : 1° La pertinence scientifique de la recherche est établie°; 2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ; 3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ; 4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires ».

189. A travers ces huit dispositions législatives choisies parmi les plus de cent articles qui y sont consacrés, l’embryon apparaît sous de multiples facettes. Globalement, deux tendances se dégagent et sont temporellement bien définies : le moment de la vocation procréative de principe ; le moment de la vocation scientifique par exception. Ces deux temporalités se succèdent comme deux étapes, non de son développement, mais du développement du choix des parents. Le projet parental est le pivot du statut de l’embryon. En effet, c’est en fonction d’un projet initial que l’embryon est créé ; et en fonction de l’arrêt de ce projet que l’embryon est redirigé. Cette considération parentale, familiale, est à ce point visible que se dégagent deux observations. D’une part, la place de la recherche sur embryon à la suite du titre consacré à la PMA inséré dans le livre sur la Santé sexuelle et reproductive. D’autre part, la condition d’une famille stable pour accueillir l’embryon et l’élever et l’impossibilité de connaître l’identité du couple ayant « renoncé » à l’embryon. Cette dernière remarque est intéressante. En effet, si l’identité génitrice et biologique initiale de l’embryon s’efface devant l’accueil de l’embryon au sein d’un autre foyer, c’est toute une conception sociale, culturelle et relationnelle qui se dégage du régime de l’embryon.

B – Les critères de définition implicite dégagés du droit de la santé

190. En droit de la santé, l’embryon est situé. Il est situé vis-à-vis du premier moment de sa vocation – la procréation – et vis-à-vis du second moment de sa vocation – la recherche, la destruction, l’accueil. Cette situation oriente son régime, mais désoriente son statut.

191. Quelques indices de reconnaissance de l’embryon peuvent cependant être dégagés :

- L’embryon in vitro provient exclusivement des gamètes *de ses futurs parents*
- L’embryon in vitro n’est pas rattaché à l’identité de ses *géniteurs initiaux*
- L’embryon in vitro ne peut pas être cloné
- L’embryon n’est pas unique, il existe des *alternatives à son emploi*

- L’embryon est protégé par des conditions rigoureuses de transport et de conservation

§ 2 – Le régime de l’embryon en droit de la propriété intellectuelle : un embryon observé

192. L’embryon est introduit en droit de la propriété intellectuelle depuis la transposition de la directive 98/44 de la Commission de l’Union européenne. Cette récente introduction imprime un message dans l’évolution du droit de la bioéthique : désormais, un code consacré à l’appropriation intellectuelle d’objets divers intègre parmi ces objets appropriables le vivant, l’humain, l’embryon.

193. L’article 17 de la loi du 8 Juillet 2004 relative à la Bioéthique est l’article qui intègre dans le CPI le terme « embryon » à l’article L.611-18.

« Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables. [...] Ne sont notamment pas brevetables :
a) Les procédés de clonage des êtres humains ; b) Les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain ; c) Les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ; d) Les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles ».

Chapitre 2 : Approche contentieuse, la distribution du pouvoir d’interprétation

194. Quelle est l’attitude du juge recevant l’embryon au prétoire ? Il sera question ici d’étudier l’approche constitutionnelle et l’approche administrative. Les deux « juges » ici étudiés dans leur office sont le juge constitutionnel et le juge administratif. Ces deux offices développent une méthode largement différente, mais dont les outils mobilisés convergent.

Section 1 - De l’autolimitation de principe à l’audace mesurée du Conseil constitutionnel

« Prenant acte du choix législatif de sacraliser le fameux « projet parental » et de n'accorder à peu près aucune protection constitutionnelle objective à l'embryon in vitro, le Conseil admet pleinement le refus juridique de toute « ontologie » de l'embryon ; seule compte son utilité : donner naissance ou non. [...] Si la loi le protège quelque peu, ce n'est que comme l'avant-garde génétique de l'humanité »¹⁶⁴.

Xavier Bioy et Emmanuelle Rial-Sebbag, 2013

195. La protection constitutionnelle fait-elle office de substitut aux classifications ? C’est une interrogation qui peut légitimement se poser. Le Conseil limite *manifestement* son office. Or, sur certains moyens il peut tempérer ce retrait au profit d’un authentique interventionnisme juridictionnel. En ce sens, l’office du juge constitutionnel est relativement partagé entre une autolimitation de principe (A) et une audace d’exception (B).

§ 1 – L’autolimitation de principe du contrôle formel du Conseil constitutionnel

196. Par principe, le Conseil constitutionnel auto-limite son contrôle. Selon certains, cette pratique a tendance à accréditer son action alors marquée du sceau de la tempérance. Deux principaux « verrous » peuvent être relevés parmi les principales voies de restriction de ce contrôle. Le verrou formel traite de l’autolimitation du Conseil sur la procédure ; le verrou matériel traite de l’autolimitation du Conseil concernant le fond du débat, les libertés.

A – Le verrou matériel de la « question de société »

197. La question de société n’est pas définie, n’est pas suivie d’effets normatifs, n’est pas répandue. Elle est une expression trouvée dans le commentaire aux Cahiers sur la Décision n°2010-39 QPC : « *Le Conseil a donc jugé, en octobre 2010, qu'il en va de l'homoparentalité comme il en allait, en janvier 1975, de l'interruption volontaire de grossesse ou, en juillet 1994, de la sélection des embryons : cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au*

¹⁶⁴ *Op. cit.*, X. Bioy et E. Rial-Sebbag, 2013.

législateur »¹⁶⁵. De manière habituelle, il s’agit d’un contentieux où il est su par avance que le Conseil « a toujours veillé sur ces questions de société très évolutives, à marquer la différence entre son rôle et celui du Parlement »¹⁶⁶.

198. **L’idée de limitation par le Conseil de son propre office.** Comme le fait remarquer très justement le Pr. Bertrand Mathieu, le Conseil limite par ce verrou son pouvoir d’interprétation et de jugement dans un domaine où la menace est précisément et potentiellement plus forte qu’ailleurs. Selon les Pr. Deumier et Chénéde « *La reconnaissance de la question de société comme archétype de la question sujette à auto-limitation* »¹⁶⁷ va jusqu’à reconnaître des « zones de non-contrôle » ce qui exprime clairement une retenue sèche du Conseil vis-à-vis du Législateur. De plus, « *En refusant de revenir sur certains choix du législateur, le Conseil constitutionnel ‘écarter le spectre du gouvernement des juges’, c’est-à-dire la substitution à la volonté du Parlement de la volonté d’un groupe irresponsable coulant ses options propres dans le cadre élastique des formules constitutionnelles* »¹⁶⁸. Selon le Pr. Agnès Roblot-Troiziet « *Le Conseil constitutionnel renonce donc à exercer pleinement sa mission de gardien des normes constitutionnelles, estimant qu’il appartient au seul législateur de répondre, selon les conditions qu’il estime appropriées, aux « questions de société »*. Si le retrait formel ne suffisait pas, il ajouta un retrait substantiel : « *Aussi se garde-t-il opportunément de déterminer la portée des principes constitutionnels en cause et de définir les conditions de leur conciliation* »¹⁶⁹. L’idée de verrou exprime l’idée de retenue.

199. **Vers un déni de justice constitutionnelle ?** Selon les termes du Pr. Bertrand Mathieu à propos de la décision Bioéthique de 2001 « *Cette décision témoigne de la manière dont le Conseil, confronté au développement des pouvoirs que l’homme exerce sur la vie humaine, se refuse à utiliser les instruments juridiques dont il dispose* ». Cette première remarque porte sur la nature du contentieux. Le contentieux relatif à l’embryon permet de mesurer l’impact de l’homme sur lui-même. De toute évidence, cet impact est proposé, évalué et adopté par un Parlement exprimant la volonté générale dont le Conseil n’assure que la pérennité. Ainsi « *Le Conseil tente de maintenir l’affirmation d’un système de valeurs fondé par le texte constitutionnel, dont il est le garant, tout en s’abstenant d’exercer un véritable contrôle sur le législateur* »¹⁷⁰. Selon l’auteur, cela reste assez dangereux car « *Ce dernier fait alors évoluer le droit, porté par l’état, réel ou supposé, de l’opinion, par l’idéologie, par les pratiques ou par les exigences économique-scientifiques, sans que lui soit réellement opposée la logique des droits*

¹⁶⁵ Décision n°2010-39 QPC du 6 Octobre 2010, p. 10.

¹⁶⁶ Commentaire aux Cahiers de la Décision n° 2012-249 QPC, p. 8.

¹⁶⁷ F. Chénéde et P. Deumier, *L’œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille*, - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 39, la Constitution et le droit des personnes et de la famille, 2013.

¹⁶⁸ *Ibid.*, F. Chénéde et P. Deumier, citant J. Rivero ; à propos de la décision Bioéthique, « *Sur les aspects les plus controversés de la nouvelle législation, mettant en cause l’embryon, le juge se montre prudent, prévenant toute accusation de gouvernement de sa part* », J.-P. Duprat, LPA, 14 déc. 1994, n° 149, p. 34

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ B. Mathieu, *Une jurisprudence selon Ponce Pilate*, Dalloz, 2001, p. 2533.

fondamentaux, pourtant rituellement rappelée »¹⁷¹. L’auteur ajoute que « Par facilité, le Conseil semble enclin à considérer que les principes constitutionnels protégeant la personne humaine sont flexibles et relatifs »¹⁷². Privilégier un mode de résolution éminemment politique inscrit dans les aléas du temps les questions de société devenant ainsi juridiquement soumises à une temporalité contextuelle et relative.

B – Le verrou formel du « pouvoir de création et d’appréciation du législateur »

1 – La marge d’appréciation du législateur et le cas de l’embryon

200. En l’espèce, la marge d’appréciation laissée au législateur dans le cas de l’embryon est assez significative. En effet, la scission de son régime implique une scission de sa protection tant législative que constitutionnelle. Comme l’écrit le Pr. Pierre Egea « Cette distinction, qui s’est juridiquement imposée avec la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994, a des implications en termes de contrôle de constitutionnalité »¹⁷³. En effet, selon lui la marge d’appréciation laissée par le Conseil au législateur est fonction de la nature de l’embryon, ce qui présuppose une distinction claire, du point de vue de la qualification, entre l’embryon in vitro et l’embryon in utero : « dans le cas de l’embryon in utero, la marge d’appréciation du législateur est limitée par la nécessité, seule fondée à légitimer des atteintes au respect qui lui est dû ». Ensuite, « dans le cas de l’embryon in vitro, le législateur dispose d’un large pouvoir discrétionnaire marginalement limité par des impératifs très généraux de protection de l’intégrité de l’espèce »¹⁷⁴. Ainsi, il peut être déduit que le Conseil ajuste la nature de ce contrôle en fonction de la nature que le législateur donne aux objets qu’il nomme juridiquement. On peut très bien aboutir au fait que « l’embryon in vitro puisse être traité comme un moyen »¹⁷⁵ si c’est le choix de société exprimé.

2 – Le temps législatif et le temps juridictionnel

a – Du temps législatif au temps juridictionnel : le pouvoir d’appréciation

201. Le premier temps est le mouvement du temps législatif au temps juridictionnel, le temps de l’interprétation, de l’appréciation. Cette expression a notamment été utilisée par le Conseil dans la Décision Bioéthique de 1994 :

« 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

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Op. cit.*, P. Egea, *condition fœtale*.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

cause, au regard de l’état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur »¹⁷⁶.

202. Cette fois-ci, la formule canonique est complétée par un élément intéressant « *au regard de l’état des connaissances et des techniques* ». En somme, cet élément vient motiver le retrait du Conseil. Et cet élément exprime l’idée de l’écoulement du temps dont il n’est pas l’interprète. De plus, « *remettre en cause* » est l’aveu frappant du chamboulement qu’opèrerait le Conseil chaque fois qu’il juge le travail du législateur. En somme, au-delà de se retirer simplement du contrôle, le Conseil fait œuvre d’une modestie excessive. C’est le Conseil lui-même qui suppute la rationalité du législateur, en lui donnant en crédit ce qu’il perd en acuité.

b – Du temps juridictionnel au temps législatif : le pouvoir d’incitation

203. Le second temps cherche à étudier le mouvement d’incitation qui remonte du Conseil pour aller vers le Législateur. Le « pouvoir d’incitation » du Conseil s’adresse principalement à deux institutions : les juges ordinaires des premières instances aux instances de cassation et le Législateur. Ses décisions s’imposent aux pouvoirs publics, ce qui est un gage suffisant de conformité à la Constitution de ses propres décisions. Or, jamais cet article n’a constitué une norme de référence de contrôle de conformité¹⁷⁷.

204. Le Pr. Bertrand Mathieu explique que « *Ainsi, le juge constitutionnel ne se contente pas de donner à la norme juridique (le droit au respect de la vie dès son commencement) le sens qui résulte de la signification scientifique de son objet (un processus continu qui se déroule de la fécondation à la mort). En fait, sous couvert du respect du pouvoir d’appréciation du législateur, le Conseil prend parti en faveur d’une conception de la vie* »¹⁷⁸. En laissant au Législateur le soin de choisir, souverainement, la portée des dispositions, le Conseil prend parti pour cette liberté législative. Finalement, s’interroger sur la définition de l’embryon par le Conseil ne revient à rien d’autre, ici, que s’interroger sur la conception qu’il se fait de la vie ? Le pouvoir d’incitation du Conseil s’exprime surtout lorsqu’il valide l’interprétation du législateur. Offrir un tel brevet de constitutionnalité implique une mise à niveau perpétuelle du Législateur. C’est ensuite une incitation qui s’exprime explicitement lorsqu’il renvoie au Législateur le soin de prendre une certaine mesure, une certaine priorité.

§ 2 – Le pouvoir de création mesuré du contrôle matériel du Conseil constitutionnel

¹⁷⁶ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

¹⁷⁷ Par exemple, c’eût été le cas, si le Conseil avait eu à connaître, dans le cadre d’une QPC, d’un requérant demandant la reconnaissance de ses droits inscrits dans une décision constitutionnelle antérieure à une décision de justice postérieure, lui étant appliquée. Dans le cadre d’une saisine *a priori*, c’eût été le cas si le Législateur avait manifestement et gravement violé le sens de l’interprétation conféré par le Conseil dans ses décisions à une liberté ou un droit mis en application dans la loi déférée.

¹⁷⁸ B. Mathieu, *La recherche sur l’embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels*, Dalloz, 1999, p. 451.

205. Cependant, bien que le Conseil bride son pouvoir d’interprétation, il reste néanmoins très actif sur le plan du dévoilement des principes, droits et libertés que la Constitution *lato sensu* protège. Partant, il s’agit d’étudier la latitude qu’il s’octroie dans l’exercice de son contrôle.

206. Il faut que l’embryon au prétoire soit considéré comme sujet de droit pour lui reconnaître une titularité de droit. Pour le Pr. Bertrand Mathieu « *Selon le Conseil constitutionnel, l’embryon non implanté n’est pas un sujet de droits constitutionnels* »¹⁷⁹. De plus, lorsque le Conseil laisse le législateur créer une disposition permettant la création illimitée d’embryon, *accroissant le « stock » d’embryons surnuméraires disponibles*, il alimente passivement la mutation de l’embryon en objet de droit. Dès lors, ce dernier ne peut plus se prévaloir d’une quelconque titularité de droit. Nonobstant l’influence de ces deux éléments, il convient d’étudier les contentieux relatifs à l’embryon.

A – La création d’une controverse anthropologique constitutionnelle relative à l’embryon

1 – La consécration constitutionnelle de la dualité de l’embryon

a – Distinction embryon in vitro-in utero

207. Le Conseil, dans sa décision *Bioéthique* de 1994, considère que le législateur est à même de décider du champ d’application du « *principe de protection de [sa/la] vie dès le commencement* »¹⁸⁰. Selon le Pr. Bertrand Mathieu, cela conduit le Conseil à admettre que « *le législateur puisse fixer, de fait arbitrairement ou selon une logique qui lui est propre, le cadre conceptuel dans lequel s’inscrit la notion de personne humaine, telle qu’elle est protégée par la Constitution* »¹⁸¹. C’est parce que l’embryon in vitro existe et se différencie de l’embryon in utero, que ce dernier recueille un semblant de protection. En effet, l’un est par anticipation du côté des personnes dont *l’éthique personnaliste* tente de rendre compte ; l’autre est du côté des « moyens » dont l’éthique utilitariste rend compte des usages.

b – Une protection constitutionnellement graduée

208. Selon le Pr. Bertrand Mathieu « *Afin, tout à la fois, de ne pas priver d’effets le droit au respect de la vie dès son commencement et de préserver le pouvoir de décision du législateur* »¹⁸² le Conseil aurait pu raisonner complètement différemment et aurait pu se fonder sur « *la logique de sa décision de 1975 relative à l’avortement, qui reconnaît à l’embryon implanté le droit au respect de la vie, tout en considérant que ce droit n’est pas absolu* »¹⁸³ pour tout simplement « *étendre la portée de ce principe à tout embryon, mais graduer la protection constitutionnelle dont il bénéficie. Le droit au respect de sa vie aurait ainsi pu s’appliquer de manière croissante à l’embryon non implanté, à l’embryon implanté*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Décision n° 94-343/344 DC 27 juillet 1994.

¹⁸¹ *Op. cit.*, B. Mathieu, 1999.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

et au fœtus viable, par une conciliation différemment dosée des principes constitutionnels en cause »¹⁸⁴. Ces éléments, bien qu’ils correspondent à une vision graduelle de l’embryon, sont mobilisés à destination de sa protection.

2 – La protection entre dignité de la personne et respect de l’être humain : de l’homme à l’espèce

a – Appartenance incontestée à l’humanité

209. **Dignité humaine.** La sauvegarde de la dignité de la personne humaine est tirée du Préambule de la Constitution de 1946. Elle Inclut « les membres de la famille humaine » et « la dignité de l’être humain ».

210. Seule une vision large de l’inclusion de l’embryon dans l’acception floue de *dignité de la personne humaine* permet cette remarque développée par le Pr. Bertrand Mathieu : « Cette affirmation ne semble pas interdire que, dans un système juridique comme le système français, l’embryon soit protégé au titre du principe de dignité »¹⁸⁵. Ce n’est que par la voie de l’anticipation originelle qu’une telle position peut être soutenue « il est permis de considérer que l’embryon doit être protégé au nom de la personne humaine qu’il est susceptible de devenir, ou au nom de la vie humaine qu’il représente »¹⁸⁶

211. **Respect de l’être humain dès le commencement.** Le principe législatif de « respect de l’être humain dès le commencement » a connu des variations. En effet, la loi de 1975 dispose « commencement de la vie », la loi de 1994 « commencement de sa vie ». Le Conseil dans sa décision de 2001 relative à la Loi IVG II énonce une conciliation entre l’embryon et la liberté de disposer de son corps (reconnue à la femme) au lieu d’opérer une hiérarchie¹⁸⁷. D’une objectivation à une essentialisation de son droit propre, l’embryon se voit impliqué dans une controverse « au plus haut degré » de reconnaissance¹⁸⁸.

212. **Intégrité de l’espèce humaine.** Ce principe est « quasi-constitutionnel »¹⁸⁹ comme le souligne le Pr. Xavier Bioy. De plus, comme le souligne le Pr. Pierre Egea « D’un côté, il était tentant de placer l’espèce humaine sur le même piédestal que l’humanité. Cela permet d’utiliser les ressources juridiques qui lui sont associées, particulièrement sur le terrain du droit pénal »¹⁹⁰. Cette construction est d’autant plus surprenante qu’elle « emprunte au courant déontologique qui a largement inspiré l’ensemble du droit de la bioéthique et dont l’expression la plus aboutie fut la constitutionnalisation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »¹⁹¹. Cependant, il existe bien une différence entre

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Op. cit.*, X. Bioy, Thèse, p. 166.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ X. Bioy, Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, Constitutions 2011 p.565.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, P. Egea, *La condition fœtale*.

¹⁹¹ *Ibid.*

l’humanité et l’espèce humaine : si la seconde inclut la première, c’est pour réduire sensiblement le noyau dur de protection qui lui est dû. En effet « *si l’humanité renvoie à une réalité tangible l’ensemble des hommes - il n’en va pas de même de l’espèce humaine qui n’est qu’une catégorie des sciences naturelles que le législateur a utilisée comme pis-aller pour désigner le ‘patrimoine’ génétique humain* »¹⁹².

213. En 2011, le Pr. Xavier Bioy écrit à propos de la loi Bioéthique venant d’être adoptée que la loi « *satisfait au principe quasi-constitutionnel de l’intégrité de l’espèce humaine (celui du respect de l’être humain dès le commencement de sa vie n’est en principe pas applicable à l’embryon in vitro) en maintenant le principe de l’interdiction des recherches sur l’embryon* »¹⁹³. Or, cette remarque valait pour le régime d’interdiction de principe. Il est très clair que le régime d’interdiction fait dépendre le degré de protection de l’embryon dès lors inclus dans l’espèce humaine. Or, si depuis 2013 le régime d’interdiction de la recherche a fait place au régime d’autorisation, sommes-nous face à la déliquescence progressive de cette construction constitutionnelle ? Le principe de l’intégrité de l’espèce humaine, gagne-t-il en puissance constitutionnelle à mesure qu’il se déleste de ses sujets (dont l’embryon *in vitro* hier) ou au contraire perd-il en puissance constitutionnelle puisqu’il est le seul principe applicable à l’embryon *in vitro* d’aujourd’hui (dont l’atteinte est de principe et plus d’exception) ?

b – L’exclusion dissimulée de l’embryon de la communauté des personnes et la conception relationnelle

214. **Personnalité juridique, rétroaction et entéléchie**¹⁹⁴. Selon le Pr. Claire Neirinck « *L’embryon n’est pas doté de la personnalité juridique* »¹⁹⁵. S’il existe une technique juridique « *permettant de faire rétroagir la personnalité juridique à la date de la conception* »¹⁹⁶, elle est contenue dans ce que certains « *brandissent* », il s’agit de « *l’antique adage infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis jus agitur* »¹⁹⁷. La naissance qui agit comme une *condition suspensive* ici est l’élément qui déclenche cette anticipation. Si le premier moment de son régime lui offre comme première vocation celle de devenir un enfant, le second moment de son régime ne lui offre pas d’autres perspective que de finir en objet de recherche. Il suffirait, pour faire rétroagir la personnalité à la date de la conception, de supputer une *conception causale* de l’embryon selon laquelle le premier moment de son régime est repris. Cette conception valait pour la loi de 1994 où la recherche sur embryon était interdite et où la conception d’embryon *in vitro* ne se faisait qu’en vue du projet parental.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Op. cit.*, X. Bioy, 2011.

¹⁹⁴ Terme biologique désignant le développement propre et interne de l’être biologique, suivant son cours naturel.

¹⁹⁵ *Op. cit.*, C. Neirinck, 1999.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

215. Ainsi, ce qui était valable en 1975, 1994, 2001, 2004, 2011 ne l’est déjà plus en 2013 dès lors que l’embryon humain in utero (1975, 2001) n’est pas l’embryon humain in vitro (1994, 2011, 2013) ; et surtout dès lors que le passage de l’interdiction de recherche (1994), à l’interdiction avec dérogation (2004, 2011) à l’autorisation de principe sous condition (2013) marque une très progressive et nette évolution de la « *conception anthropologique* » de l’embryon en droit français. Cependant, une conception relationnelle de l’embryon peut palier un certain nombre de questions.

216. **Conception relationnelle de l’embryon.** Selon le Pr. Xavier Bioy « *[La] capacité relationnelle qui caractérise la personne, notre droit la traduit dans le cas de l’embryon et du fœtus et du rôle que joue le « projet parental » dans leur protection* »¹⁹⁸. En effet, sont ici mobilisés à la fois les intérêts connexes à ceux de l’embryon, et la fiction juridique qui peut lui être appliquée. En somme, la « *conception relationnelle* » de l’embryon peut être une voie expliquant le traitement différencié de l’embryon *in vitro* et *in utero*, reconnaissant toujours une forme de gradation et donc, par conséquent, une différence de degré entre les deux entités « *Le traitement juridique de l’enfant à naître atteste en effet d’une progressivité de la protection juridique de son intégrité [...]. Cette progression est corrélative des manifestations d’intérêt de son environnement social, en premier lieu les géniteurs de l’enfant, l’Etat ensuite* »¹⁹⁹. Si le recours à la fiction juridique de *l’infans conceptus* permettant la reconnaissance de la vie de l’embryon par anticipation est essentiel ; la réalité de la personnalité est quant à elle inscrite dans « *la reconnaissance sociale des individus et des groupes que le droit lui-même admet sous la forme de ce droit à avoir des droits* »²⁰⁰.

217. La loi Bioéthique de 2004, selon le Pr. Pierre Egea, exprime la « *volonté de maintenir un lien juridique entre les surnuméraires et les personnes, même après l’extinction du projet parental* »²⁰¹. En effet, la loi offre aux membres du couple trois possibilités de destinées de « leurs » embryons : être accueilli par un autre couple²⁰² ; être donné à la recherche²⁰³ ou bien cesser d’être cryoconservé. Selon l’auteur, c’est l’illustration du lien juridique unissant la personne (couple, parents potentiels) à la personne potentielle (l’embryon). Selon lui le « *personnalisme invite à tisser des liens entre les personnes et ces êtres sans projet afin de nuancer, sinon d’éviter, une réification pourtant présente à travers a destruction* »²⁰⁴. En allant plus loin il écrit également à propos de ce que l’on peut nommer en droit la représentation des intérêts « *En ce sens, on peut voir un indice du fait qu’un être accède à la vie sociale quand il prend la parole, lui-même ou par l’intermédiaire de porte-parole, que s’ouvre, à son*

¹⁹⁸ X. Bioy, *Le droit à la personnalité juridique*, Théorie des droits fondamentaux, RDLF 2012, chron. n°12.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Op. cit.*, P. Egea, *La condition fœtale*.

²⁰² Accueil de l’embryon surnuméraire par un autre couple : articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du code de la santé publique.

²⁰³ Recherche sur embryon surnuméraire : article L 2151-5 du code de la santé publique.

²⁰⁴ *Op. cit.*, P. Egea, *La condition fœtale*.

sujet, une discussion, un débat »²⁰⁵. La combinaison de ces idées a pour vocation de lier le sort de l’embryon à la volonté des parents.

²⁰⁵ L. Boltanski, *Une sociologie de l’avortement et de l’engendrement*, Gallimard, Essais, 2004.

B - L’absence de pondération claire des intérêts en balance face à l’embryon

1 - La recherche scientifique : un intérêt collectif constitutionnellement évité

218. Comme le dit le Pr. Bertrand Mathieu « *La question de la recherche sur embryon se pose de manière radicalement différente de celle relative à la dépénalisation partielle de l’avortement* »²⁰⁶. La question de la recherche sur embryon est singulière en ce qu’elle constitue un « intérêt collectif » par opposition à l’intérêt de l’embryon, la protection d’un droit fondamental d’un tiers identifié face à l’embryon²⁰⁷. La protection de l’embryon est habituellement « *graduée en fonction de son développement* » car sa destruction *peut être* acceptée en cas de rencontre avec l’intérêt « *appartenant à un autre être humain* »²⁰⁸.

219. La reconnaissance de la liberté de la recherche scientifique comme droit fondamental ne peut être retenue en ce que l’atteinte au principe de dignité (dans lequel peut être inclus, *lato extra sensu*, l’embryon humain in vitro) ne peut céder le pas devant un intérêt collectif, conformément à la lettre de la Convention Bioéthique du Conseil de l’Europe : « *L’intérêt et le bien de l’être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science* »²⁰⁹. Accepter une acception réifiant l’embryon, revient à violer cette disposition conventionnelle adoptée par la France. Il peut être raisonnablement déduit de ce qui vient d’être avancé que la liberté de recherche n’est pas constitutionnellement consacrée comme droit individuel. Elle constitue au mieux un intérêt collectif produisant des effets comme « *intérêt de la société ou de la science* ». Au surplus, cet intérêt ne peut infléchir la force de « *l’intérêt et le bien de l’être humain* » selon cette même source. L’embryon peut être qualifié d’être humain. Par conséquent, la recherche sur embryon ne peut raisonnablement être reconnue comme supérieure à l’intérêt de l’embryon.

2 – L’intérêt personnel des parents : un intérêt constitutionnellement et constamment garanti

220. **Premier moment du régime de l’embryon in vitro.** L’embryon est normalement constitué par fécondation in vitro en vue de la réalisation d’un projet parental. A ce stade-ci de la réflexion, il n’est question que de répondre à un projet parental. Ce n’est pas un intérêt collectif. Et à ce stade il n’est pas question de destruction d’embryon.

221. **Transition du premier vers le second moment.** Les choses évoluent lorsqu’intervient la « faculté » de créer davantage d’embryons que de tentatives nécessaires à la réussite d’une grossesse. La question qui se pose ici n’est plus de savoir si la destruction de l’embryon pour la recherche est autorisée, car cela revient à brûler une étape essentielle. La question qui se pose est alors : l’objet initial, relatif à l’exercice par le couple de son droit à fonder une famille, n’est-il pas assuré à partir du moment

²⁰⁶ *Op. cit.*, B. Mathieu, 1999.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Art. 2 de la Convention Bioéthique du Conseil de l’Europe du 16 novembre 1996.

où suffisamment d’embryons sont créés à cette fin ? Est-ce nécessaire de créer plus d’embryons que de tentatives ? C’est ici que se manifeste le premier étage de la réification de l’embryon.

222. **Le lien personnel unissant les parents potentiels au sort de l’embryon surnuméraire.** La loi de 2004 exprime la « *volonté de maintenir un lien juridique entre les surnuméraires et les personnes, même après l’extinction du projet parental* »²¹⁰. Le simple fait de laisser aux parents le soin de décider du sort de leur embryon, est en soi l’illustration de l’emprise d’un droit patrimonial sur un « intérêt » qui leur appartient. En effet, les parents doivent choisir parmi les trois options qui leur sont offertes, par écrit et réitération de leur consentement après un délai de réflexion de trois mois. Un droit patrimonial permet de céder, aliéner, donner son bien. S’il est possible d’exactement faire de même avec l’embryon, c’est l’illustration implicite de sa réification. A propos de la massification de la création d’embryons, le Pr. Vigneau « *Que l’on s’en défende ou non, il faut bien disposer de stocks d’embryons, et donc en produire en surnombre, si l’on veut pouvoir mener des recherches sur eux* »²¹¹. Même le CCNE dans son avis n°8 prend position : « *L’embryon humain, dès la fécondation, appartient à l’ordre de l’être et non de l’avoir. [...] dont la dignité assigne des bornes au pouvoir ou à la maîtrise d’autrui* »²¹². L’expression « *Assigner des bornes au pouvoir d’autrui* », inspirée de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, s’adresse-t-elle aux parents ?

²¹⁰ *Op. cit.*, P. Egea, La condition fœtale.

²¹¹ D. Vigneau, *Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l’embryon et au fœtus humain*, Recueil Dalloz 2011 p. 2224.

²¹² Avis n° 8 *relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques*, 15 décembre 1986.

Section 2 – L’activité du contentieux administratif relatif à la recherche sur embryon

§ 1 – Le traitement rigoureux des intérêts contradictoires

A – La délimitation des intérêts contradictoires : l’appréciation de l’intérêt à agir

1 – L’appréciation de l’intérêt à agir par le juge administratif

223. Dans sa décision de 2014, le Conseil d’Etat apprécie l’intérêt à agir de la Fondation Jérôme Lejeune²¹³. Dans cette espèce, c’est l’Agence qui contestait l’intérêt à agir, le Conseil d’Etat a donné satisfaction à la Fondation, sur le motif que « *la fondation justifie ainsi, en raison de son objet, d’un intérêt à agir contre une décision qui a pour effet d’autoriser des recherches sur des cellules dont l’obtention a rendu nécessaire la destruction d’embryons issus de fécondations in vitro* »²¹⁴.

224. Quant à l’Alliance pour les droits de la vie, un contentieux a eu lieu en 2002. A la suite de la contestation de la décision du Ministre d’alors d’autorisation d’importation de cellules souches embryonnaires. Si l’ordonnance en référé suspension du 18 Juin 2002 rejette le recours pour défaut d’intérêt à agir, arguant que « *les cellules souches en culture ne peuvent être assimilées à un embryon, ni à une personne vivante* », cinq mois après le Conseil d’Etat annule cette ordonnance et requalifie la délimitation de l’intérêt à agir de l’association : « *déniant un tel intérêt à l’association, au motif que les cellules souches en culture ne peuvent être assimilées à un embryon, ni à une personne vivante, [...] le juge [...] a fait une inexacte application des règles relatives à la recevabilité des recours pour excès de pouvoir* »²¹⁵.

2 – L’appréciation de l’intérêt à agir des associations peut conduire à une forme de définition de l’embryon

225. Dans ce cas de figure, apprécier l’intérêt à agir revient, simplement, à définir l’embryon. Au vu de l’objet social de l’association, le Conseil reconnaît un lien suffisant entre la nature de la décision et les éléments défendus par l’association. L’objet de l’association est « *la défense de la vie et des droits qui sont attachés à toute vie humaine depuis son commencement* ». La décision attaquée traite des cellules souches d’origine embryonnaire. L’intérêt à agir est donc reconnu, sans signifier pour autant une identité de signification entre les deux éléments. En effet, une telle position ne peut emporter définition négative ni positive de l’embryon. Or une telle position a pu être soutenue par le Pr. Stéphanie

²¹³ Voici l’objet de son association : « *Parce qu’elle défend la vie, la Fondation est vigilante aux questions de bioéthique : dans un contexte où l’accélération des progrès scientifiques et la pression idéologique posent à la société des interrogations fondamentales, la Fondation apporte son expertise scientifique jointe à ses valeurs éthiques* » recueilli sur son site « à propos de la Fondation ».

²¹⁴ Conseil d’Etat, 1^{ère} chambre, 23/12/2014, 360958.

²¹⁵ Conseil d’Etat, 5^{ème}, 13 novembre 2002, n° 248310, *Association Alliance pour les droits de la vie*.

Hennette-Vauchez : « Il était envisageable, en d’autres termes, de se cantonner à une définition négative de l’embryon [...] le jugement par lequel le Tribunal administratif de Paris avait, en 2003 »²¹⁶. Or, peut-on penser qu’en associant *lato sensu* l’objet social de l’association et l’élément visé par la décision litigieuse, dans l’appréciation de l’intérêt à agir, le Conseil a défini la nature de l’embryon ? Il s’est contenté de reconnaître qu’il y avait un **lien** entre la cellule souche et le début de la vie. Or, c’est une évidence qui n’est pas suffisamment remarquable pour constituer un début de définition.

B – Une production juridique vigoureusement alimentée par des intérêts associatifs

1 – La précision de la question du consentement

226. Dans la décision de la Cour administrative d’appel de Paris du 31 Décembre 2015, le thème du consentement « *lequel consentement est une condition de fond et non une condition de forme ou de procédure à la délivrance de l’autorisation de protocole de recherche* »²¹⁷ a été abordé. Il s’agit d’un appel formé par l’Agence Biomédecine pour lequel elle obtient satisfaction. Ici la CAA est soucieuse de produire une exégèse plus approfondie de ce que *ne dit pas le droit* : le droit ne dit pas qu’il faille réitérer tout consentement déjà donné sur une lignée identique. De plus, ici le juge de la CAA indique que le recueil du consentement est une condition de fond et non de forme ou procédure. Cela signifie que, forte de cette garantie, l’éthique – via le recueil du consentement – jouit d’un statut dont elle ne jouit pas en pratique, son examen étant par ailleurs très léger et approximatif.

2 – La précision de la question de l’alternative comparable

227. Dans sa décision du 23 Décembre 2014, le Conseil d’Etat donne satisfaction à l’ABM dans un pourvoi formé par la Fondation Jérôme Lejeune relatif à la question de l’alternative comparable à l’embryon :

« Il appartient à celui qui sollicite une autorisation d’apporter, à l’appui de sa demande, tous éléments de nature à démontrer que la recherche envisagée ne peut être poursuivie par une méthode alternative d’efficacité comparable et à l’Agence de la biomédecine, qui doit porter son appréciation " en l’état des connaissances scientifiques ", de prendre en considération l’ensemble des travaux scientifiques existant à la date de sa décision pour vérifier que l’absence de méthode alternative d’efficacité comparable »²¹⁸.

228. Ce que doivent juger les membres du Conseil d’orientation tient bien à l’absence de méthode alternative *prouvée par tout moyen* par le chercheur. Si la charge de la preuve pèse sur le chercheur, et s’il dispose du bénéfice de preuve par tout moyen, pourquoi étudier si strictement le jugement des membres du conseil d’orientation ? Dorénavant, l’Agence devra elle-même prouver par tout moyen

²¹⁶ Stéphanie Hennette-Vauchez, *L’embryon de l’Union*, Dalloz, RTD Euro, 2012, p. 355.

²¹⁷ CAA de Paris, 8^{ème} chambre, 31/12/2015, n° 15PA03398.

²¹⁸ Conseil d’Etat, 6^{ème} chambre, 23/12/2014, n° 360958.

qu’elle a étudié de très près l’état des connaissances scientifiques pour comparer ses résultats relativement à ceux des laboratoires. Le Conseil d’Etat fait donc preuve ici d’une décision plutôt constructive, fondée sur l’allourdissement de la charge de la preuve. De plus, selon le Pr. Xavier Bioy et E. Rial-Sebbag « *les juges disposent désormais de cadres plus clairs pour le contrôle du pouvoir de police de l’Agence Biomédecine. [...] L’ABM devra désormais elle-même motiver tout refus, au vu des éléments du dossier, mais aussi selon une philosophie plus libérale de l’intérêt de la science* »²¹⁹.

§ 2 – L’émergence d’un authentique droit administratif de la recherche sur l’embryon

A – Le rôle de l’Agence Biomédecine renforcé

1 – Un rôle actif dans la détermination de l’alternative à l’embryon

229. Selon le Pr. Xavier Bioy, la différence marquée entre le régime d’autorisation et le régime d’interdiction tient notamment à la « *charge de la preuve* » du respect des conditions comme la *subsidiarité* »²²⁰. Dans le principe de l’interdiction en vigueur jusqu’en 2013 « *il appartient à l’autorité administrative, renseignée par le candidat et conseillée par Conseil d’orientation, de motiver sa décision en se contentant de ce que la preuve de l’absence d’alternative n’a pas été apportée par le candidat* »²²¹. Ici, la charge de la preuve reposait antérieurement sur le demandeur. Ce dernier devait prouver lui-même que la recherche qu’il souhaitait entreprendre ne pouvait être entreprise différemment. Cependant, « *il semble qu’avec un régime d’autorisation il faudrait prouver l’existence d’alternatives sérieuses, ce qui se révèle très difficile et profite au chercheur-demandeur* »²²². Si la charge de la preuve repose depuis 2013 sur l’ABM, celle-ci doit par elle-même vérifier l’absence de méthode alternative « *il appartient à l’Agence de la biomédecine, qui doit porter son appréciation " en l’état des connaissances scientifiques ", de prendre en considération l’ensemble des travaux scientifiques existant à la date de sa décision pour vérifier l’absence de méthode alternative d’efficacité comparable* »²²³.

2 – Un rôle déterminant dans la gouvernance bioéthique

230. En étudiant le « *processus de révision des lois bioéthique* »²²⁴, le Pr. Xavier Bioy distingue deux moments : le moment de la « *gouvernance* » et le moment du « *travail parlementaire* ». Le moment de la gouvernance est décomposé en plusieurs étapes²²⁵.

²¹⁹ *Op. cit.*, X. Bioy, E. Rial-Sebbag, 2013.

²²⁰ X. Bioy, *A la recherche de l’embryon*, Dalloz, Constitutions, 2013.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ *Op. cit.*, CE, 23 décembre 2014.

²²⁴ X. Bioy, *Le processus de révision des lois « bioéthique »*, Dalloz, Constitutions, 2010, p. 132.

²²⁵ Notamment Les états-généraux, les auditions publiques, les forums régionaux, la synthèse nationale, le rapport remis au Président de la République, le rapport adopté par l’OPECST, l’avis du CCNE et l’éventuel rapport de l’ABM.

231. **Gestion administrative du processus de la vie.** Selon le Pr. Pierre Egea et Florence Bellivier « Dans les démocraties libérales, l’Etat a transféré aux individus les attributs de la souveraineté qu’il avait dans le domaine du vivant »²²⁶. Si l’Etat concède une « petite souveraineté » sur ce qui a trait à la « décision sur la vie » à la femme (contraception et IVG) ; il accroît son emprise sur le terrain de la « gestion du processus de la vie » via un « maillage serré d’instances de décisions diverses qui opèrent des choix à chaque étape de la production de la vie »²²⁷. D’un côté l’embryon in utero est pris en charge par la femme détenant un quasi droit subjectif sur ce dernier ; de l’autre côté l’embryon in vitro est pris en charge par l’Etat par lequel il est « stocké, testé, importé et, le cas échéant détruit »²²⁸. Ici « Il n’est plus question de la vieille morale liberticide, mais bien de gestion administrative »²²⁹ selon les auteurs. Cette idée de gestion administrative est poussée à son paroxysme lorsque l’embryon « échappe à la logique d’exception pour entrer dans une logique de gestion de l’espèce humaine »²³⁰. Ce processus de gestion de la vie aboutit à une « segmentation des problèmes » responsable de l’absence de définition précise de l’embryon.

B – Les indices d’un ordre public immatériel de la recherche biomédicale

1 – L’identification et l’insertion de l’exercice de la recherche scientifique dans le régime des libertés

a – L’équivalence entre principe et exception interrogée

232. Selon le Pr. Xavier Bioy « en cas de dérogation, l’interprétation des conditions est stricte [...] en cas de régime d’autorisation, la liberté devient le principe et le refus, seul, nécessite une motivation et une proportionnalité »²³¹. Cette remarque fait donc appel aux traditionnels outils du juge administratif. L’étendue du contrôle du juge administratif varie en fonction de la compétence liée ou du pouvoir discrétionnaire reconnu à l’autorité administrative de mise en œuvre de la loi. En somme, la liberté de recherche est le principe strictement encadré, donc l’Agence voit sa compétence enserrée et liée par le texte qui le prévoit. Ainsi, le contrôle du juge administratif sera normal, voire proportionnel.

b – L’insertion de la liberté de recherche dans le triptyque régime répressif, préventif, d’autorisation

233. **La distinction entre le régime répressif, préventif et le régime d’autorisation.** La loi aménage les libertés en vertu de l’article 34 de la Constitution vis-à-vis de leur protection et de leur atteinte selon trois degrés. Le **régime répressif** est le régime le plus libéral. C’est un dispositif qui laisse la liberté s’exprimer *a priori* et n’intervient pour sanctionner qu’en présence d’une infraction. Le

²²⁶ *Op. cit.*, P. Egea et F. Bellivier, *Chemins de la liberté*.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Op. cit.*, X. Bioy, *A la recherche de l’embryon*.

régime préventif est le régime le moins libéral. Il exige l’obtention d’une autorisation préalable d’exercice de la liberté en cause. L’autorisation est quant à elle octroyée par une autorité administrative indépendante mettant en œuvre le cadre prévu par le législateur. Plus les critères posés par le législateur seront précis, plus la compétence de l’autorité administrative indépendante sera liée et le contrôle du juge aura tendance à être plus fort. Entre ces deux régimes se situe le **régime de la déclaration préalable**. Il nécessite une déclaration qui sera acceptée par principe mais dont la formalité administrative sert de fondement au déclenchement de droits.

234. En l’espèce, le régime de la recherche sur embryon est un régime d’autorisation assorti de conditions. Cela permet de clairement définir qu’il s’agit du régime le moins libéral de tous.

2 – L’émergence d’un ordre public immatériel de la recherche sur embryon

235. Lorsque le Pr. Claire Neirinck propose de « *séparer personnalité juridique et protection juridique* »²³², elle émet une hypothèse très enrichissante. Après avoir posé la question « *qui pourrait prétendre à la représentation de l’embryon in vitro ?* »²³³, elle émet l’hypothèse d’un « *centre conservateur* ». Ce qui aboutirait à une authentique prérogative administrative (et non parentale), exerçant un pouvoir de tutelle sur l’embryon. Cette hypothèse ne répond selon elle « *à aucune logique juridique* »²³⁴ car il « *serait intellectuellement beaucoup plus choquant* »²³⁵ de « *doter l’embryon de la personnalité juridique* »²³⁶. Etre représenté dans ses droits ou représenter ses droits via la personnalité juridique permet d’affirmer l’intérêt à agir en justice. A la suite des raisonnements précédents relatifs à l’émergence d’un droit administratif de la bioéthique, il peut donc être envisagé de développer l’idée d’un ordre public immatériel incluant des principes, des autorités, des règles.

236. **L’ordre public immatériel.** Le Pr. Pierre Delvolvé en livre une définition claire :

« Mais ni la sécurité de l’intéressé, ni la salubrité des lieux, ni la tranquillité du voisinage n’étaient menacées : était seulement atteinte la dignité de la personne humaine. Il est ainsi fait référence à une conception de l’homme qui relève du domaine de la conscience, à la sauvegarde de laquelle doivent s’attacher les autorités de police. L’immatériel s’insère dans l’ordre public »²³⁷.

237. Le Pr. Pierre Delvolvé distingue deux moments de l’ordre public immatériel. D’une part « *l’immatériel objet de l’ordre public* », et d’autre part « *l’immatériel constitutif de l’ordre public* ».

a – L’ordre public relatif à l’objet immatériel

²³² *Op. cit.*, Claire Neirinck.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ P. Delvolvé, *L’ordre public immatériel*, Dalloz RFDA 2015 p.890.

238. **Domaine public et police de la conservation.** Il existe une police spéciale de la conservation qui vise à « *préserver l’intégrité du domaine public et en assurer la bonne utilisation, par une maîtrise des atteintes ou empiétement sur celui-ci* ». Dans la « *consistance* » du domaine public se trouvent déclinées ses différentes branches. Parmi celles-ci se trouve la branche du domaine public mobilier qui : « *font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l’histoire, de l’art, de l’archéologie, de la science ou de la technique* »²³⁸. La recherche sur embryon présente un intérêt scientifique qu’il est raisonnable de classer dans « *l’intérêt public [...] de la science ou de la technique* » afin qu’elle constitue un élément du domaine public auquel s’applique la protection exercée par la police administrative de la conservation. Ce qui est corroboré par l’interdiction de la destruction d’embryon sans *autorisation administrative préalable*. C’est, en l’espèce, le Centre de ressources biologiques qui se charge de conserver les embryons constitués in vitro initialement pour l’aide médicale à la procréation et incidemment destinés à la recherche. Implicitement déduite, la *valeur de l’ordre public immatériel* concerne le motif éthique présent dans l’article 16 du Code civil et les autres principes dégagés de manière législative ou prétorienne ainsi que la mise en œuvre de ce principe nécessitant l’intervention d’une autorité administrative compétente. C’est, en l’espèce, la compétence dévolue à l’Agence Biomédecine pour délivrer les autorisations de recherche sur embryon.

b – L’ordre public immatériel relatif aux personnes

239. Le premier sous-ensemble concerne les *personnes* et la dignité qui est due à la personne humaine ainsi que l’être humain et au respect qui lui est dû. Le deuxième sous-ensemble concerne la *société* et développe l’ordre public social et l’ordre public économique. Ici, il est question du statut de la famille et du droit à fonder une famille (*réalisé par la PMA*) et la conciliation des intérêts économiques en jeu. Le troisième sous-ensemble correspond à *l’ordre public institutionnel* « *concrétisant* » le statut et l’action des pouvoirs publics. Ce sont les règles formelles adoptées et édictées par l’autorité administrative, comme les autorisations de protocole édictés par l’ABM.

²³⁸ Selon l’article L.2112-1 du Code général des propriétés des personnes publiques.

Conclusion du titre second

240. S’il n’était pas possible de retrouver les éléments d’une définition stipulative et déductive de l’embryon en droit interne, il semblait plus accessible d’en trouver des traces dans une démarche inductive.

241. L’approche légistique et l’approche contentieuse sont complémentaires. Ce sont deux temps distincts, entretenant des relations plus ou moins influentes. La nature du contrôle qu’opèrent le Conseil constitutionnel et les juges administratifs est différente. Cette différence permet de distribuer le contentieux en fonction des spécificités de chacun. Et cette distribution permet de révéler l’intensité de la maîtrise de la question du droit de l’embryon. Le droit constitutionnel relatif à l’embryon est très ambigu et ne permet pas de conclure à autre chose qu’une version tautologique de ce que propose la loi. Le droit administratif relatif à l’embryon est quant à lui plus opérationnel, efficace et concret. Il ne traite que de l’embryon *in vitro*, puisqu’il ne connaît pas naturellement de l’embryon *in utero*.

Conclusion de la première partie

242. La première partie a permis de répondre à la question : existe-il une définition juridique de l’embryon en droit interne. La réponse est nuancée. Il n’existe pas d’authentique définition juridique de l’embryon, marquée par la précision des termes et le parti pris normatif et performatif pour l’une ou l’autre des conceptions de l’embryon. Or, il existe des critères permettant de reconnaître l’embryon. Cette manière de procéder ne trouve son salut que dans les éléments de régime de l’embryon. Régime qui, naturellement, n’envisage l’embryon qu’en *action*. Il convient donc d’aborder cette observation avec précaution. En aucun cas la France a fait le choix de définir l’embryon juridiquement. C’est une volonté délibérée. Dès lors, il convient de s’interroger sur ce qui lie l’absence de cette définition en droit interne et sa présence en droit de l’Union.

243. Les rapports de systèmes, dans le cas de l’Union européenne et du droit interne français, peuvent notamment se manifester de deux manières. Tout d’abord, la question des relations d’inclusion entre les deux ordres. Ensuite, la question de l’articulation des compétences. D’ordinaire l’Union européenne ne jouit pas d’une compétence générale, dans le domaine de la biomédecine, pour élaborer des directives ou autres textes de droit dérivé²³⁹.

²³⁹ Voir, notamment, en ce sens J.-S. Bergé, *Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie*, Dalloz, RTD Eur. 2002 p.627.

SECONDE PARTIE

**L’IMPROBABLE DEFINITION JURIDIQUE DE L’EMBRYON EN DROIT DE L’UNION
EUROPEENNE**

« Le droit communautaire est sans doute passé maître dans l’art d’établir des liens inattendus, voire paradoxaux, entre des branches du droit, des catégories juridiques, ou, plus modestement, des familles de règles. »²⁴⁰

Jean-Sylvestre Bergé

244. **Le paradoxe comme objet d’étude.** Cette partie sera consacrée à la seconde partie du problème posé en introduction : si la France n’a pas fourni de définition, pourquoi est-ce l’Union européenne qui le fait ? Il s’agit du paradoxe entretenu entre l’émergence de l’unique définition juridique de l’embryon et le contexte dans lequel elle est apparu. La définition juridique de l’embryon est un enjeu non seulement crucial mais également universel « *la difficulté de définition juridique de l’embryon est un problème non français mais universel* »²⁴¹. Dès lors, si la définition de l’embryon pose tant de difficultés, **alors pour quelle raison et selon quels procédés l’Union s’est doté d’une telle définition ?** C’est en effet avec grande surprise que l’Union appréhende l’embryon dans la directive 98/44 relative aux brevets ; et qu’elle définit l’embryon dans les affaires *Brüstle* et *Stem Cells* en 2011 et 2014.

245. **Cette définition de l’embryon est authentique.** D’une part, cette définition exprime clairement les critères de reconnaissance de l’embryon. Elle exprime *a minima* les deux éléments d’une définition où le signifiant est équivalent au signifié : un embryon c’est x. D’autre part, elle possède les éléments de définition proprement juridique, exigeant à la fois un caractère stipulatif et une dimension performative. La Cour de justice opère en réalité un authentique choix. Il existe une certaine part d’arbitraire dans la définition juridique d’un objet²⁴². Cet arbitraire peut se révéler en partie dans la relativité de l’appréhension de l’objet en question. En effet, dans les deux affaires précitées, la Cour offre un regard tout différent de l’embryon. Ce qui manifeste, au demeurant, la part d’arbitraire retenue dans la définition. C’est la raison pour laquelle cette seconde partie sera consacrée à l’étude de l’influence de l’Union. Cette influence lui a permis une extension de ses compétences et une marge de manœuvre permettant ainsi l’émergence d’une telle définition.

²⁴⁰ *Op. cit.*, J.-S. Bergé, *Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie*.

²⁴¹ W. Mastor, *L’embryon en droit comparé*, Journal international de Bioéthique, 2017.

²⁴² *Op. cit.*, V. Champeil-Desplats.

246. La première définition, issue de l’affaire *Brüstle* est extensive et inclusive.

« (36) Dans ce sens, tout ovule humain doit, dès le stade de sa fécondation, être considéré comme un « embryon humain » au sens et pour l’application de l’article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive, dès lors que cette fécondation est de nature à déclencher le processus de développement d’un être humain. Doivent également se voir reconnaître cette qualification l’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. Même si ces organismes n’ont pas fait l’objet, à proprement parler, d’une fécondation, ils sont, ainsi qu’il ressort des observations écrites déposées devant la Cour, par l’effet de la technique utilisée pour les obtenir, de nature à déclencher le processus de développement d’un être humain comme l’embryon créé par fécondation d’un ovule. »²⁴³

247. En revanche, la seconde définition offerte dans l’affaire *Stem Cells* est restrictive et exclusive. Elle se construit en réaction à la première.

« (38) Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l’article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive 98/44 doit être interprété en ce sens qu’un ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer ne constitue pas un « embryon humain », au sens de cette disposition, si, à la lumière des connaissances actuelles de la science, il ne dispose pas, en tant que tel, de la capacité intrinsèque de se développer en un être humain, ce qu’il appartient à la juridiction nationale de vérifier. »²⁴⁴

248. L’émergence d’une telle définition doit donc être étudiée à l’aune de la surprise qu’elle a suscitée, car « *le juge européen n’était pas tenu de procéder ainsi - ou aussi précisément* »²⁴⁵. En effet cette définition ne va pas de soi. Et ce pour deux raisons qui constituent en réalité deux obstacles que l’Union a réussi à lever pour créer cette authentique définition juridique.

249. Le premier obstacle. *D’abord* l’Union européenne organise une répartition des compétences selon les trois degrés de son intervention. Il s’agit, dans l’ordre croissant d’influence de l’Union : la compétence d’appui, la compétence partagée et la compétence exclusive. S’il n’existe qu’une seule définition juridique de l’embryon, et qu’elle provient de l’Union, intuitivement il peut être envisagé que l’embryon est inclus dans un domaine relevant de la compétence exclusive de l’Union. En effet, ce serait la marque de plus haut degré d’influence de l’Union capable de *neutraliser* les autres définitions. *Ensuite*, l’embryon relève intuitivement²⁴⁶ de la santé, de la biomédecine, de l’éthique. Ces domaines correspondent en droit de l’Union aux compétences d’appui qu’énumère l’article 6 du TFUE. Plus précisément il s’agit de « *la protection de la santé humaine* ». Au surplus, l’article 4 TFUE évoque dans

²⁴³ *Op. cit.*, *Affaire Brüstle*, §36.

²⁴⁴ *Op. cit.*, *Affaire Stem Cells*, §38.

²⁴⁵ *Op. cit.*, *S. Hennette-Vauchez*.

²⁴⁶ Au moins selon les différentes législations des Etats-membres communément incluse dans ces domaines.

les compétences partagées : « les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le TFUE uniquement ». Aussi le domaine de « la recherche, le développement technologique et l’espace » ressort également de la compétence partagée. Il convient d’ores et déjà d’avancer que le domaine dans lequel est inclus l’embryon influence la conception que l’ordre politique s’en fait. *Par conséquent*, l’Union européenne produit l’unique définition juridique l’embryon, alors qu’il ne ressort pas intuitivement de sa compétence exclusive. Ce premier obstacle pose un problème de forme : *comment* l’Union parvient-elle à orienter, en sa faveur, les règles procédurales de répartition des compétences ?

250. **Le second obstacle.** Au sein même de l’Union existe une répartition des compétences administratives, législatives, juridictionnelles, expertales. En regardant de très près, c’est la direction générale du marché intérieur qui a chapeauté l’ensemble des travaux relatifs à la Directive 98/44. Cette directive est le fondement du recours préjudiciel qui a permis la définition de l’embryon. Pourquoi est-ce la délégation du marché intérieur qui s’intéresse à l’embryon ? Le marché intérieur est la base juridique choisie pour mener ces travaux. La définition juridique de l’embryon court depuis la genèse qui déclenche la compétence de l’Union jusqu’à la procédure législative qui en découle. La marge d’appréciation qu’exerce le juge qui interprète alors un *certain type* de droit est déterminée par la compétence initiale. En somme, c’est parce que la compétence de l’Union pour définir l’embryon est *improbablement* exclusive, que le résultat du travail est *improbablement* situé dans un corpus inattendu. Ce second obstacle pose un problème de fond : *quel* est le contenu de la définition de l’embryon, alors tributaire de cette *généalogie* procédurale ?

251. La définition de la Cour de justice se fonde sur une directive qui permet l’émergence d’une telle définition autonome. Il convient dès lors d’étudier le réseau de compétence établi par l’Union et l’ayant habilité à prendre cette directive. Cet angle permet d’étudier la portée de la définition dégagée par la Cour de justice (Titre 1^{er}) avant de démontrer l’originalité et dégager d’un point de vue matériel les éléments de définition juridique dégagés par la Cour de Justice (Titre 2nd).

TITRE PREMIER

LA GENEALOGIE PROCEDURALE ET INSTITUTIONNELLE DE LA DEFINITION

ETUDE DE LA PORTEE EXTENSIVE DE LA DEFINITION JURIDIQUE

252. L’existence d’une définition juridique de l’embryon, unique, à un niveau supranational et dans un domaine non exclusif implique une relation d’influence. Ces relations d’influence se mesurent et s’apprécient sur deux plans : l’importance *légistique* de l’autonomie de la définition juridique produite par l’Union et l’accompagnement *juridictionnel* de l’influence de l’Union exercée sur les procédures d’élaboration des législations internes.

253. En outre, la Cour de justice a construit l’unique définition de l’embryon à partir de la directive 98/44 relative à la brevetabilité du vivant. C’est parce qu’il existe cette directive, qu’il y a eu deux renvois préjudiciels à son sujet, et que la Cour de justice a élaboré sa définition. Cette directive est le fondement de la compétence de l’Union qui, par extension, lui a permis d’offrir une authentique définition juridique de l’embryon. Depuis sa première proposition en 1988 à l’adoption définitive en 1998, la Commission a évolué, les rapports de force entre Institutions se sont dessinés. Ce qui interroge est précisément la compétence de l’Union dans le domaine du vivant. En effet, a priori, l’embryon fait partie du domaine du vivant. Or, l’approche généalogique revenant à ce qui a causé initialement cette définition – à savoir la directive 98/44 – situe l’embryon dans un autre domaine. Dès lors, la question de la compétence de l’Union est floue et équivoque.

254. C’est ainsi que la délimitation de la compétence de l’Union sera étudiée dans un premier temps afin de déterminer la portée procédurale de la définition de l’embryon (Section 1^{ère}) ; pour ensuite laisser la place à l’étude de l’adoption de la directive dans les Etats-membres (Section 2^{nde}).

Chapitre 1 : La délimitation laborieuse de la *compétence* de l’Union en matière de brevet sur le vivant : la portée procédurale de la définition limitée à une *compétence d’exception*

255. L’étude de la compétence de l’Union permet d’apprécier l’intensité de son influence et, partant, l’une des raisons de cette unique définition. Il existe des indices permettant de conclure à la relativité de la compétence de l’Union en matière de définition juridique de l’embryon. En effet, il n’existe qu’une seule définition juridique de l’embryon sur tout le *territoire*²⁴⁷ que couvre le droit de l’Union. Il s’agirait donc, *intuitivement*, d’une compétence exclusive. Or, le contenu de la compétence exclusive ne mentionne absolument pas de domaine relatif à l’embryon. En effet, il convient de noter que cette définition juridique est intervenue dans le domaine assez spécifique du droit des brevets. Cette branche du droit, conformément à la directive, fait appel à deux domaines précis que sont l’harmonisation des législations et le marché intérieur. Ce sont également les deux bases juridiques de la Directive 98/44 ayant servi de fondement à la définition de l’embryon.

256. La question de la compétence semble donc, a priori, réglée. C’est le domaine du marché intérieur et de l’harmonisation qui justifient de la part de l’Union une influence à hauteur de la compétence qui lui est dès lors reconnue. En effet, combinées entre elles, ces dispositions permettent à l’Union d’accroître la compétence de droit commun qui lui est d’ordinaire reconnue dans le champ de la compétence partagée liée au marché intérieur. L’harmonisation des législations est le *pivot* qui permet cette *mutation*.

257. La question de la compétence de l’Union s’articule autour de deux interrogations : d’une part, il convient de délimiter le domaine d’action de l’Union lorsqu’elle traite du brevet sur le vivant (Paragraphe 1^{er}) ; d’autre part il est important de compléter cela par la délimitation de la compétence de l’Union qui, naturellement, découle du domaine d’action (Paragraphe 2nd). En réalité, la délimitation des compétences fixe des principes intangibles jusqu’à ce que soit atteint le point d’exception toujours justifié par l’inclusion du domaine dans le marché intérieur. En ce sens, l’Union aménage d’authentiques compétences que l’on pourrait qualifier *d’exception*.

Section 1 – La délimitation équivoque du domaine d’action de l’Union

258. Le Traité sur le fonctionnement de l’Union distingue trois types de compétences, qui correspondent chacune à trois niveaux d’implication de l’Union dans les affaires prises en charge et par conséquent, trois niveaux d’influence dans les affaires des Etats. Le principe d’attribution est très fort en droit de l’Union puisqu’en établissant à l’avance l’intensité de son influence vis-à-vis des Etats-

²⁴⁷ Bien que le territoire soit à proprement parler l’attribut d’un Etat, que l’Union n’en est pas un, il convient de comprendre ce terme dans le sens géographique : le territoire géographique que couvre l’influence de l’Union.

membres, il établit un climat de « confiance ». Selon ce principe, l’Union n’agit qu’en vertu des compétences qui lui ont été attribuées. Deux principes viennent juguler la l’exercice de ces compétences selon l’article 5 du TFUE. Le *principe de subsidiarité* implique que l’Union n'intervienne que si son échelon est plus adéquat à l’objectif poursuivi car il n’a pas été suffisamment satisfait par l’échelon national. Le *principe de proportionnalité* implique que le contenu et la forme des actions que s’est donnés l’Union n’outrepassent pas ce qui est nécessaire à la satisfaction des objectifs inscrits dans les traités. En outre, les « compétences » sont dévolues en fonction de **domaines**. Ces domaines (*genres*) incluent des **thèmes** de législations (*espèces*) comme la santé publique, le marché intérieur.

§ 1 – La compétence exclusive de l’Union : une appréciation a priori restrictive

259. **Catégorie.** En vertu de l’article 2.1 du TFUE fixe la compétence exclusive. La structure de cet alinéa est identique à celle de l’alinéa consacré à la compétence partagée. La seule distinction porte naturellement sur le sujet de cette phrase « *seule l’Union* ». A priori, la compétence exclusive apporte à l’Union une légitimité maximale à ses œuvres. En conséquence, la liste des domaines visés est très courte.

« 1. Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, **seule l'Union peut** légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union »²⁴⁸.

260. **Domaine de compétence exclusive.** Le domaine de compétence exclusive est expressément visé. Ce domaine de compétence est, au final, très restreint. En effet, le critère qui relie tous ces éléments semble être le marché. Notion centrale de l’Union. Ainsi, appartient à la compétence exclusive de l’Union selon l’article 3 du TFUE :

« L’union douanière, établissement de règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, politique monétaire pour les Etats membres dont la monnaie est l’euro, conservation des ressources biologiques de la mer, politique commerciale commune »²⁴⁹.

261. A priori, ces domaines de compétence n’interfèrent aucunement avec des domaines dont l’appréciation peut varier selon les Etats. Aucun domaine listé ne fait allusion à une quelconque question de société impliquant des débats insolubles et aporétiques et dont l’arbitrage ne reviendrait qu’à une autorité nationale.

262. Est plus ardue l’hypothèse où l’Union soustrairait *a priori* ce type de débat de société en décrétant qu’il s’agit d’un thème relevant d’un domaine relevant lui-même de la compétence exclusive.

²⁴⁸ Art. 2.1 TFUE.

²⁴⁹ Art. 3 TFUE.

Est également ardue l’hypothèse selon laquelle, artificiellement, l’Union peut inclure dans un domaine relevant de la compétence exclusive un thème qui n’en serait pas, *a priori*.

§ 2 – La compétence partagée entre l’Union et Etats-membres : une appréciation relative

263. **Catégorie.** L’article 2.2 du TFUE prévoit la compétence partagée. Cette fois-ci, la compétence partagée implique deux déclinaisons de la relation entre l’Union et l’Etat-membre. Premièrement, il existe une concurrence égalitaire de l’initiative de la décision juridique. Deuxièmement, il existe une subsidiarité non-réciproque de l’exercice des compétences dans le sens où les Etats-membres n’interviennent que dans la mesure où « *L’Union n’a pas exercé* » sa compétence et où « *l’Union a décidé de cesser d’exercer la sienne* ».

« 2. Lorsque les traités attribuent à l’Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l’Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l’Union n’a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l’Union a décidé de cesser d’exercer la sienne ».

264. **Domaine de compétence partagée.** L’article 4 du TFUE fixe les domaines.

« Marché intérieur, politique sociale, cohésion économique sociale et territoriale, agriculture et pêche, environnement, protection des consommateurs, transports, énergie, espace liberté sécurité et justice, les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique pour les aspects définis par le TFUE uniquement, la recherche le développement technologique et l’espace, la coopération au développement et l’aide humanitaire ».

265. Ce qui frappe à première vue dans cette liste exhaustive est la disparité de présentation. En effet, certains domaines sont *très larges* et désignés de manière courte et thématique (*marché intérieur notamment*), quand d’autres sont désignés de manière *très précise* (*enjeux communs...santé publique*). Ainsi, le « flou » qu’induit une dénomination large et la « précision » qu’induit une dénomination détaillée induit fatalement un jugement différent des deux domaines. En effet, il peut être raisonnablement envisagé que l’appréciation du contenu du marché intérieur aura tendance à être plus conséquente et englobante que l’appréciation du contenu de la santé publique dans la mesure où l’on sait précisément ce qui sera recherché en santé publique (*enjeux communs de sécurité...*), ce qui n’est pas le cas du marché intérieur.

266. En outre, ces domaines de compétences incluent pudiquement des débats de société. Ainsi par exemple la recherche ou la santé publique (enjeux communs de sécurité) impliquent un examen éthique et expertal pour la plupart des Etats-membres. Les débats de société sont soumis à une plus forte propension au relativisme juridique, étant donné que le choix ne s’impose pas et fait l’objet de concertations, d’arbitrages, de motivation. Dans cette perspective, l’Union concède certes une part de

la souveraineté de la décision aux Etats-membres, mais en pratique cela arrive que si l’Union n’est pas intervenu. En somme, l’Etat-membre est l’acteur subsidiaire de sa propre pièce.

§ 3 – La compétence d’appui de l’Union aux Etats-membres : le lieu de l’ambiguïté

267. **Catégorie.** L’article 2.5 du TFUE énonce que :

« 5. Dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l’Union dispose d’une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l’action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines »²⁵⁰.

268. Ici, l’Union jouit du plus petit degré d’influence. En effet, son action ne s’exerce pas sur le plan direct de la législation et de l’adoption d’actes juridiquement contraignants. Ici sa compétence la cantonne à « appuyer, coordonner ou compléter » l’action des Etats-membres. L’Union ne peut pas « remplacer leur compétence » de l’Etat-membre. De plus, le tout début de l’article 6 du TFUE ajoute que « les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne [...] ». La combinaison de ces éléments signifie qu’il existe ici également une double déclinaison des relations entre Etat-membre et Union. Premièrement, il existe une proportionnalité ontologique dans l’attribution d’une compétence d’appui à l’Union et d’une compétence de principe perpétuelle reconnue à l’Etat-membre exclusivement. Deuxièmement, il existe une extension téléologique de la compétence de l’Etat-membre qui voit la partie seulement « européenne » de ces domaines captée par l’action de l’Union. L’article 2.5§2 du TFUE exprime l’exclusion de l’harmonisation des législations.

269. **Domaine de compétence d’appui.** L’article 6 du TFUE dresse la liste exhaustive de ces domaines de compétence d’appui : « protection et amélioration de la santé humaine, industrie, culture, tourisme, éducation, protection civile, coopération administrative ». Cette liste de compétences est, à l’évidence, marquée par l’identité propre des Etats-membres.

270. Pour saisir ce qui est entendu par « compétence d’appui », il convient d’illustrer la notion par l’étude de l’un des domaines. Par exemple, la « coopération administrative » fait l’objet du titre XXIV dans le TFUE. L’article 197 la définit progressivement :

« 1. La mise en œuvre effective du droit de l’Union par les États membres, qui est essentielle au bon fonctionnement de l’Union, est considérée comme une question d’intérêt commun. 2. L’Union peut appuyer les efforts des États membres pour améliorer leur capacité administrative à mettre en œuvre le droit de l’Union. Cette action peut consister notamment à faciliter les échanges d’informations et de fonctionnaires ainsi qu’à soutenir des programmes de formation. Aucun État membre n’est tenu de recourir à cet appui. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures nécessaires à cette fin, à l’exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres »²⁵¹.

²⁵⁰ Art. 2.5 TFUE.

²⁵¹ Art. 197 TFUE.

271. Cet article est très éclairant. Il ne définit que très partiellement la « coopération administrative », préférant rappeler le sens de la compétence d’appui. Il en ressort trois caractères.

272. *Critère contextuel* : elle s’exerce au regard de « la mise en œuvre effective du droit de l’Union », ce qui est déjà en soi un outil permettant d’enserrer l’exclusivité de l’Etat-membre. Ici, la compétence d’appui est liée à l’effectivité du droit de l’Union.

273. *Critère finaliste* : il est entendu que l’Union doit « appuyer les efforts des Etats-membres pour améliorer leur capacité administrative à mettre en œuvre le droit ». Ce critère ampute l’autorité principale de cette compétence (l’Etat-membre) de la finalité que poursuit la logique de la compétence d’appui qui est liée à la mise en œuvre du droit de l’Union. Or, cette critique doit être tempérée car seules les dispositions nationales « dans leur finalité européenne » sont retenues.

274. *Critère exclusif* : cette compétence s’exerce « à l’exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives ». Ce critère fait sens car, en effet, s’il est question de retenir une compétence ontologique à l’Etat-membre, concernant la partie de sa législation dont la finalité est européenne, l’on voit mal comment l’Union pourrait justifier une harmonisation des législations nationales portant sur la partie nationale des législations prises par les autorités nationales.

Section 2 – La délimitation surprenante de la compétence de l’Union par les thèmes

275. Il existe une certaine étanchéité dans la répartition des compétences dévolues à l’Union et octroyées aux Etats-membres. Seulement, si l’étanchéité caractérise la répartition par domaine ; le classement des thèmes de législation dans les domaines est quant à lui caractérisé par l’*arbitraire*. En effet, dès lors qu’il existe une « *finalité européenne* » à prêter à un domaine relevant théoriquement de la compétence ontologique de l’Etat, l’appréciation de cette finalité est précisément le pivot faisant glisser d’un domaine l’autre le thème de législation. Aussi, l’étude de l’inclusion du *genium* dans le *specium* est utile à la compréhension, par l’Union, de ses propres compétences. En l’espèce, le thème de la directive est la brevetabilité du vivant incluant la question de la définition de l’embryon. Il convient dès lors d’étudier l’inclusion de ce thème dans le domaine dans lequel il a été inclus explicitement dès le choix de la base juridique de la directive : le marché intérieur.

§ 1 - L’exposition des compétences de l’Union révèle une compétence d’exception

A – L’absence de la compétence partagée a priori attendue

276. Certains domaines (marché intérieur) sont plus inclusifs de thèmes que d’autres qui sont trop précis (santé). En outre, la compétence partagée postule une relative égalité d’initiative entre Etats-membres et Union. L’Union garde la préséance. Il convient dès lors de relever les éléments relatifs à ces caractéristiques dans le traité, la directive et les décisions qui lui sont relatives.

277. **Le traité.** Les dispositions du Traité relatives au marché intérieur (47 occurrences dans le TFUE) et à la compétence partagée sont éloquent. Le Protocole 27 du TFUE « *Sur le marché intérieur et la concurrence* » lie le marché intérieur et le fait que « *la concurrence ne soit pas faussée* ». Cette finalité implique que « *L’Union prend, si nécessaire, des mesures [...]* »²⁵². Ce protocole inclut l’article 352 du TFUE dans la satisfaction de cette finalité. Cet article prévoit l’adoption de « *dispositions appropriées* » par le Conseil si les « *pouvoirs d’action requis* » pour « *atteindre l’un des objectifs visés par le traité* » ne sont pas prévus. Cependant, ce quasi-pouvoir d’exception octroyé à l’Union en dehors de la répartition de droit commun des compétences exclut « *l’harmonisation des dispositions législatives* » de son exercice. La Déclaration ad article 352 tempère car ces dispositions *pourraient* être perçues comme menaçantes pour la répartition des compétences. C’est la raison pour laquelle elle rappelle la bonne foi des institutions qui « *ne [peuvent] servir de fondement* » pour « *échapper* » à la procédure.

278. **Directive.** Il existe deux occurrences au terme « marché intérieur » dans la Directive bien qu’il constitue la base légale de son adoption. Par exemple, le §5 du préambule édicte que « *de telles*

²⁵² Protocole annexé au Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, n°27.

disparités sont de nature à créer des entraves aux échanges et à faire ainsi obstacle au fonctionnement du marché intérieur ». Est recherché le « *bon fonctionnement du marché intérieur* » au §7.

279. **Les arrêts de la Cour de justice relatifs à la directive 98/44.** Ici, le marché intérieur apparaît également comme l’objectif à atteindre par la directive.

« La directive a effectivement pour objet de prévenir des atteintes à l’unicité du marché intérieur qui pourraient résulter du fait que les États membres »²⁵³ ;

« En effet, l’objet d’une mesure d’harmonisation est de réduire les obstacles au fonctionnement du marché intérieur que constituent des différences de situation entre les États membres »²⁵⁴ ;

« Une telle situation attenterait au bon fonctionnement du marché intérieur, qui est le but de la directive »²⁵⁵.

280. En définitive, Le marché intérieur semble donc constituer l’objectif visé par la Directive en question. Cependant, le mot « partage » (compétence partagée) n’apparaît pas une seule fois alors que le domaine du marché intérieur en relève. Par conséquent, aucun élément ne permet de reconnaître le signe d’une compétence partagée ici. Seule la base légale « *marché intérieur* » et le fait qu’il constitue l’objectif de la Directive laissent conclure à l’expression d’une telle compétence. Cependant, que le marché intérieur soit convoqué ne l’inclut pas par défaut dans le champ des compétences partagées. En effet, selon l’article 352, les institutions européennes peuvent intervenir à titre exceptionnel pour satisfaire les objectifs de l’Union dont la réussite du marché intérieur. Cependant, « *l’harmonisation des législations* » est exclue de cette hypothèse. Or, force est de constater qu’en l’espèce l’harmonisation des législations apparaît comme l’unique outil permettant la satisfaction de cet objectif...

B – L’assimilation du marché intérieur à l’harmonisation

281. Il apparaît très clairement que le marché intérieur est la fin de la directive dont le moyen est l’harmonisation. Or, une telle équation ne trouve pas de fondement textuel en droit primaire suffisamment explicite pour être créditée. L’article 352, comme vu ci-avant, permet de développer une compétence de l’Union exceptionnellement en cas d’absence de dispositions prévoyant un certain type d’activité relevant notamment du marché intérieur. Or cet article exclut également l’hypothèse de l’harmonisation. L’arrêt *Brüstle* et l’arrêt de 2001 énoncent :

²⁵³ CJCE, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, 9 Octobre 2001, aff. 377/98.

²⁵⁴ *Ibid.*, §20.

²⁵⁵ *Op. cit.*, *Affaire Brüstle*, §20.

« Celle-ci [directive] tend, par une harmonisation des règles de la protection juridique des inventions biotechnologiques, à lever les obstacles aux échanges commerciaux et au bon fonctionnement du marché intérieur »²⁵⁶.

« Cet argument n'est pas fondé. En effet, l'objet d'une mesure d'harmonisation est de réduire les obstacles au fonctionnement du marché intérieur »²⁵⁷.

282. Cependant, les conclusions de l’avocat général Jacobs relatives à l’arrêt précité avancent une remarque intéressante au §98 « *Le législateur communautaire a également recouru à la notion d'ordre public dans de nombreuses mesures d'harmonisation, ne voyant apparemment aucune contradiction à reconnaître aux autorités nationales une marge d'appréciation dans un domaine faisant l'objet d'une harmonisation* »²⁵⁸. En effet, selon lui, si l’Union allie l’ordre public à l’harmonisation, c’est que l’harmonisation ne fait pas obstacle à la marge d’appréciation laissée aux Etats-membres. Or, pour quelle raison la plupart des dispositions du traité entretient des relations *conflictuelles* avec l’harmonisation, rendant son usage toujours exceptionnel ? La compétence d’appui est celle des trois qui entretient les relations les plus conflictuelles avec l’harmonisation. Elle est en partie caractérisée par l’exclusion de l’harmonisation comme moyen de coordination. Or, c’est la compétence dont il y a le plus de traces dans les textes relatifs à la directive 98/44. De plus, Cette branche du droit, selon les termes de la directive, fait appel à deux éléments précis que sont le domaine du marché intérieur et le recours à l’harmonisation des législations. Ce sont également les deux bases juridiques de la Directive 98/44.

C – La présence incontestable des indices de la compétence d’appui : « compléter »

283. Il convient ici de rechercher les éléments qui permettent de conclure à la reconnaissance d’une telle compétence. Les termes « appuyer ; coordonner ; compléter » sont les actions que l’Union peut développer. Ensuite la *finalité européenne* fixe quant à elle le seuil à partir duquel le thème change de nature et donc de compétence. Enfin la notion de « mise en œuvre » et « l’amélioration » de la « capacité de mise en œuvre » sont également importantes. Pour finir, dans ce cas, n’est jamais utilisée l’harmonisation des législations pour accroître le rendement de cet accompagnement.

284. **Traité.** Le terme « appui/appuyer » intervient à 21 reprises dans le TFUE. Quasi-systématiquement, ce terme est assorti de « à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres » comme c’est notamment le cas à l’article 197. Aussi le terme « compléter/complète » intervient 23 fois dans le TFUE. Or, alors qu’il est entendu dès l’article 2.5 TFUE que c’est l’Union qui « complète » ; la quasi-totalité des autres occurrences du verbe « compléter » place les Etats-membres comme sujets du verbe compléter. Est-ce à dire que ce sont les

²⁵⁶ *Op. cit.*, affaire *Brüstle*, §27.

²⁵⁷ *Op. cit.*, *Affaire Pays-Bas c. Conseil et Parlement*, §20.

²⁵⁸ Conclusions de l’avocat général F.-G. Jacobs, 14 juin 2001, sur l’affaire *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, §98.

Etats-membres qui en réalité complètent l’action de l’Union ? Ceci corrobore l’idée selon laquelle les Etats ne sont que subsidiaire dans ce partage de compétences d’appui, pourtant échelle de l’intervention minimale de l’Union.

285. **Directive.** Le §8 du préambule de la directive énonce que :

« La protection juridique des inventions biotechnologiques ne nécessite pas la création d’un droit particulier se substituant au droit national des brevets ; que le droit national des brevets reste la référence essentielle pour la protection juridique des inventions biotechnologiques, étant entendu qu’il doit être adapté ou complété sur certains points »²⁵⁹.

286. Cette seule phrase résume à elle seule l’existence d’une compétence d’appui de la part de l’Union dont le but est de compléter les législations nationales. Il apparaît cependant gênant que l’harmonisation soit à ce point convoquée avec (et non contre) cette compétence d’appui caractérisée « *une protection efficace et harmonisée dans l’ensemble des États membres est essentielle en vue de préserver et d’encourager les investissements dans le domaine de la biotechnologie* »²⁶⁰ et « *l’harmonisation est nécessaire pour dissiper ces incertitude* »²⁶¹. En effet, pourquoi l’harmonisation est-elle liée positivement à l’action de « *compléter* » reconnue à l’Union ? Il est question du même droit : le droit des brevets. Or, le droit des brevets est en lui-même un thème dont la compétence est d’appui. Mais la réalisation du marché intérieur justifie le recours à l’harmonisation pour « *encourager les investissements* ». La réussite du marché intérieur constitue en soi une finalité européenne par défaut. Dès lors, il est simple d’inclure la partie des brevets relative au marché intérieur dans la compétence d’appui puisqu’elle constitue la partie « *finalité européenne* » indispensable à l’inclusion du thème « brevets » dans un des domaines de compétence d’appui.

287. **Au vu de ce qui précède**, le domaine « marché intérieur » semble être le domaine d’intervention de l’Union. Normalement rattaché à la compétence partagée, ce domaine semble en l’espèce rattaché par exception à un exercice plus poussé de compétences par l’Union. Le recours à l’harmonisation des législations est en principe exclu de telles dévolutions de compétences. Mais en l’occurrence, le recours à l’harmonisation est largement promu et légitimé. C’est en effet par effet de décomposition du problème en deux temps. Premièrement, le droit des brevets est du ressort de la marge de manœuvre octroyée aux Etats-membres. Ici l’Union ne fait que compléter ce domaine d’action des Etats. Deuxièmement, l’effectivité du droit des brevets est envisagée dans sa dimension mercantile ce qui, dès lors, justifie de hisser le marché intérieur, non seulement en domaine de compétence mais aussi en base juridique.

§ 2 – Le rôle décisif de la base juridique 100A relative à l’harmonisation des législations

²⁵⁹ *Op. cit.*, Directive 98/44, §8 du préambule.

²⁶⁰ *Ibid.*, §3 du préambule.

²⁶¹ *Ibid.*, §8 du préambule.

A – L’influence de l’harmonisation sur la modulation des compétences de l’Union

288. La Commission a l’initiative des lois, et déclenche une procédure de codécision entre Parlement et Commission à l’occasion d’une procédure législative ordinaire (ancien article 189B). C’est ce qu’elle a fait en l’espèce le 13 Décembre 1995 lorsqu’elle adopte le texte de la directive qu’elle a transmis au Conseil. Cette base juridique a été complétée par l’action du Parlement et du Conseil, conformément à l’ancien article 100A TFUE. Le recours à la base juridique 100A est issu d’une *faculté* dont disposent les autorités de la codécision. Une nouvelle fois, cela relève d’une *exception procédurale* en ce sens que le cours normal (ancien art. 189B) de la procédure ordinaire ne recense pas cette possibilité qui est incluse dans une autre disposition (l’ancien article 100A). En ce sens, c’est un choix subsidiaire, puisqu’il exprime que le Conseil et le Parlement sont mieux à même de choisir la base juridique.

B – Le marché intérieur et l’harmonisation : combinaison d’exception

289. Le marché intérieur inclut le brevet qui inclut lui-même l’embryon. Un petit détail est à relever : dans la directive 98/44, le mot « *harmonisation/er* » apparaît **2** fois. Le mot « *national/e* » apparaît **24** fois. Il s’agit de retrouver la nécessité de recourir à une définition autonome.

290. **Harmonisation des législations.** Le préambule de la Directive 98/44 énonce « Une *protection efficace et harmonisée dans l’ensemble des Etats membres est essentielle en vue de préserver et d’encourager les investissements dans le domaine de la biotechnologie* »²⁶². En outre « *l’harmonisation est essentielle pour dissiper ces incertitudes* »²⁶³. Cette exigence est stipulative et précède la constatation du relativisme des protections qui est relevée au cinquième considérant « *il existe des divergences [...] entre les législations et pratiques des différents Etats-membres* » complétée par « *ces divergences risquent de s’accroître* »²⁶⁴.

291. **Très rapidement, l’harmonisation est liée à la réussite marché intérieur.** En effet « *de telles disparités sont de nature à créer des entraves aux échanges et à faire ainsi obstacle au fonctionnement du marché intérieur* »²⁶⁵. Le vocabulaire employé « *entraves ; obstacles* » apprécie de manière très négative l’action des Etats-membres. Ainsi, toute mesure d’harmonisation viendrait exercer, de manière coercitive, une influence significative sur la nature du droit alors en cause.

292. **A priori, le régime des brevets ne présume rien du régime de recherche.** Le premier moment est celui de la recherche, il est encadré par les Etats-membres qui jouissent d’une certaine marge d’appréciation. L’harmonisation des législations est l’encadrement nécessaire au deuxième moment qui est celui de la libre concurrence dans le marché intérieur où peuvent être brevetées des inventions

²⁶² *Ibid.*, §4 du préambule.

²⁶³ *Ibid.*, §9 du préambule.

²⁶⁴ *Ibid.*, §6 du préambule.

²⁶⁵ *Ibid.*, §5 du préambule.

provenant du premier temps. Ainsi, la brevetabilité n’est qu’une option car elle ne représente que la partie marchande de la valorisation de la recherche. En effet :

« La brevetabilité et la recherche ne nous paraissent pas indissociables l’une de l’autre. Les Etats-membres sont évidemment libres d’autoriser la recherche dans des conditions qu’ils encadrent. La brevetabilité doit être conforme [...] but d’harmonisation. »²⁶⁶ ;

« Le droit des brevets n’est pas susceptible de remplacer ni de rendre superflues les législations nationales, européennes ou internationales, fixant d’éventuelles limitations ou interdictions. »²⁶⁷

C – La contestation de la base juridique par les Pays-Bas

293. Le royaume des Pays-Bas forme un recours en annulation contre la directive 98/44, notamment en raison du fait que la base juridique ne lui paraît pas appropriée. A l’appui de sa demande, il avance que la bonne base juridique aurait été l’article 235 TCE relatif aux inventions biotechnologiques et dont la décision se prend à l’unanimité. Cette remarque fonde, à plusieurs titres, l’intérêt de l’étude de la compétence liée au mode de décision.

294. Pour appliquer la base légale visant l’harmonisation des législations²⁶⁸, il convient de prouver « *les divergences entre les droits nationaux ou [les] effets sur les échanges* »²⁶⁹ ; et également prouver que « *l’apparition de tels obstacles doit être vraisemblable et la mesure en cause doit avoir pour objet leur prévention* »²⁷⁰. En l’espèce, la Cour de justice confirme le bien-fondé de la base juridique. Les divergences entre droits nationaux est mise en exergue au préambule de la directive. La mesure cherche à prévenir les effets de la distorsion de la libre concurrence entre Etats-membres.

²⁶⁶ Conclusions de l’avocat général Y. Bot, sur l’affaire *Brüstle* de 2011, 10 mars 2011, § 44.

²⁶⁷ *Op. cit.*, Directive 98/44, §14 du préambule.

²⁶⁸ CJ, *Espagne c. Conseil*, 13 juillet 1995, aff. C-350/92, § 32 et 33.

²⁶⁹ *Op. cit.*, conclusions Jacobs, §45.

²⁷⁰ CJ, *Publicité pour le tabac*, 5 octobre 2000, aff. C-376/98.

Chapitre 2 : La difficile adoption de la directive 98/44 : la portée politique de la définition

295. Rythmées par la toute nouvelle procédure de codécision et le fond d’un débat houleux, les positions furent difficiles à faire converger. Il convient dans un premier temps de développer le temps de l’adoption et son influence sur la qualité de la définition (Paragraphe 1^{er}). Dans un second temps, il sera intéressant de se pencher sur l’incidence des procédures de réception de la directive au sein des Etats-membres aux fins d’évaluer la portée réelle de cette définition prise sur la base d’une directive transposée et affinée à l’aide du mécanisme de renvoi -préjudiciel (Paragraphe 2nd).

Section 1 – L’incidence de la procédure d’adoption de la directive 98/44 sur la qualité de la définition

296. L’influence du conflit interinstitutionnel sur la qualité de la norme produite (A) entraîne par conséquent la mise en valeur de l’intérêt pour l’embryon (B).

§ 1 - L’influence du conflit interinstitutionnel sur la qualité de la norme produite

A – La politisation maîtrisée des institutions

297. **Le Parlement, acteur politique.** Le Parlement est l’institution dont la teneur politique est la plus forte en raison de sa nature représentative, elle représente les intérêts des citoyens. L’article 14.2 et 3 TUE le définit

« 2. Le Parlement européen est composé de représentants des citoyens de l'Union. [...] La représentation des citoyens est assurée de façon dégressivement proportionnelle, avec un seuil minimum de six membres par État membre. [...] Les membres du Parlement européen sont élus au suffrage universel direct, libre et secret, pour un mandat de cinq ans »²⁷¹.

298. **Le Conseil, acteur inter-gouvernemental.** Le Conseil est la réunion des représentants des Gouvernements et, à cet effet, représente les intérêts des Etats-membres. Un degré au-dessus du Parlement – en termes d’éloignement de la représentation – il est défini par l’article 16.2 TUE « 2. *Le Conseil est composé d'un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager le gouvernement de l'État membre qu'il représente et à exercer le droit de vote* ».

299. **La Commission, acteur administratif.** La Commission est l’institution la plus détachée de la représentation citoyenne et politique, elle représente les intérêts de l’Union. L’article 17 TUE la définit. Cet article dévoile la nature de la Commission indépendante des autres autorités. Ses membres y sont

²⁷¹ Art. 14.2 et 14.3 TUE.

présents en rapport avec leur niveau de compétence générale, ce qui implique qu'elle soit *a priori* composée de personnalités expertes et spécialisées.

B – Une politisation jugulée : les règles de majorité

300. Le phénomène de politisation est néanmoins infléchi sur le plan des règles de la majorité. La règle de majorité s'insère plus largement dans l'outil d'aide à la décision qui cherche à aider à trancher en faveur d'une solution ; légitimer et rendre normative la décision prise.

301. Les règles de majorité sont réparties en fonction d'une gradation exprimant *l'influence* plus ou moins grande des Etats-membres dans le processus de décision. Les modalités de vote influencent directement d'une part la part de marge d'appréciation laissée aux Etats-membres, d'autre part la marge de manœuvre laissée aux Institutions où la marque des Etats-membres est forte (Conseil, Parlement) comme l'exprime Anne Wlazlak « *l'extension de la procédure du vote à la majorité qualifiée à des domaines toujours plus nombreux fait perdre à l'État tout potentiel droit de veto, manifestation éclatante d'une souveraineté protégée* »²⁷². De plus, l'auteur remarque que « *le monopole de la Commission européenne, organe supranational par excellence, pour l'initiative des actes européens, relègue à un rang subsidiaire toute exigence nationale dans l'édiction des règles, au moins au stade de leur confection* »²⁷³.

302. **L'unanimité** permet de préserver le sacré de certains domaines dont la santé. Ce mode de prise de décision préserve au profit des Etats-membres une influence décisive, car leur accord devient crucial pour adopter les textes. Or, l'Acte unique européen de 1986 avance vers une facilitation de la prise de décision, et s'avance par conséquent vers le vote à la majorité qualifiée sur le marché intérieur. Le traité de Nice finit d'enterrer le recours à l'unanimité par principe.

303. **La majorité** utilisée par le Parlement européen est selon l'article 354 TFUE « *Aux fins de l'article 7 du traité sur l'Union européenne, le Parlement européen statue à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, représentant la majorité des membres qui le composent* »²⁷⁴. Ce mécanisme est moins exigeant que nul autre. En effet, s'il emporte des conséquences normatives, il ne représente pas une grande menace pour l'approbation des textes qui lui sont proposés. Cela est adapté à la nature du Parlement, potentiellement propice aux divergences politiques comme en témoignent les débats.

304. **La majorité qualifiée** est composée de trois éléments caractéristiques selon l'article 16.4 TUE. Tout d'abord les modalités de *calcul* énoncent deux critères cumulatifs : (1) 55% des membres du Conseil comprenant (a) au moins quinze Etats-membres et (b) 65% de la population de l'Union. Ensuite, les Etats sont pourvus d'un certain nombre de voix, pondérés en fonction de leur importance

²⁷² A. Wlazlak, *L'influence de l'Union européenne sur la Constitution française : essai de modélisation juridique*, Revue de l'Union européenne, 2016, p. 478.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Art. 354 TFUE.

démographique²⁷⁵. Enfin, les Etats-membres disposent d'une *minorité de blocage* qui est fixée à quatre Etats-membres. Elle constitue le levier actionné en faveur de leur influence si elle est largement entendue (comme c'était le cas avant 2009) ou en leur défaveur (depuis 2009).

305. **En définitive**, il apparait que les procédures mises en place par l'Union ont tendance à affaiblir l'influence des Institutions proches de la décision purement politique (et non administrative) ce qui, incidemment, affaiblit les intérêts des Etats-membres dissimulés derrière ces mêmes institutions. D'un côté le Parlement est pourvu d'un outil de prise de décision facilitée ce qui laisse supposer le crédit apporté à son influence dans le processus de décision. D'un autre côté le Conseil est doté d'un outil très exigeant de prise de décision, dont la *minorité de blocage* ne joue plus en sa faveur. Ces deux éléments expriment donc une pondération de l'influence institutionnelle au profit de l'organe impulsant la prise de décision : la Commission.

§ 2 – L'intérêt pour l'embryon révélé par l'évolution du processus législatif

306. Le choix a été fait ici de ne traiter la décomposition des étapes que par le biais des textes qui ont été produits et décisifs dans le processus.

A – L'évolution des positions au cours de la procédure législative

- 1995/0350(COD) du 16/07/1997 : le Parlement adopte en première lecture (370-113-19) le rapport de Rothley. Il existe au sein du Parlement de grands dissensus, portant leur attention sur la non-brevetabilité du corps humain. De plus, un amendement requiert une attention particulière. C'est l'amendement n°55 portant sur l'article 9.2, b) ter au terme duquel « *les méthodes d'obtention artificielle d'embryons humains possédant la même information génétique qu'un autre être humain, vivant ou décédé (clonage humain)* ». La portée de l'exclusion est précise, elle englobe les incertitudes du second paragraphe « *méthode d'obtention artificielle* ».
- 1995/0350(COD) du 29/08/1997 : la proposition de la Commission prend en compte les amendements adoptés par le Parlement.
- 1995/0350(COD) du 26/02/1998 : la position du Conseil prend en compte deux éléments que sont : la brevetabilité des éléments isolés du corps humain et la question éthique. Le Conseil ajoute un élément relatif à la portée de l'exclusion de l'utilisation d'embryons humains de la brevetabilité. En effet, il semble que l'exclusion de l'utilisation d'embryons humains de la brevetabilité ne concerne pas les situations dont la finalité est l'objectif thérapeutique ou diagnostique (lui étant appliqué *ad personam*).

²⁷⁵ En effet, quatre Etats comptent 27-29 voix (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni, Pologne, Espagne). Les plus petits Etats comptent 3 à 4 voix (Estonie, Chypre, Lettonie, Luxembourg, Malte, Slovaquie).

- 1995/0350(COD) du 28/04/1998 : la Commission prend en compte la définition du corps humain du Parlement « *le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement ne peuvent constituer des inventions brevetables* » (position commune) contre « *le corps humain et ses éléments en leur état naturel ne sont pas considérés comme brevetables* » (proposition initiale de la Commission). Il ressort de ce choix que l’embryon est clairement identifié comme non brevetable. L’embryon dispose ici d’un *embryon* de définition : stade de développement.

B – L’assimilation de l’échec de la proposition de 1988 : la prise en compte de l’embryon

307. Les divers textes qui composent la généalogie de la directive 98/44 mentionnent quasiment systématiquement « l’échec » de la proposition de directive de 1988²⁷⁶. Le Comité économique et social notamment mentionne que cette proposition de la Commission était « *essentiellement technique et juridique et n’abordait pas l’ensemble des problèmes, notamment eu égard aux questions d’éthique* »²⁷⁷. En se référant aux travaux de sa propre institution, datant du 26 Avril 1989, le Comité explique que le fait que « *l’homme, en tant que tel, ne soit pas expressément mentionné dans la directive comme n’étant pas brevetable* »²⁷⁸ est dommageable. C’est bien la question de la brevetabilité de recherches portant sur le corps humain et ses éléments qui avaient fait l’objet de réticences virulentes. En effet, la proposition initiale disposait « *l’objet d’une invention ne sera pas exclu de la brevetabilité au seul motif qu’il se compose de matière vivante* »²⁷⁹. Seulement, bien que le Comité économique et social reconnaisse que « *le nouveau texte de la Commission, plus lisible et mieux argumenté que la première proposition de 1988* »²⁸⁰, il exige néanmoins que des clarifications d’ordre éthique soient apportées. Il peut être soutenu que le texte de 1995 a su, au moins en partie, assimiler les causes de l’échec de 1988.

²⁷⁶ Proposition COM (88) 496 final, du 17 octobre 1988.

²⁷⁷ Avis du Comité économique et social sur la « *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques* », 96/C 295/03, p. 2.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ *Op. cit.*, Proposition COM (88) 496 final, art 2.

²⁸⁰ *Op. cit.*, Avis CES, 1996.

Section 2 – L’incidence de la dialectique procédurale transposition-renvoi préjudiciel sur la portée géographique de la définition de l’embryon

308. La formulation de la directive est censée rester assez souple pour permettre une adaptation optimale lors de son insertion dans le droit interne. S’il existe une rigueur dans l’obligation de résultat, celle-ci est tempérée par la souplesse octroyée dans la mise en œuvre. Or, un tel cas de figure n’est possible que si la lettre de la directive permet une telle adaptation. Si les dispositions qu’elle abrite sont trop précises et complexes, cela aboutit à des situations où le législateur « *tire les dispositions précises et inconditionnelles de la directive* » en transposant mot-à-mot un texte qui, par mégarde, peut avoir été incompris. Cette incompréhension génère en partie le recours préjudiciel. C’est le moment de la jonction entre les deux procédures qui illustre la dialectique.

309. Ici, il sera soutenu que la directive est en effet écrite de telle manière que son application est précise est inconditionnelle, et que son interprétation offre des possibilités de recours préjudiciel. Il sera question ici de développer l’accompagnement juridictionnel de l’influence de l’Union, telle qu’exercée à travers les procédures liant l’Union aux Etats-membres que sont la transposition (A) et le renvoi préjudiciel (B).

§ 1 – La laborieuse transposition de la directive 98/44 : une directive incomprise

A – La procédure et la mesure de performance de transposition des directives

1 - Procédure de transposition des directives

a – La directive

310. La directive fait l’objet de l’article 288 du TFUE. Elle est l’un des instruments juridiques dont disposent les institutions pour la mise en œuvre des orientations de l’Union. Elle est le fruit d’une procédure législative menée par le Conseil et le Parlement.

311. C’est avant tout un instrument qui, contrairement au règlement par exemple, reste assez flexible pour permettre une certaine adaptation aux droits nationaux. Elle impulse une obligation de résultat, associée à une liberté de moyen. La directive connaît alors une phase d’adoption par les Institutions et une phase de transposition dans les droits internes. Elle est un acte classé dans les actes contraignants, de portée générale, de droit dérivé. En revanche, en principe, son applicabilité n’est pas directe, elle dépend de sa transposition.

b – La transposition de la directive

312. L’effet de la directive dépend de son acte de transposition en droit interne. Afin de s’assurer de la correcte mise en œuvre de la directive et des moyens mis en œuvre pour véritablement satisfaire aux objectifs définis par ladite directive, la Commission exige des Etats-membres qu’ils lui envoient les mesures qu’ils envisagent. La Commission garde la main et peut à tout moment saisir la Cour de justice d’un recours en manquement contre les Etats n’ayant pas transposé.

313. L’harmonisation des législations est le cadre privilégié des directives. Bien que les Etats-membres soient tenus de mettre en place les conditions optimales de la mise en œuvre de la directive à implanter dans le droit interne, il n’en reste pas moins qu’il existe la possibilité de déroger à ce principe²⁸¹ à opposant des mesures de sauvegarde, telles que prévues à l’article 114 TFUE²⁸² propres à garder et non rejeter leur propre législation plus protectrice. C’est le cas spécifiquement dans le domaine de la santé publique. Ce domaine laisse aux Etats-membres une marge de manœuvre tel que cela est indiqué dans l’article 168 TFUE. Cependant, cette possibilité est restrictivement interprétée par la juridiction communautaire²⁸³.

2 - La mesure de la « performance de transposition »

314. L’Union étant confrontée à un déficit chronique de transposition, elle a mis en place un tableau de mesure de performance. L’objectif affiché était de réduire le déficit de transposition de 1% pour chaque Etat. C’est le « *tableau d’affichage du marché unique* » qui renseigne donc sur les performances de chaque pays.

	Déficit de transposition		
	<i>Date d’adoption Juillet 1998</i>	<i>Date limite de transposition Juillet 2000</i>	<i>Transposition 2001 - 2005</i>
France	7,4 > 5,6	5,6 > 3,5 *	4,5
Pays-Bas	3,5 > 2,2	2,1 > 3	2,8 > 1,2
Allemagne	8,5 > 5,4	2,4 > 3,4	5 > 1,4
Royaume-Uni	4,6 > 3,8	2,7 > 3,3	2,8 > 1,5

²⁸¹ Art 114 TFUE §4 « Si, après l’adoption d’une mesure d’harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un État membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l’article 36 ou relatives à la protection de l’environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien ».

²⁸² Art 114 §10 TFUE « Les mesures d’harmonisation visées ci-dessus comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à l’article 36, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l’Union ».

²⁸³ TEU, *Allemagne c. Commission*, 14 mai 2014, Aff. T-198/12.

315. Ce tableau rend compte du taux de déficit enregistré. Les résultats sont des plages comprises entre deux valeurs. * *Par exemple, la France observe une baisse de son déficit de transposition (de 5,6 à 3,5) au moment où la directive aurait dû être transposée (juillet 2000).* En l’espèce, ont été relevés sur le plan géographique les quatre Etats qui intéressent l’étude de cette partie ; et sur le plan chronologique trois dates intéressantes pour l’étude : 1998 (date d’adoption de la directive 98/44), 2000 (date à laquelle devait être transposé la directive), 2001-2005 (dates de transposition de la directive par les Etats-membres).

316. La France a fait le choix de remédier aux retards qu’elle enregistre dans la transposition des directives. La transposition des directives connaît une répartition des compétences, inscrite dans les articles 34 et 37 de la Constitution, entre le Gouvernement et le Parlement. A cette fin, certaines lois ont été votées par le Parlement, portant pour la plupart, « *habilitation du gouvernement à transposer, par ordonnance, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines des dispositions du droit communautaire* ». C’est le cas de la loi n° 2004-237 du 18 Mars 2004, de la loi n°2004-801 du 6 Août 2004, de la loi n°2004-1343 du 9 Décembre 2004, de la circulaire du 27 Septembre 2004 « *modifiant la procédure gouvernementale de transposition* ». Cette circulaire vise avant tout à inscrire la transposition dans l’action gouvernementale dans l’anticipation, la programmation et la coordination.

317. En outre, les éléments mis en valeur (en gris clair) révèlent un élément intéressant : au moment où la transposition de la directive 98/44 devait être réalisée, le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l’Allemagne voient le taux de leur déficit augmenter d’un point alors que la tendance du reste du tableau est à la baisse. En l’occurrence, il semble que les autorités nationales étaient trop occupées par ailleurs et le retard de transposition s’insère dans un cadre plus global de retard. A l’inverse, la France enregistre une baisse substantielle de son déficit de transposition en 2000. Ce qui signifie que l’on ne peut attribuer le retard de transposition de la directive 98/44 à une raison est en effet consciente et souhaitée.

B – La lente transposition de la directive 98/44

318. La directive 98-44 comporte plusieurs éléments expliquant la difficulté de sa mise en œuvre. En effet, au 30 Juillet 2000 – date à laquelle la transposition devait avoir eu lieu – seul le Danemark avait transposé. Deux ans plus tard, le Danemark est rejoint par l’Irlande, le Royaume-Uni, la Grèce, l’Espagne et la Finlande. Il existe une réelle divergence de transposition entre les quatre pays étudiés. Et ce relativisme est le fruit d’un disensus à la fois formel et matériel.

319. **Royaume-Uni.** La transposition a eu lieu en un seul mouvement par la loi du 1^{er} Mars 2002. Cette transposition intervient deux ans après la date butoir. Cependant, la Commission a pour habitude de tolérer un délai supplémentaire de deux ans qui, en l’espèce, est observé.

320. **Pays-Bas.** La transposition était pendue à la réponse de la Cour de justice relative au recours en annulation formé en 2001. Six textes ont été adoptés le 18 Novembre 2004, le 7 Avril 2005 et le 20 Décembre 2005. Ces lois sont décomposées selon le thème de la directive.

321. **Allemagne.** La transposition de la directive s’est faite en Allemagne en deux mouvements au sein d’une même loi : la loi du 28 Janvier 2005.

322. **France.** La France quant à elle compte deux lois de transposition : les lois du 7 Août 2004 et du 9 Décembre 2004. La première, *relative à la Bioéthique*, a pour objet principal la révision des lois bioéthiques de 1994. La seconde, *portant brevet sur les inventions biotechnologiques*, a pour objet d’insérer l’article 17 dans le Code de propriété intellectuelle. En outre, le CCNE en 2004²⁸⁴ a corroboré son avis de 1991²⁸⁵ dans lequel il s’opposait catégoriquement à la brevetabilité du vivant. Le Gouvernement n’a pas inscrit l’article 5 de la directive dans la loi de transposition initiale.

1 - La traduction d’un disensus formel : une directive reconvertie en quasi-règlement ?

323. La précision de la directive est, en soi, une exception au principe inscrit dans l’article 288 TFUE. Confrontée au souci récurrent de la non-transposition des directives, l’Union a mis en place le principe d’application directe de la directive aux particuliers, à la condition que la directive soit suffisamment précise. Or, forte de ce constat et de cette règle, l’Union aura donc tendance à agir *a priori* et par conséquent à formuler dans des termes plus précis ses directives, afin qu’elles puissent correspondre à la condition permettant leur application directe. Dès lors, la directive reçoit implicitement les caractères d’un *quasi-règlement*²⁸⁶. La précision qui ressort désormais de cette nouvelle forme de directive soustrait aux autorités nationales la maîtrise complète de leur transposition. En effet, un texte précis aura tendance à être plus technique et complexe et par conséquent, aura tendance à donner lieu à des actes de transposition copiés-collés. Ceci s’observe lorsqu’il est souligné que les lois de transposition, en France « *se bornent à tirer les conséquences précises et inconditionnelles de la directive* »²⁸⁷. De plus, comme le souligne le Pr. Jean-Christophe Galloux « *le texte communautaire, en raison de sa précision, laisse une marge d’appréciation des plus étroites aux Etats-membres et les dispositions les plus délicates, comme celles de l’article 5* »²⁸⁸.

2 - L’influence de la technicité sur le disensus matériel

324. La conséquence directe d’un texte à la fois très précis (et donc technique) et d’une libre transposition en partie amputée par l’étai exercé par la précision du texte est : le recours préjudiciel. Un texte copié-collé a tendance à ne pas avoir été « digéré » par les autorités nationales. Par conséquent,

²⁸⁴ CCNE, Avis n° 64, 8 juin 2000.

²⁸⁵ CCNE, Avis n° 27, 2 décembre 1991.

²⁸⁶ A savoir : effet direct, précision, contraignant.

²⁸⁷ *Op. cit.*, Décision n° 2006-540 DC.

²⁸⁸ J.-C. Galloux, *La transposition en droit français de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, Centre Thucydide, 2003.

les juges nationaux – juges de droit commun de l’Union – se voient investis du devoir de demander un éclaircissement.

a – Incompréhension des finalités de la directive

325. Tout d’abord, la finalité de la directive n’a pas été saisie correctement, car l’objectif d’approfondissement du marché intérieur est central. En outre, la directive « *complète le droit des brevets au-delà des prescriptions de la CBE en aménageant les règles concernant la portée du droit conféré* »²⁸⁹. Ainsi, au-delà de la controverse relative à l’appropriation de la matière vivante, c’est la question délicate de l’appropriation, tout court, qui est en jeu car « *pour la première fois, le droit communautaire définit la portée du droit conféré par le titre de brevet* »²⁹⁰. Seulement, ce n’est pas cet élément qui a retenu l’attention, c’est l’harmonisation. Il convient dès lors de distinguer deux moments : le moment de la réglementation de la recherche et le moment de la régulation du marché intérieur. En réalité, cette distinction n’est pas étanche.

b – L’incompréhension des effets de la directive

326. Deuxièmement, ce sont les effets de la directive qui ont peut-être été surinterprétés. En effet, l’incitation voulue par l’Union à l’investissement en offrant la contrepartie « brevet » influencera considérablement la régulation de la recherche telle qu’elle est encadrée dans chaque Etat-membre. La plupart des Etats-membres a, aujourd’hui, consacré une autorisation – quelle qu’en soit la forme – de la recherche sur embryon *in vitro*. Le temps qui sépare l’acceptation de la brevetabilité et la réglementation de la recherche est suffisamment significatif pour laisser penser que « le temps » a opéré dans le sens de la convergence. La directive 98/44 rend compte du fait que clairement « *le législateur communautaire a réalisé l’impact de l’exploitation des inventions biotechnologiques sur la santé et sur l’environnement, mais a choisi de ne pas réglementer ces matières dans l’idée que c’était aux États membres qu’il appartient de le faire* »²⁹¹. Quel est l’intérêt d’un régime de régulation des brevets s’il n’existe pas en amont de réglementation de la recherche permettant les recherches sur lesquelles portent les brevets ?

§ 1 – Le recours au renvoi préjudiciel : une demande de précision de la directive

A – Les conditions du renvoi préjudiciel : coopération judiciaire affichée

1 - Les conditions générales du renvoi préjudiciel

327. Selon la page qui lui est dédiée sur le site de l’Union, « *le renvoi préjudiciel est la procédure qui permet à une juridiction nationale d’interroger la Cour de justice de l’Union européenne sur*

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ Jacobs 2001 CJ.

l’interprétation ou la validité du droit communautaire dans le cadre d’un litige dont cette juridiction est saisie ». En visant l’application uniforme du droit, le recours préjudiciel garantit la sécurité juridique. Le renvoi préjudiciel fait l’objet de l’article 267 du TFUE. Il se décline en deux possibilités. Il existe le renvoi préjudiciel en validité d’une norme européenne seulement dérivée qui recherche le contrôle de la validité de l’acte en question, et le renvoi préjudiciel en interprétation de la norme européenne primaire ou dérivée qui sollicite une précision aux fins d’application correcte.

328. Plus précisément, la Cour de justice a eu l’occasion de définir ce qui, selon elle, constituait une authentique juridiction capable de la saisir, notamment dans le cadre d’un recours préjudiciel. En effet, l’affaire *Vaassen-Göbbels*²⁹² en 1966 pose les six critères de qualification de la juridiction nationale au sens du droit de l’Union européenne : l’origine légale, l’indépendance, la permanence, la prise de décision ayant force obligatoire, l’application de règles de droit et l’existence d’une procédure contradictoire²⁹³.

2 - Le principe de subsidiarité éprouvé par le recours préjudiciel

329. Selon Julie Dupont-Lassalle « *la Cour de justice va déterminer les règles imposées aux autorités internes* »²⁹⁴ par le biais du mécanisme de renvoi préjudiciel. En effet, l’objet de l’ordre juridique est alors de « *modérer les inconvénients de la subsidiarité juridictionnelle et réduire les risques qu’elle comporte pour l’intégration communautaire* ». Dans l’affaire *Schwarze* de 1965, la Cour de justice exprime clairement cette idée selon laquelle la procédure du renvoi préjudiciel est

« Une coopération judiciaire par laquelle juridiction nationale et Cour de justice, dans l’ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l’élaboration d’une décision en vue d’assurer l’application uniforme du droit communautaire dans l’ensemble des Etats-membres »²⁹⁵.

330. Ce recours préjudiciel peut néanmoins signifier deux choses. Soit c’est le « *signe incontestable de cette volonté d’obtenir l’avis de la Cour de justice* »²⁹⁶. Soit la norme européenne est très claire, et dans ce cas il n’existe aucune utilité à recourir au renvoi préjudiciel ; soit la signification de la norme européenne ne s’impose pas et par conséquent induit un recours préjudiciel. Le premier cas, nommé « théorie de l’acte clair » suppose la clarté de la norme. Seulement, ce peut aussi être un moyen de garder à distance l’influence de la Cour de justice... Subterfuge qu’elle semble avoir intégré dans sa jurisprudence *Cilfit* de 1982 :

²⁹² CJCE, *Vaassen-Göbbels*, 30 juin 1966, aff. C-61/65.

²⁹³ J.-N. Billiard, *Droit du contentieux communautaire*, Paris, Ellipses, 2006, p. 31 (ces critères sont cités).

²⁹⁴ J. Dupont-Lassalle, *La ‘subsidiarité juridictionnelle’, instrument de l’intégration communautaire ?*, Droit et société 2012/1, n° 80, p. 47 à 71.

²⁹⁵ CJCE, *Schwarze*, 1^{er} décembre 1965, aff. 16/65.

²⁹⁶ *Op. cit.*, J. Dupont-Lassalle.

« L’application correcte du droit communautaire peut s’imposer avec une évidence telle qu’elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée. Avant de conclure à l’existence d’une telle situation, la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s’imposerait aux juridictions des autres États membres et à la Cour »²⁹⁷.

B – Les effets du renvoi préjudiciel : vers l’unification

331. Chaque décision rendue par la Cour de justice dans le cadre du renvoi préjudiciel comporte deux portées normatives en pratique identiques : la décision en question est revêtue de l’autorité de la chose jugée pour la juridiction de renvoi, et de l’autorité de la chose interprétée pour les autres juridictions. Dans une certaine mesure, les juridictions de dernier ressort sont « *obligées de renvoyer leur question à la Cour, dans la mesure où si elles ne le faisaient pas, il y aurait la possibilité d’un déni de justice indirect pour le requérant qui a introduit un recours devant sa juridiction nationale* »²⁹⁸.

1 – L’autonomie institutionnelle et procédurale infléchie

332. Comme le rappelle Julie Dupont-Lassalle, si le principe d’autonomie institutionnelle et procédurale n’est pas renversé, il est néanmoins « *fortement aménagé* ». Pour cause, il s’agit pour l’Union d’orienter de manière univoque les décisions émanant des Etats-membres en s’assurant « *qu’ils tiraient toutes les conséquences des principes d’effet direct et de primauté du droit communautaire* »²⁹⁹. Deux moments expliquent cette nouvelle orientation selon l’auteur. Premièrement, dans le cadre des conflits de normes, la marge de manœuvre des juges nationaux est encadrée par la Cour de justice. Dans cette situation, le juge national doit « *assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu’il ait à demander ou à attendre l’élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* »³⁰⁰. Deuxièmement, dans le cadre du principe de primauté et d’effet direct, la marge de manœuvre des juges nationaux est également strictement encadrée. En effet par le biais, essentiellement, du principe de responsabilité pour violation du droit de l’Union exercé contre l’Etat-membre³⁰¹, l’Union atteint les actes du législateur et les actes du juge interne.

333. L’ironie de cette situation réside dans le fait que l’Union infléchit le principe de subsidiarité sur la finalité du contrôle ; mais le conserve sur les moyens du contrôle. En effet, il revient à l’Etat, selon ses propres procédures « *d’assurer la réparation concrète des conséquences des violations avec ses*

²⁹⁷ CJCE, *Cilfit*, 6 octobre 1982, aff. 283/81, §16.

²⁹⁸ J. Kaprielian, *Le renvoi préjudiciel en droit de l’Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus*, Jurisdoctoria n° 6, 2011.

²⁹⁹ *Op. cit.*, J. Dupont-Lassalle.

³⁰⁰ CJCE, *Simmmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77.

³⁰¹ CJCE, *Francovich*, 19 novembre 1991, aff. C-6/90.

propres règles »³⁰². Le principe d’effectivité joue également envers les justiciables pour qui doit être mise en œuvre une protection juridictionnelle effective.

2 – « Devoir d’interprétation conforme »

334. Dans le doute concernant le sens des dispositions de la directive³⁰³, et au vu de l’expiration du délai de transposition, il fallait se conformer aux exigences pratiques de l’Union qui « impose aux autorités nationales d’interpréter le droit interne de manière à le rendre compatible avec les objectifs directives »³⁰⁴. En effet « ce devoir d’interprétation conforme ne cède que face à une disposition qui ne permettrait pas un tel effort d’interprétation ». Or, la formulation de l’article 611-17 est clairement équivoque.

335. Ce principe a été dégagé dans la jurisprudence *Von Colson* selon laquelle la juridiction nationale doit « interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive »³⁰⁵. De plus, il convient de noter les principes auxquels sont soumises les juridictions nationales en période de transposition « [elles doivent] s’abstenir dans la mesure du possible d’interpréter le droit interne d’une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l’expiration du délai de transposition, la réalisation de l’objectif poursuivi par cette directive »³⁰⁶. C’est également le cas de la jurisprudence *Van Duyn*³⁰⁷.

Conclusion du titre premier

336. Il apparaît clairement que les procédures prévues avec les Etats-membres séparent précisément les domaines d’action. Chaque domaine d’action peut être exercé différemment si le marché intérieur constitue l’objectif permettant une telle réorientation des compétences. Dès lors, c’est une véritable compétence d’exception qui émerge.

337. Le second titre est donc consacré au contenu de la définition de l’embryon, alors proprement influencée par l’étude qui a précédé. En effet, cette définition s’inscrit dans le schéma global d’harmonisation, son contenu en est donc imprégné.

³⁰² *Op. cit.*, J. Dupont-Lassalle.

³⁰³ Valérie Péresse, rapport pour le projet de loi Bioéthique, n° 3256, 5 juillet 2006.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ CJCE, *Von Colson*, 10 avril 1984, aff. 14/83.

³⁰⁶ CJCE, *Inter-Environnement Wallonie*, 18 décembre 1997, aff. C-129/96.

³⁰⁷ CJCE, *Van Duyn*, 4 décembre 1974, aff. 1/74.

TITRE SECOND

LA GENEALOGIE MATERIELLE DE LA DEFINITION

ETUDE DE L’ORIGINALITE DE LA DEFINITION JURIDIQUE

338. La définition de l’embryon repose sur le choix de la Cour de justice d’avoir procédé à sa construction. Cette construction exprime l’interprétation que la Cour a faite de la directive 98/44. Or, il ressort clairement que, si la directive ne traite de l’embryon que de manière extrêmement subsidiaire, ce dernier était extrêmement présent dans les débats relatifs à l’élaboration de la directive en question. Dans cette perspective, il convient d’étudier à présent la généalogie de la définition du point de vue matériel. Quelle est sa forme, quelles sont ses justifications. Ici, le travail de la Cour sera étudié, depuis la justification qu’elle fait de l’élaboration d’une définition autonome de l’embryon (Section 1^{ère}) à l’originalité de sa définition (Section 2^{nde}).

Chapitre 1 : La justification prétorienne d’une définition juridique autonome de l’embryon

339. La Cour est très attentive à la justification du recours à une définition autonome de l’embryon. Si la notion « autonomie » n’est pas présente outre mesure dans les arrêts de la Cour en l’espèce, il n’en reste pas moins que les traces d’une telle autonomie se laissent deviner. Ce qui implique donc une étude de ce qu’est l’autonomie de la définition en tant que telle et vis-à-vis d’autres principes de l’Union avec lesquels elle s’articule (Paragraphe 1^{er}) ; et une étude de recherche des signes de l’autonomie dans les arrêts et la directive sur laquelle ils se fondent (Paragraphe 2nd).

Section 1 – La signification de l’expression « définition propre et autonome » : l’accroissement des compétences de l’Union

§ 1 – Le sens de l’expression « définition propre et autonome »

340. L’expression « *définition juridique autonome de l’embryon* », qui semble constituer à la fois l’outil et la raison de la prise en charge par l’Union de la définition de l’embryon provient des conclusions des avocats généraux. Dans ses conclusions dans l’affaire *Brüstle* de 2011, l’avocat général Yves Bot écrit « *Nous pensons, comme la Commission européenne, qu’il convient de donner à ladite notion une définition autonome propre au droit de l’Union. Cela résulte tout autant des termes et du but de la directive 98/44 que des règles déjà dégagées par la Cour à l’occasion des premières*

interprétations jurisprudentielles de ce texte »³⁰⁸. Selon le Pr. Hennette-Vachez qui qualifie « l’embryon comme notion autonome », la définition autonome est un « outil de raisonnement »³⁰⁹.

A – La définition autonome en faveur de l’accroissement des compétences de l’Union

341. Tel que le rappelle les avocats généraux des affaires *Brüstle* et *Stem Cells* :

« Selon une jurisprudence constante, il découle des exigences tant de l’application uniforme du droit de l’Union que du principe d’égalité que les termes d’une disposition du droit de l’Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté européenne, une interprétation autonome et uniforme. Force est de constater, en l’espèce, que l’article 6, paragraphe 2, sous c), de cette directive [...] ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres »³¹⁰ ;

« Par ailleurs, « l’embryon humain », au sens de l’article 6, paragraphe 2, sous c), de cette directive, doit être considéré comme désignant une notion autonome du droit de l’Union, qui doit être interprétée de manière uniforme sur le territoire de cette dernière »³¹¹.

342. A propos de la « définition autonome », l’affaire *Adolf Truley*³¹² de 2003 pose le principe de la définition autonome. Il est question dans cette affaire de la démonstration d’une définition juridique autonome du droit de l’Union d’une notion qui n’existe nulle part ailleurs³¹³. En outre, l’avocat général Bobek énonce que « Partant, il s’agit d’une notion autonome en droit de l’Union qui doit être interprétée indépendamment des systèmes nationaux d’autorisation ou d’enregistrement »³¹⁴. Il ajoute une remarque concernant l’objectif de prévisibilité relevant de la directive en question. Si l’application était nationalement interprétée et circonscrite, alors « la fragmentation juridique qui en résulterait [ne serait] pas souhaitable en soi »³¹⁵ ce qui nécessite l’intervention exclusive de l’Union.

B – La dimension « radicale » de la définition autonome

343. Plus directement, dans l’affaire *Brüstle* de 2011, la Cour de justice affirme

« Or, si le texte de la directive ne donne aucune définition de l’embryon humain, il n’opère pas non plus de renvoi aux droits nationaux en ce qui concerne la signification à retenir de ces termes. Il en résulte donc que celui-ci doit être considéré, aux fins d’application de la directive, comme désignant une notion autonome du droit

³⁰⁸ *Op. cit.*, Y. Bot, § 53.

³⁰⁹ *Op. cit.*, S. Hennette-Vachez.

³¹⁰ *Op. cit.*, Y. Bot, §58.

³¹¹ Conclusions de l’avocat général Pedro Cruz Villalon, sur l’affaire *Stem Cells*, §23.

³¹² CJCE, *Adolf Truley*, 27 février 2003, aff. C-373/00, §35.

³¹³ Il s’agit de « l’organisme de droit public ».

³¹⁴ Conclusions de l’avocat général Bobek, sur l’affaire *Drago Nemec c. Republika Slovenija*, 28 juillet 2016, §89.

³¹⁵ *Ibid.*, § 90.

de l’Union, qui doit être interprétée de manière uniforme sur le territoire de cette dernière »³¹⁶.

« [Il faut] donner à ladite notion une définition autonome propre au droit de l’Union. Cela résulte tout autant des termes et du but de la directive 98/44 que des règles déjà dégagées par la Cour à l’occasion des premières interprétations jurisprudentielles de ce texte »³¹⁷.

344. Lorsqu’elle cherche à « suggérer la part de radicalité qu’il y a dans la prétention à dégager une définition positive de l’embryon via le recours au concept de "notion autonome" »³¹⁸, le Pr. Hennette-Vachez dénonce là l’étonnement qu’évoque une telle décision. Au vu de ce qui précède, il peut être raisonnablement soutenu que le recours à la définition autonome accroît le champ de compétences de l’Union. Il convient néanmoins d’étudier son imbrication avec les autres principes de l’Union pour apprécier plus justement l’intensité de son influence.

345. Selon le Pr. Hennette-Vachez, il existe une véritable volonté de soumettre à « géométrie variable » le contrôle qu’opère la Cour dans le cadre de l’appréciation de l’exigence d’interprétation autonome. L’expression utilisée dans l’affaire *Brüstle* « Selon une jurisprudence constante, il découle [...] normalement » par la Cour fait référence notamment à l’affaire *Adlof Truley*. Le Pr. Hennette-Vachez relève quant à elle, par exemple, un procédé similaire, à propos d’un sujet analogue (la dignité) dans l’affaire *Omega Spielballen*³¹⁹ de 2004. Dans les deux affaires il est question de l’interprétation, par la Cour, de la « variabilité des conceptions nationales ». C’est précisément le pivot de l’application uniforme.

§ 1 – L’implication de l’autonomie de la définition dans l’architecture juridique de l’Union

A – La marge nationale d’appréciation

346. **Autonomie et marge nationale d’appréciation.** Contrairement à la Cour de justice, la Cour européenne des droits de l’homme – dont l’objet est consacré à la protection des droits de l’homme – reconnaît *systématiquement* une « marge nationale d’appréciation aux Etats » dans l’appréciation de l’embryon, notamment du point de vue de son statut et de sa définition.

« Le point de départ du droit à la vie relève de l’appréciation des Etats. [...] la majorité des pays ayant ratifié la Convention n’ont pas arrêté la solution à donner à cette question, [...] l’absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie »³²⁰.

³¹⁶ *Op. cit.*, Affaire *Brüstle*, §26.

³¹⁷ *Op. cit.*, Y. Bot, § 53.

³¹⁸ *Op. cit.*, S. Hennette-Vachez.

³¹⁹ CJCE, *Omega Spielhallen*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02.

³²⁰ CEDH, Communiqué du greffier, *Vô contre France*, 8 juillet 2004.

347. C’est expressément l’objet du paragraphe 82 de l’arrêt *Vo c. France* selon lequel « *Il en résulte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d’appréciation des Etats* »³²¹.

B – Les principes d’harmonisation, d’uniformité, de primauté

348. **Notion d’interprétation uniforme.** Selon l’esprit de l’affaire *Brüstle*, l’interprétation autonome signifie une double circonscription à la fois géographique et matérielle. En somme, une limitation de la signification donnée au droit applicable en Union européenne, en vertu du domaine restreint du droit des brevets. En témoigne l’interprétation qu’en fait le Pr. Hennette-Vauchez « *Reste à savoir toutefois si les frontières ici tracées entre les différentes branches du droit communautaire, et l’isolation ici tentée d’une définition de l’embryon propre au droit des brevets, seront pérennes* »³²². Cependant, selon Aude Mirkovic « *Quant à la portée de cette solution, même si la Cour entend « se limiter à une interprétation juridique des dispositions pertinentes de la directive », elle a vocation à informer tout le droit de l’UE car il serait surprenant que la définition de l’embryon puisse varier d’un domaine à l’autre* »³²³.

349. **Principe d’application uniforme, unité du droit communautaire.** Selon François-Vivien Guiot, ce principe « *est à la fois le fondement de la primauté et son mode opératoire ; il en est la cause et la conséquence* »³²⁴. L’intégration « *par un droit fusionnel et unitaire* »³²⁵ dont parlait Pierre Pescatore trouve un écho dans l’idée de définition autonome. La définition juridique exprimant la normativité du sens de la notion, il apparaît évident que l’enjeu qu’elle représente en termes d’influence soit incommensurable. Toujours selon François-Vivien Guiot « *L’unité est une condition nécessaire pour donner corps à l’idée de solidarité entre les Etats-membres, en même temps qu’un principe contraignant pour ces mêmes Etats-membres* »³²⁶. Comme il le rappelle à l’appui de sa démonstration, l’affaire *AETR*³²⁷ de la Cour de justice, datant de 1971 développe les trois conditions de l’uniformité : la même signification dans tous les Etats-membres, la même force obligatoire, le même contenu invariable.

³²¹ CEDH, *Vô c. France*, 8 juillet 2004, Req. n°53924/00, §82.

³²² *Op. cit.*, S. Hennette-Vauchez.

³²³ A. Mirkovic, *La recherche sur l’embryon stoppée à Luxembourg ?*, Dalloz, AJ Famille 2011 p.51.

³²⁴ F.-V. Guiot, *L’intégration sans le juge ? Remarques sur la nécessité de l’intégration juridictionnelle*, Academia, 2015.

³²⁵ Cité par F.-V. Guiot, Pierre Pescatore, Préface de la réédition de 2005.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ CJCE, *AETR*, 31 mars 1971, Aff. 22/70.

Section 2 – Les signes de l’autonomie de la définition juridique de l’embryon

§ 1 – Les traces d’une définition juridique autonome de l’embryon

350. Après avoir étudié l’insertion de l’expression « définition autonome », il convient de l’étudier vis-à-vis de l’embryon in vitro. Ici, l’article de Stéphanie Hennette-Vauchez « *L’embryon de l’union* »³²⁸ est très éclairant. Sa deuxième partie intitulée « *l’outil du raisonnement : l’embryon comme notion autonome* » exprime son interprétation de l’arrêt rendu par la Cour de justice. Selon l’auteur « *L’interprétation autonome figure assurément parmi les techniques de jugement privilégiées par le juge européen* »³²⁹.

A – Première condition : la disposition exclut-elle véritablement toute marge de manœuvre des autorités nationales ?

351. Dans son arrêt de 2001 relatif à la directive 98/44 la Cour de justice avait jugé « *il est constant que cette disposition laisse aux autorités administratives et aux juridictions des États membres une large marge de manœuvre dans la mise en œuvre de ce critère d’exclusion* »³³⁰. Ici la Cour reconnaît très clairement une « *large marge de manœuvre dans la mise en œuvre de ce critère d’exclusion* »³³¹.

352. Or, le recours à l’autonomie de la définition ne joue que « *si le texte de la directive ne donne aucune définition de l’embryon humain, [et] n’opère pas non plus de renvoi aux droits nationaux en ce qui concerne la signification à retenir de ces termes* »³³² selon les termes exacts de l’arrêt *Brüstle*. Ici la Cour juge à propos de l’article 6 que « *le texte de la directive n’opère pas de renvoi aux droits nationaux en ce qui concerne la signification à retenir* »³³³ et conclut à l’interprétation uniforme de cette notion.

353. Selon le Pr. Hennette-Vauchez « *il aurait bien pu considérer que la définition du terme embryon relevait de la mise en œuvre des critères d’exclusion et tombait, dès lors, dans la marge nationale* »³³⁴. La notion d’embryon constitue expressément une partie du contenu de l’exclusion selon l’article 6 de la directive. Ainsi, la Cour aurait pu reconnaître une compétence positive à l’autorité nationale. Or, ce choix est expliqué par l’Avocat général Yves Bot qui avance que :

« Cet aspect contraignant d’une des dispositions essentielles du texte de ladite directive nous paraît également plaider en faveur d’une interprétation uniforme de la notion d’embryon humain. En effet, nous ne voyons pas comment une interdiction

³²⁸ *Op. cit.*, S. Hennette-Vauchez.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Op. cit.*, *Affaire Pays-Bas c. Parlement et Conseil*.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Op. cit.*, *Affaire Brüstle*.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Op. cit.*, S. Hennette-Vauchez.

aussi catégorique, s’appliquant à tous les États membres, pourrait exister sur la base de notions qui ne seraient pas communes »³³⁵.

354. Dès lors, n’existe-il pas une certaine équivalence entre d’une part la *marge de manœuvre laissée aux autorités nationales dans la mise en œuvre du critère d’exclusion* ; et d’autre part le *renvoi aux droits nationaux* ? En effet, le *renvoi aux droits nationaux* inclut la *mise en œuvre du critère d’exclusion*. Par conséquent, le second est plus spécifique et son champ plus restreint. Ce rapport d’inclusion permet de saisir le raisonnement de la Cour qui, dès lors, n’a pas choisi d’interpréter de manière extensive « *le renvoi aux droits nationaux* ». Ceci manifeste le choix juridictionnel de privilégier l’application uniforme et autonome avant la marge de manœuvre des Etats.

B – Seconde condition : La « mise en œuvre » des critères relève-t-elle d’une politique d’harmonisation ?

355. L’article 197 du TFUE, inséré dans le Titre XXIV « *Coopération administrative* » dispose :

« 1. La mise en œuvre effective du droit de l’Union par les États membres, [...] est considérée comme une question d’intérêt commun. 2. L’Union peut appuyer les efforts des États membres pour améliorer leur capacité administrative à mettre en œuvre le droit de l’Union. »³³⁶

356. En l’espèce, en associant la définition de l’embryon à l’autonomie de l’interprétation communautaire (sur le fond) et à la mise en œuvre (sur la forme), la Cour inscrit la question de l’embryon dans une perspective d’accroissement de la compétence de l’Union dans une matière où ses relations avec les Etats-membres sont précisément régies par des relations spéciales. En effet, la notion de « *mise en œuvre* » implique des efforts pour « *améliorer les capacités administratives à mettre en œuvre le droit de l’Union* ».

§ 2 – Le recours à l’homonymie : entre autonomisation de sens et autonomie de notion

357. L’une des caractéristiques de l’Union est d’être constituée de différentes langues et différentes traditions juridiques. Soit l’autonomie vise *l’exclusivité de la signification* qu’elle donne au mot qu’elle définit ce qui, par conséquent, éclipse les définitions offertes par les Etats-membres. Soit l’autonomie vise la *supériorité de la signification* qu’elle donne au mot qu’elle définit. Dans ce dernier cas, elle coexiste avec les autres définitions, mais elle insinue de manière subreptice et progressive une nouvelle signification. L’étude du recours à l’homonymie juridique peut se révéler capitale pour apprécier le degré d’influence exercé par l’Union. En effet, l’homonymie juridique est un outil consciemment utilisé par l’Union. Ainsi l’écrit le Pr. Grégory Kalflèche « *Le droit communautaire s’insère en effet dans un*

³³⁵ *Op. cit.*, conclusions Y. Bot, §60.

³³⁶ Art. 197 TFUE.

cadre multiculturel et multilinguistique et la question des termes qu’il utilise pour ses notions juridiques n’est pas neutre »³³⁷.

A – L’usage de l’homonymie en droit de l’Union

I – La place cardinale de la langue en droit de l’Union

a - La diversité linguistique de l’Union valorisée et consacrée

358. Du point de vue textuel, la question de la langue au sein de l’Union est réglée par deux sources juridiques. D’une part le Règlement n°1 portant fixation du régime linguistique de la CEE de 1958 dont le premier article liste par ordre alphabétique les langues officielles. Aussi l’article 342 du TFUE dispose que « *Le régime linguistique des institutions de l’Union est fixé [...], par le Conseil statuant à l’unanimité par voie de règlements* ».

359. Du point de vue institutionnel, il existe un générateur de traductions européen nommé « Systran » qui se fonde sur « *l’Acquis communautaire* ». En intégrant ainsi les problèmes, elle les neutralise et en maîtrise les effets. D’ailleurs en 1998 la Cour de justice rend une décision selon laquelle les Etats-membres doivent recevoir, dans leur langue officielle, les documents sur lesquels se fondent les réunions.³³⁸

360. En outre, deux institutions ont assimilé ce problème. La *Direction générale de la traduction de la Commission européenne* est composée de juristes-linguistes dont le travail consiste à recomposer la tour de Babel, en traduisant en langues officielles trois types de documents : les actes communautaires, les actes préparatoires et les rapports³³⁹. Ensuite la Cour de justice est également dotée d’un tel personnel. Le juriste-linguiste doit à la fois assimiler la mécanique linguistique de la traduction du sens des mots, et la mécanique juridique du contexte dans lequel ces mots s’insèrent³⁴⁰. Ainsi, si l’orientation inconsciente de la traduction ne suffisait pas, les juristes-linguistes auront tendance à traduire en relation avec le système juridique duquel ils sont issus.

b - La diversité des langues appropriée (par l’Union)

361. La *Déclaration ad article 55§2* du TUE dispose

« La Conférence estime que la possibilité de traduire les traités dans les langues visées à l’article 55§2, contribue à la réalisation de l’objectif énoncé à l’article 3, paragraphe 3, quatrième alinéa, qui prévoit que l’Union respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique. À cet égard, la Conférence confirme que l’Union

³³⁷ G. Kalflèche, *Homonymie et intégration communautaire*, in « Les notions juridiques » dir. G. Tusseau, éd. Economica, 2009, p. 140.

³³⁸ CJ, *Allemagne c. Commission*, 10 février 1998, C-263/95.

³³⁹ *Op. cit.*, G. Kalflèche, p. 144.

³⁴⁰ *Ibid.*

est attachée à la diversité culturelle de l’Europe et qu’elle continuera d’accorder une attention particulière à ces langues et à d’autres langues ».

362. Par ces termes, l’Union rappelle, en 2009, son attachement aux langues telles qu’elles sont pratiquées, sollicitées, juridicisées. Cependant, une remarque très simple. Le TFUE fait systématiquement référence aux « *langues officielles de l’Union* »³⁴¹. Ces langues appartiennent à l’Union, elle les a instituées et leur a conféré leur normativité. Il est donc intéressant de ne pas perdre de vue que l’Union maîtrise, de fond en comble, la *normativité* des langues. Elle en a la maîtrise même concrète, en ce qu’elle est l’unique organe habilité à produire des traductions.

c - Le juriste-linguiste embauché

363. Comme l’écrit Simone Glanert « *L’interaction voulue des droits en Europe passe par une interaction forcée des langues* »³⁴². Cette remarque exprime la tension entre les institutions mais aussi entre l’Union et ses Etats-membres, tension révélée par l’usage de la langue.

364. Le juriste-linguiste communautaire doit renoncer à la traduction parfaite car, en réalité, « *il faut comprendre que la traduction n’est jamais du mot-à-mot, [elle] doit s’insérer dans le langage naturel de la langue vers laquelle on traduit* »³⁴³ selon le Pr. Kalfèche. En outre, il doit également veiller à rester fidèle au texte qu’il étudie et par conséquent prendre en compte que son travail « *fait perdre un peu du sens initial* »³⁴⁴. Or, cela pose un problème de taille au juriste : attaché à la justesse des mots et la précision de leur sens, comment peut-il dès lors travailler sans tomber dans l’approximation ? L’emploi d’un mot précis oriente le régime juridique de la situation et, de fait, imprime un choix stratégique « *L’analyse textuelle conduit à reconnaître dans chaque mot des nuances dont il faut tirer des conséquences en termes de régime juridique* »³⁴⁵. Ainsi, soit le traducteur « *utilise un terme nouveau* » et il y a « *création d’une notion autonome* » qui ne s’insère « *pas facilement dans les ordres internes* » ; soit il « *utilise un terme utilisé pour la notion interne la plus proche* » et dans ce cas il y a « *homonymie* » ce qui crée des « *risques de confusion* »³⁴⁶ entre notion interne et notion communautaire. Comme il l’écrit « *Soulever la question du lien entre l’homonymie et l’intégration communautaire, c’est par conséquent se poser la question de la façon dont le droit communautaire va utiliser la langue juridique nationale pour imposer ses exigences communautaires* »³⁴⁷.

³⁴¹ Par exemple : article 4 du Protocole 1, article 6 du protocole 2.

³⁴² S. Glanert, *La langue en héritage : réflexions sur l’uniformisation des droits en Europe*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 58, n°4, 2006, p. 1231 à 1247.

³⁴³ *Op. cit.*, G. Kalfèche, p. 142.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 143.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 142.

2 – Autonomisation de sens, autonomie de mot

a - Le recours à des « notions propres » influence la nature de la définition juridique

365. L’Union affiche avec détermination sa volonté de ne pas recourir aux mêmes termes que ceux utilisés par les Etats-membres ; elle postule les bienfaits d’un langage autonome et propre à l’Union come dans son « *Guide pratique commun à l’attention des personnes rédigeant les actes communautaires* »³⁴⁸ paru en 2005. Dans un certain sens, l’Union cherche à assurer une certaine idée de la sécurité juridique en ne badinant pas avec la clarté du sens des mots utilisés. En réalité, employer deux notions dont le sens n’est pas identique ne mène qu’à deux possibilités : la greffe prend ou ne prend pas. Ainsi, si elle prend c’est au détriment du sens conféré par le droit interne, si elle ne prend pas c’est au détriment de la sécurité juridique qui aura été grevé par l’emploi de deux sens du même mot.

366. Le développement des définitions textuelles et l’interprétation par les autres traductions constituent, selon le Pr. Kalflèche, « *deux nouvelles méthodes d’interprétation à ajouter aux treize de Tarello* »³⁴⁹. N’est-ce pas ici le lieu d’une surenchère de la définition, aboutissant de facto à une surenchère de l’influence ? En effet, dans la mesure où l’Union se met à clarifier ses textes, il convient que le droit interne fasse de même pour ne pas subir le revers d’une clarification excessive.

b - La diversité des traductions au service d’une intégration sur mesure

367. Le pr. Kalflèche développe l’idée de « *l’homonymie comme arme de l’intégration communautaire* »³⁵⁰. Dans un premier temps, « *l’intégration communautaire prend la forme que les auteurs du traité voulaient donner aux directives, moins contraignantes que les règlements, mais aux fonctions unificatrices subtiles* »³⁵¹. Dans cette hypothèse l’Union « *laisse au droit interne le soin de préciser ce qu’il faut entendre par les notions qu’elle a mises en place* »³⁵² en application du principe de subsidiarité. Cette forme d’intégration est subtile, et s’intègre certainement très aisément dans les cas de compétence partagée entre l’Union et les Etats-membres. Dans un second temps « *il arrive en effet que l’homonymie soit le moyen pour la notion communautaire de s’imposer sur la notion interne* »³⁵³. Selon l’auteur « *ces mécanismes normatifs conduisent le droit européen à avoir une supériorité normative : la transposition de la directive ou l’usage du règlement peuvent être parfaits juridiquement parlant* »³⁵⁴.

³⁴⁸ *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l’attention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires*, Luxembourg, 2003.

³⁴⁹ *Op. cit.*, G. Kalflèche, p. 148.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Ibid.*

368. L’influence de la notion communautaire n’est que « psychologique », en ce qu’elle va s’imposer *de facto*. C’est très précisément le cas en présence de compétence d’appui et de prise en compte des seules « *finalités européennes* » des thèmes abordés par le domaine visé, et dont la cohabitation avec l’harmonisation est rendue indispensable du fait de cette pression exercée sur le sens de la notion interne. En l’espèce, la directive 98/44 vise les finalités européennes du thème de la brevetabilité du vivant, tel qu’il est inséré dans le domaine du marché intérieur. L’usage des « *finalités européennes* » d’un thème permet de rendre l’action de l’Union et les termes qu’elle emploie plus adéquats à la situation en cause.

*c - L’uniformisation heurtée à la « durabilité de la langue »*³⁵⁵

369. La « *durabilité de la langue* » selon Simone Glanert exprime qu’en dépit « *de la volonté du législateur, aussi affirmée soit-elle, la langue tend à préserver son authenticité et son intégrité, c’est-à-dire qu’elle dure* »³⁵⁶. La question de l’uniformisation est liée à celle de l’homonymie. En effet, les quelques résolutions du Parlement³⁵⁷ exprimant une volonté d’uniformisation et la constitution de la commission Von Bar destinée à écrire le code civil européen interrogent.

370. Cependant, comme le souligne Simone Glanert, l’existence de deux fortes traditions juridiques « *l’une romaniste, de ‘facture nomothétique’, et l’autre de common law, ‘d’allégeance idiographique’* »³⁵⁸ rend compte d’une rationalité juridique duale « *inconciliable avec des desseins qui ont pour objectif l’instauration d’une pensée uniforme* »³⁵⁹.

*d - L’uniformisation alimentée par « l’éphémérité de la langue »*³⁶⁰

371. L’éphémérité de la langue est due à deux phénomènes alternatifs : soit une langue prédomine, soit une langue nouvelle est créée. C’est l’exacte application de l’usage de l’homonymie tel qu’il en résulte de l’article du Pr. Kalfèche. Comme l’exprime Simone Glanert « *La domination d’une langue sur toutes les autres dans le cadre du processus d’uniformisation du droit fait apparaître le caractère éphémère de la langue* »³⁶¹. La question de la codification à l’échelle européenne du Code civil, selon Christian Von Bar, oblige « *d’avoir le courage d’utiliser des mots qui soient d’une part nouveaux, d’autre part faciles à retenir, afin d’évoquer immédiatement, chez tout expert, les bonnes associations*

³⁵⁵ Expression créée et idée soutenue par Simone Glanert.

³⁵⁶ *Op. cit.*, Simone Glanert.

³⁵⁷ *Résolution du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres*, C158/400, 26 mai 1989. Et *Résolution du Parlement européen sur l’harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres*, C205/518, 6 mai 1994.

³⁵⁸ *Op. cit.*, Simone Glanert.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *Ibid.*

d’idées »³⁶². L’expression « *bonnes associations d’idées* » n’est pas sans rappeler le scénario de 1984 de Georges Orwell.

372. L’acte de traduction juridique est éminemment herméneutique, selon Simone Glanert. En effet, le cercle herméneutique dans lequel se situe l’interprète le dote d’une précompréhension :

« Toutefois, la compréhension de la règle par l’interprète ne peut s’effectuer qu’à travers sa précompréhension. Les questions posées ainsi que les conditions d’accès à la réalité sont préalablement et inconsciemment façonnées par la tradition culturelle et historique à laquelle appartient l’interprète. De plus, le juriste ne peut accéder au droit uniforme qu’à travers le prisme de sa langue laquelle n’est pas un moyen neutre qui lui serait extérieur, mais le véhicule même des traditions interprétatives. »³⁶³.

373. **La prépondérance d’une langue.** La commission Von Bar avait émis l’idée selon laquelle il fallait rester « équidistant » de toutes les cultures et n’en privilégier aucune. Or, force est de constater que plus de 70% des textes produits par l’Union européenne proviennent de groupes de travail dont la langue est l’anglais. Qu’est-ce qui explique l’usage de l’anglais comme langue de travail ? Hormis la Cour de Justice dont la langue de travail est le français, l’immense majorité des groupes de travail s’exprime en anglais pour des raisons à la fois pratiques et politiques. Pratique d’une part car l’anglais est parlé par tous les intervenants. Privilégier une langue dans laquelle les intervenants s’expriment directement, au lieu de passer par l’office de la traduction, marque une volonté d’uniformiser également le mode de pensée ! Politique d’autre part car l’anglais jouirait d’une aura de modernité. En réalité, c’est dans cette idée que repose la fragilisation du droit interne, par le biais de l’usage d’une langue unique, ou d’une langue nouvelle. C’est par conséquent dans cette idée que repose l’idée même d’accroissement de l’influence de l’Union :

« Aucune langue ne saurait autoriser une infinité de représentations du monde, le phénomène de transit obligatoire par la langue de travail ne pourra qu’entraîner pour les droits en présence d’irréversibles mutations signifiantes »³⁶⁴.

374. En définitive, « *L’homonymie, phénomène classique de la traduction, est donc, pour le juriste, bien plus qu’une licence poétique et mérite, en tant que telle, d’être appréciée comme un phénomène normatif* »³⁶⁵ selon le Pr. Kalflèche. La directive 98/44 et les interprétations juridictionnelles qui en sont faites relèvent clairement d’une stratégie linguistique et communicationnelle visant à accentuer

³⁶² Christian Von Bar, *Le Groupe d’études sur un code civil européen*, Revue internationale de droit comparé, n°53, 2001.

³⁶³ *Op. cit.*, Simone Glanert.

³⁶⁴ *Op. cit.*, Simone Glanert.

³⁶⁵ *Op. cit.*, G. Kalflèche, p. 152.

l'influence de l'Union sur le droit des brevets, corpus juridique au sein duquel fut développée l'unique définition juridique de l'embryon connue à ce jour sur le territoire européen.

B – L'usage de l'homonymie dans la directive 98/44

1 – La création du nouveau concept « matière biologique »

375. Dans la directive 98/44, l'article 2 définit deux notions, dont la « *matière biologique* ». Le recours à l'article 1^{er} ou 2 des actes contraignants fait partie des techniques employées par l'Union³⁶⁶. En définissant ainsi un terme, elle manifeste l'envie de d'enrichir d'une nouvelle notion le droit des brevets. De plus, il faut noter que la notion définie « *matière biologique* » a tout de même un contenu assez flou. En effet, cela sera vu plus tard, il est possible d'y entrer de nombreuses « *matières* » comme, par exemple, les éléments du corps humain. En tout état de cause, la plasticité de cette notion dégage la voie à une uniformisation des droits.

2 – La création du nouveau sens à la notion « embryon »

376. Dans les arrêts *Brüstle et Stem Cells* de la Cour de justice, une définition nouvelle est donnée à la notion « embryon ». En définissant une notion déjà existante, l'Union confère une *interprétation autonome*. A priori, elle est censée être diffusée dans cette perspective.

377. Créer une définition, c'est créer un sens. En définissant l'embryon, l'Union enclenche le processus d'autonomisation du sens. L'autonomisation est un processus, en ce qu'elle implique une trajectoire jusqu'à sa réussite. Le sens s'immiscera petit à petit dans le droit interne, jusqu'à remplacer le sens déjà existant. La Cour a insisté sur la circonscription de son interprétation au strict domaine de la brevetabilité. Ce qui, sans doute, ne devrait pas avoir d'influence sur le sens à donner à l'embryon dans le cadre de la recherche (plus utilisé). Or, elle a aussi pu exprimer la porosité du domaine du brevet avec celui de la recherche (notamment la recherche sur embryon).

³⁶⁶ Voir en ce sens le Pr. Kalflèche.

Chapitre 2 : La conception prétorienne de la définition juridique de l’embryon

378. La justification du recours à une définition autonome par la Cour de justice a révélé une forte portée normative aux décisions rendues par la Cour. Après avoir étudié, l’influence *a priori* inflexible des décisions de la Cour sur les cours des Etats-membres, il sera question d’étudier le contenu de la définition de la Cour qui, *a priori*, est censé irriguer le droit des Etats-membres.

379. La conception de la définition juridique de l’embryon par la Cour de justice révèle une logique de contradiction. En effet, la définition juridique de l’embryon a fait l’objet de deux interprétations pour le moins contradictoires. Dans l’affaire *Brüstle* en 2011 la Cour construit pour la première fois une définition juridique de l’embryon. Elle est assurément extensive, et « inclusive »³⁶⁷ d’éléments ainsi compris dans la notion « embryon ». A contrario, dans l’affaire *Stem Cells* de 2013, la Cour adopte une position délibérément et radicalement opposée à celle adoptée trois ans plus tôt. Face aux divergences de cette interprétation, il est naturel de se poser la question de la portée d’une telle définition. C’est précisément l’ampleur de ce choix (opéré par la Cour) qu’il convient d’étudier³⁶⁸. Ainsi, après avoir étudié le premier mouvement d’extension opéré par le juge de *Brüstle* (Paragraphe 1^{er}), sera étudié le second mouvement de restriction animé, argumenté et pesé par le juge de *Stem Cells* contre *Brüstle* (Paragraphe 2nd).

Section 1 – Le mouvement extensif de la définition de l’embryon : le refus catégorique du critère fonctionnel, la consécration de l’alter-embryon

380. En 2011, la Cour de Justice construit la première définition juridique de l’embryon à l’occasion du renvoi préjudiciel dont elle est saisie, par l’Allemagne dans l’affaire *Brüstle*. L’avocat général Yves Bot a joué un rôle décisif dans la décision en question. C’est la raison pour laquelle, dans la mesure où la Cour a repris exactement la définition de l’avocat général, il sera procédé à une étude combinée de l’arrêt à titre principal et des conclusions de l’avocat général³⁶⁹ à titre complémentaire. Voici la définition retenue en 2011 par la Cour de justice :

« Dans ce sens, tout ovule humain doit, dès le stade de sa fécondation, être considéré comme un ‘embryon humain’ au sens et pour l’application de l’article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive, dès lors que cette fécondation est de nature à déclencher le processus de développement d’un être humain. Doivent également se voir reconnaître cette qualification l’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. Même si ces organismes n’ont pas fait l’objet, à proprement parler, d’une

³⁶⁷ Le terme « inclusive » est utilisé par l’avocat général Cruz Villalon dans l’affaire *Stem Cells* pour qualifier la nature de la définition telle qu’elle est construite par la Cour dans l’affaire *Brüstle*.

³⁶⁸ *Op. cit.*, S. Henneute-Vauchez.

³⁶⁹ *Op. cit.*, conclusions Y. Bot.

fécondation, ils sont, ainsi qu’il ressort des observations écrites déposées devant la Cour, par l’effet de la technique utilisée pour les obtenir, de nature à déclencher le processus de développement d’un être humain comme l’embryon créé par fécondation d’un ovule. »³⁷⁰

381. La définition qu’adopte la Cour est éminemment large. En effet, la Cour dans cet arrêt avance bien l’idée selon laquelle l’appréciation du contenu de la définition est dépendant de la volonté d’exclure largement l’embryon de la brevetabilité « *Il en résulte que la notion ‘d’embryon humain’ au sens de l’article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive doit être comprise largement* »³⁷¹.

§ 1 – Le critère originel subsidiaire : la place secondaire de la fécondation de l’ovule

382. *A priori*, le critère de la fécondation est central dans la définition biologique de l’embryon. C’est la raison pour laquelle, afin de s’éloigner de la dimension ontologique-biologique, ce critère est nommé « originel ». Originel, car il détermine l’origine de l’embryon. Cette origine contient une part fixe : l’ovule ; et une part mobile : la fécondation. Etant entendu que la fécondation occupe une place secondaire, alors il est plus compréhensible que l’ovule occupe une place essentielle.

A – L’ovule comme seul gamète indispensable de la définition

383. Il est important d’indiquer que l’embryon est le fruit de la rencontre d’un ovule et d’un spermatozoïde. Or, cette définition ne rend compte que de la présence du gamète femelle. Ce choix révèle deux éléments.

I – L’émancipation de la définition de sa dimension biologique

384. La définition ordinaire de l’embryon est dépendante de la réalité ontologique de l’embryon. En effet, selon le Larousse médical l’embryon est le « *Résultat de la fécondation d’un ovocyte par un spermatozoïde* »³⁷². *A priori*, n’envisager que l’origine féminine de l’embryon pour le définir est délicat.

385. Or, en lisant les conclusions de l’avocat général, il y est écrit que l’approche retenue serait scientifique « *seules les analyses juridiques effectuées sur la base des données objectives et acquises de la science peuvent fonder une solution susceptible d’être admise par l’ensemble des États membres* »³⁷³. De plus, ces conclusions soulignent la part d’incertitude que recèle le discours scientifique « *Par voie de conséquence, dans notre esprit, la solution que nous proposons ou celle que choisira la Cour ne vaudra qu’à l’instant où elle est formulée. Les avancées de la connaissance pourront amener à la modifier dans l’avenir* »³⁷⁴. Ainsi, il peut être raisonnablement conclu que le critère scientifique est relativisé en raison de l’incertitude que recèlent ses sources.

386. Or, le choix de ne recourir qu’à l’ovule révèle une stratégie.

³⁷⁰ *Op. cit.*, affaire *Brüstle*, §20.

³⁷¹ *Ibid.*, §34.

³⁷² Dictionnaire Larousse médical, en ligne, 2006, « embryon ».

³⁷³ *Op. cit.*, conclusions Y. Bot.

³⁷⁴ *Ibid.*

387. Tout d’abord, l’embryon est issu d’un ovule et d’un spermatozoïde. C’est la rencontre des deux qui crée l’embryon. Or, cantonner la définition de l’embryon à la rencontre « normale » des gamètes mâle et femelle n’aurait pas d’autre intérêt que réduire le champ d’application de la définition à l’embryon humain *déjà* exclus de la brevetabilité.

388. Ensuite, il convient d’inclure une dimension supplémentaire à la définition de l’embryon humain : l’inclusion de l’embryon *in vitro* au sens large du terme. Ce qui implique un mode de reproduction qui est artificiel, et à visée artificielle. Ainsi, pour admettre une acception large de la définition de l’embryon, la Cour doit recourir à l’inclusion d’un embryon technologique, d’un « alter-embryon » dont la réalité n’a d’autre lieu que les parois d’une éprouvette.

2 – L’émancipation de la définition de son élément psychologique

389. La définition est purgée de la dimension psychologique que peut représenter la réunion de l’ovule et du spermatozoïde. En effet, toujours dans le cadre précis de l’embryon *in vitro*, il existe deux vocations de l’embryon. Soit il est voué à un projet parental, soit il est voué à la recherche³⁷⁵. La question qui se pose est simple « *Au demeurant, le serait-ce qu’il faudrait alors se demander au nom de quoi le précurseur de la vie mériterait moins de protection que ce à quoi il va naturellement aboutir* »³⁷⁶.

390. Il convient dans cette perspective de revenir sur la distinction initiale entre embryon *in vitro* et *in utero* reposant sur la dimension psychologique du projet parental. En opérant ce réaménagement, il est possible de qualifier, pour la première fois, l’ensemble des cellules totipotentes destinées à la recherche comme des embryons *in vitro*.

391. Selon Yves Bot « *Au titre de la cohérence, nous ne voyons pas non plus pour quelles raisons la qualification juridique d’embryon serait refusée aux situations de fécondation in vitro, sauf si elles sont effectuées en vue de permettre à un couple d’accueillir des enfants dans son foyer* »³⁷⁷. L’argument qu’il emploie est encore plus fort. Il recentre la question de la définition juridique de l’embryon sur la représentation même de l’embryon *in vitro* et *in utero*. Ici, en vidant le contenu de l’embryon *in vitro* de l’embryon destiné à devenir un enfant, il permet de combler le vide laissé par l’embryon *in vitro* entendu plus largement. Ce qui laisse la place, en suivant, à l’inclusion de l’*alter-embryon*.

392. Selon lui la différence (ancienne) entre l’embryon *in vitro* et *in utero* était fondée sur le critère psychologique : l’intention des hommes sur le devenir de l’embryon. En effet, selon lui, « *le critère juridique discriminant serait d’ordre psychologique et se situerait au niveau de l’intention qui a précédé la fusion des gamètes* »³⁷⁸. Le coup d’éclat de cette démonstration réside l’aspect relativiste et dangereux du critère psychologique, reposant sur la *vision anthropologique* que l’on se fait de

³⁷⁵ C’est au moins le cas dans les Etats-membres où la recherche biomédicale ne se fonde que sur embryon surnuméraire.

³⁷⁶ *Op. cit.*, conclusions Y. Bot, §81.

³⁷⁷ *Ibid.*, §88.

³⁷⁸ *Ibid.*, §89.

l’embryon et, partant, de l’utilisation qui en est faite. Il refuse assurément toute dimension fonctionnelle de l’embryon car « *Un tel critère ne saurait faire l’unanimité dans les États membres. Il surgirait aussitôt des objections en relation directe avec l’éthique, se répercutant sur l’appréciation de l’ordre public et de la morale, pour reprendre les expressions citées par la directive 98/44 et les conventions internationales susmentionnées* »³⁷⁹.

393. Ces développements amènent naturellement à la question de la fécondation de l’ovule et la nidation de l’embryon et la place subsidiaire que ces mécanismes biologiques occupent.

B – La subsidiarité de la fécondation naturelle de l’ovule

394. Le phénomène de fécondation de l’ovule est antérieur à l’action de nidation de l’embryon. En effet, la fécondation est entendue comme « *l’union du gamète mâle avec le gamète femelle pour donner un œuf, ou zygote* » et la nidation comme « *Implantation de l’œuf ou du jeune embryon dans la muqueuse utérine des mammifères et de la femme* »³⁸⁰.

1 – Le critère de nidation de l’embryon amènerait à une discrimination inutile

395. Yves Bot dans ses conclusions fait de la nidation à la fois un critère subsidiaire et un prétexte central. Critère subsidiaire de reconnaissance de l’embryon, prétexte central de rejet de la dimension biologique. A cet escient il écrit « *La question de savoir si cette qualification [d’embryon reconnue aux cellules totipotentes] doit être reconnue dès avant ou seulement après la nidation est, à notre sens, sans pertinence ici, même si nous en percevons bien tout l’aspect utilitaire* »³⁸¹. La nidation est un événement qui relie le critère biologique de l’embryon au critère intentionnel du projet parental. En rejetant ce critère, il rejette le critère psychologique. Selon lui, cette conception n’amène qu’à un « aspect utilitaire ». Qu’est-ce à dire ? L’aspect utilitaire où l’embryon « sert » le droit à l’enfant. Il appuie cette démonstration sur l’hypothèse du devenir tout aussi incertain de l’embryon in vitro, fécondé et implanté « *Toute nidation aboutit-elle à une naissance ? La réponse, négative, est évidente [...] La probabilité serait-elle ici une source du Droit ?* »³⁸².

2 – L’insuffisance du critère de la fécondation in vitro traditionnelle déclenche la reconnaissance de alter-embryon

396. La lecture de la définition de la Cour et les explications d’Yves Bot révèlent la décomposition de la fécondation. En effet, il existerait un type de fécondation artificielle traditionnel et un type de fécondation artificielle parthénogénétique. La première fécondation, bien que naturelle, a le potentiel

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Dictionnaire Larousse médical, en ligne, 2006, « nidation » et « fécondation ».

³⁸¹ *Op. cit.*, conclusions Y. Bot, § 86.

³⁸² *Ibid.*, § 87.

de développement d’un être humain. La seconde « fécondation » n’est pas une fécondation en tant que telle. En revanche, « l’effet de la technique utilisée pour les obtenir » est bien « de nature à déclencher le processus de développement d’un être humain »³⁸³ comme l’écrit la Cour.

397. Cet embryon est en réalité, non fécondé, mais *activé par voie parthénogénétique*. Yves Bot en livre une définition :

« L’une de ces méthodes est l’activation parthénogénétique d’un ovule, en cause dans la présente affaire, et dans le cadre de laquelle l’ovocyte non fécondé est ‘activé’ par diverses techniques chimiques et électriques. Un tel ovocyte activé peut atteindre le stade de blastocyste. N’ayant jamais été fécondé, l’ovocyte contient seulement de l’ADN maternel et non paternel »³⁸⁴.

398. Yves Bot décide ici de l’inclure dans la dénomination d’embryon, en incluant en même temps les critères de constitution du parthénote dans les critères de reconnaissance de l’embryon. La Cour abandonne le critère unique de la fécondation, car il ressort de ces observations que ce critère serait trop restrictif et n’inclurait pas les embryons issus de fécondations (ultra) techniques, constitués « comme si » la nature les avait faits.

399. En réalité, ce raisonnement consiste à consacrer une autre catégorie d’embryon. Jusque-là il n’existait que deux catégories d’embryons : l’embryon *in utero* (implanté naturellement) et l’embryon *in vitro* (implanté artificiellement ; ou destiné à la recherche). Luc Boltanski avait avancé la dénomination de « *techno-fœtus* »³⁸⁵ pour exprimer la réalité de l’embryon-fœtus *in vitro*.

400. Qu’il soit donc ici permis d’avancer la notion *alter-embryon*. Elle viserait à nommer la réalité de cet embryon *in vitro* un peu plus technique que l’embryon *in vitro* classique, déjà créé par voie artificielle. Ainsi, les deux degrés d’artificialité de la fécondation qu’il convient de distinguer sont premièrement le stade de la fécondation artificielle traditionnelle ; et deuxièmement le stade du déclenchement artificiel du développement en être humain. Etant entendu que la fécondation vise le déclenchement du développement de la vie. L’alter-embryon est donc l’ovule non fécondé qui, par l’effet de la technique utilisée pour l’obtenir peut s’inscrire dans la définition de l’embryon.

§ 2 – Le critère finaliste principal : le développement en un être humain

A – Justifier l’emploi du critère « finaliste » dissocié du critère fonctionnel

401. Le critère finaliste est traditionnellement entendu en droit interne au sens administratif³⁸⁶, comme le critère permettant de distinguer la police administrative et la police judiciaire sur le seul but qu’elles poursuivent l’une et l’autre.

³⁸³ *Op. cit.*, *Affaire Brüstle*.

³⁸⁴ *Ibid.*, §29.

³⁸⁵ *Op. cit.*, L. Boltanski.

³⁸⁶ Conseil d’Etat, *Consorts Baud*, 11 Mai 1951, Req. n°2542.

402. Ici, il est entendu que le critère finaliste est un critère distinct du critère fonctionnel qui place le moyen comme élément principal (fonction) à côté de la finalité qui est conséquente à cette définition (finalité). Le critère fonctionnel est pragmatique. Le critère finaliste est davantage « apriorique » en ce sens qu’il pose indépendamment de toute utilité les finalités de l’action. Si ces deux critères peuvent être souvent confondus, ils sont néanmoins utilisés à deux fins différentes. Le critère finaliste ne sert quasiment qu’à distinguer la finalité poursuivie par la police administrative et la police judiciaire. Et le critère fonctionnel est le critère essentiel de reconnaissance du service public, caractérisé par l’intérêt général.

403. Dans la présente étude, le critère finaliste est très précisément employé dans ce sens. C’est la finalité que poursuit l’agent (l’embryon) indépendamment de toute contingence sociale, intentionnelle, psychologique, utilitaire. Selon l’avocat général, l’embryon poursuit la finalité unique de développement en être humain. Ce critère est précisément vital, il recherche la vie.

B – Développer le critère finaliste constituant principalement la définition de l’embryon

404. Le critère finaliste est le principal critère employé par la Cour. Tel que le relève même Pedro Cruz Villalon dans ses propres conclusions de l’arrêt *Stem Cells* « *Ce critère, à savoir la question de savoir si un organisme est ‘de nature à déclencher le processus de développement d’un être humain’, est l’élément central du raisonnement de la Cour* »³⁸⁷.

1 – La récurrence du critère finaliste « développement en être humain »

405. Le critère finaliste est manifesté par la récurrence de l’expression « *développement en être humain* ». Ne serait-ce que par curiosité, il est intéressant de relever que les conclusions de l’avocat général font **52** fois allusion au « *développement* » de l’embryon et que l’arrêt *Brüstle* y fait **26** fois référence. La prépondérance de ce terme n’est donc pas équivoque, elle s’impose.

406. C’est le critère principal, pivot autour duquel gravitent tous les autres. En effet, si l’embryon n’est pas constitué de manière naturelle, ce n’est pas grave tant qu’il s’inscrit dans le processus de développement en être humain. Si l’embryon n’est pas fécondé du tout, ce n’est pas grave si les techniques qui font « *comme si* » il était fécondé sont de nature à déclencher le processus de développement en être humain. En somme, tous les écueils de la science mènent – *aussi* – au processus de développement en être humain.

³⁸⁷ *Op. cit.*, conclusions P. Cruz Villalon, § 18.

2 - La conception continue du développement de l’embryon

407. En outre, l’emploi du « *processus* » connaît **26** reprises dans les conclusions de l’avocat général, ce qui est très éloquent. Ici, le choix a été fait de recourir à la dimension continue et processuelle de l’embryon ; au détriment de la conception segmentée et événementielle.

a - Conception processuelle et continue : l’essence du critère finaliste

408. D’une part, la conception processuelle et continue de l’embryon postule une continuité de son existence, et par conséquent l’impossibilité de connaître un élément de ce tout. C’est une conception quasiment *mystique* qui se développe à l’appui d’une argumentation visant à relativiser les apports de la science. La science ne peut pas « tout voir » de l’embryon. En effet, lorsque Yves Bot écrit précisément « *Les avancées de la connaissance pourront amener à la modifier dans l’avenir* ». La forme processuelle et continue de la conception de l’embryon emporte deux conséquences : la relativité de la décision qui se fonde sur elle et l’absoluité de l’intégrité de l’embryon.

b - Le rejet de la conception segmentée et événementielle : la dissociation du critère fonctionnel

409. D’autre part, la conception segmentée et événementielle de l’embryon postule un éclatement de l’identité de l’embryon en fonction des événements qui ponctuent son développement et, par conséquent, justifient son atteinte. Ici la science s’immisce dans le processus de développement de l’embryon. Ainsi, le recours à la dimension continue de l’embryon se manifeste directement dans la définition. Cet élément sert le critère finaliste de définition de l’embryon. Au surplus, le critère finaliste se dissocie radicalement du critère fonctionnel. En effet, en embrassant la dimension continue, il rejette la dimension segmentée et par conséquent rejette l’aspect utilitariste qui lui est rattaché.

410. En définitive, la définition développée par la Cour de justice est riche et ordonnée. L’orientation qu’elle donne à la définition de l’embryon offre un exemple de dimension performative attachée à l’acte de qualification et de définition comme le rappelle le Pr. Xavier Bioy. En incluant dans le giron de la définition un « alter-embryon », frère technique d’une espèce humaine, la Cour fait le choix d’une définition intégrative et large.

411. Dès lors, il convient de se poser la question suivante : lorsqu’une définition s’éloigne de la dimension biologique de l’objet qu’elle définit, est-il acceptable de la valider au seul prétexte qu’elle poursuit un objectif de protection ? De plus, l’inclusion de l’alter embryon dans la définition juridique de l’embryon était-elle nécessaire pour élargir la protection de l’embryon ?

412. Dans ses conclusions, Yves Bot laisse la place à une évolution « *Par voie de conséquence, dans notre esprit, la solution que nous proposons ou celle que choisira la Cour ne vaudra qu’à l’instant où elle est formulée. Les avancées de la connaissance pourront amener à la modifier dans l’avenir* »³⁸⁸.

³⁸⁸ *Op. cit.*, conclusions Y. Bot, § 48.

Cette ouverture a été exploitée, preuve en est de l’interprétation de la même Cour dans l’affaire *Stem Cells* en 2014.

Section 2 : Mouvement restrictif de la définition : l’exclusion du parthénote

413. Ici, l’affaire *Stem Cells* de 2014 offre une nouvelle définition, avec les conclusions de l’avocat général Pedro Cruz Villalon. Cette affaire arrive après l’affaire *Brüstle*. Aussi, pour cette raison, il convient de l’étudier à l’aune de ce qu’a dégagé la Cour trois ans auparavant. C’est la raison pour laquelle la dimension restrictive est relative à l’ancienne décision.

§ 1 – Les éléments d’analyse de l’apport de l’affaire *Stem Cells* à la définition de l’embryon

A – Éléments d’explication de la teneur de la contradiction entre *Brüstle* et *Stem Cells*

1 – La stratégie de l’avocat général vise à décrédibiliser la décision *Brüstle*

414. Si Yves Bot est complaisant l’égard de potentielles autres interprétations, P. Cruz Villalon est déterminé à faire table rase, sans concession, de l’ancienne construction de la définition :

« Une analyse minutieuse de la logique sous-jacente à la réponse de la Cour dans l’affaire *Brüstle* me conduira à proposer une réponse ‘exclusive’ à la question posée à la Cour, à savoir excluant les ovules humains non fécondés induits à se diviser et à se développer par voie de parthénogenèse de la notion ‘d’embryons humains’ au regard des précisions données par la juridiction de renvoi »³⁸⁹.

415. En effet, il y parvient en renversant le contenu du critère originel qui devient dès lors principal ; et en réorientant le critère finaliste en critère fonctionnel. La logique est donc, sans ambages, renversée.

2 – L’argument de la science évolutive sert un relatif consensus

416. En outre, l’avocat général renverse la nature évolutive de la science : « *La Commission invite la Cour à adopter des critères qui ne soient pas susceptibles de changer en fonction des développements rapides de la biotechnologie* »³⁹⁰. De plus, il peint un tableau où règne un large consensus entre des Etats-membres de culture juridique différentes et la Commission

« La République française et le Royaume de Suède adhèrent à une interprétation analogue de la formule utilisée par la Cour et considèrent que, dans l’état actuel de la science, la parthénogenèse ne saurait être considérée comme une technique de nature à déclencher le

³⁸⁹ *Op. cit.*, conclusions P. Cruz Villalon, §5.

³⁹⁰ *Ibid.*, §59.

processus de développement d’un être humain [...] reposait sur des observations écrites qui s’étaient révélées erronées au regard des évolutions scientifiques »³⁹¹.

B – Le renversement manifeste du critère originel

417. Dans l’affaire Brüstle, l’embryon est avant tout issu d’un ovule, le spermatozoïde est subsidiaire car il peut être remplacé par un simulateur électrique. Ici, l’embryon ne peut être issu que d’un ovule ayant rencontré un spermatozoïde, par voie naturelle ou artificielle. Ce qui réinscrit la démarche prétorienne dans une logique biologique.

1 – De l’ovule principal à l’ovule accompagné : l’empreinte génomique paternelle exclut le parthénote

418. Dans ses conclusions, l’avocat général énonce clairement « *Le développement d’un être humain commence par la fécondation d’un ovule* »³⁹². Cette phrase sonne le glas du renversement du critère originel développé par la Cour dans l’affaire *Brüstle*. En effet, selon lui un ovule qui n’a pas été fécondé par un spermatozoïde peut seulement atteindre le stade de blastulation. En revanche « *n’ayant jamais été fécondé, l’ovocyte contient seulement de l’ADN maternel et non paternel* »³⁹³.

419. La présence d’ADN maternel et l’absence d’ADN maternel pose problème. En effet, comme le relève l’Avocat général, « *dans l’état actuel des connaissances scientifiques, un phénomène ‘d’empreinte génomique’ empêche les parthénotes humains et des autres mammifères de se développer jusqu’à terme* »³⁹⁴. Il semble donc que le rôle de l’empreinte génomique joue un rôle crucial dans le développement de l’embryon.

420. L’empreinte génomique distribue l’ADN paternel et maternel. Un être constitué sans empreinte paternelle n’aboutit qu’au stade de blastocyte. Pour cause, l’embryon produit deux catégories de cellules : des cellules constituant la masse interne et des cellules constituant des tissus extra-embryonnaires qui vont, par exemple, produire le placenta généré uniquement par l’empreinte génomique paternelle. Donc, l’empreinte génomique paternelle est l’apport essentiel à la nidation de l’embryon et son accueil dans l’utérus, donc son développement en être humain.

2 – Le rejet catégorique du parthénote de la définition de l’embryon humain

a - Exclusion du parthénote du corps humain à ses différents stades d’évolution

421. La question posée à la Cour est la suivante : le parthénote peut-il être qualifié de corps humain au sens de l’article 5 de la directive, au stade initial de son développement ? Selon l’avocat général « *Un parthénote n’est ni un corps humain à un stade de sa constitution et de son développement ni un de ses*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*, §29.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*, §30.

éléments »³⁹⁵. Cette conception est en effet catégorique et restrictive. Elle exclut explicitement l’embryon du paragraphe de principe de l’article 5 qui exclut de la brevetabilité les éléments du corps humain à tous les stades de son développement. Donc le parthénote n’est plus de l’ordre de l’humain, de plus ou moins loin.

b - L’inclusion du parthénote dans les procédés techniques

422. En revanche, l’avocat général propose d’introduire le parthénote dans le second paragraphe du même article visant les procédés techniques par lesquels sont produits les parthénotes. Il se fonde sur l’arrêt de la Cour de justice de 2001 au terme duquel « *Peuvent faire l’objet d’une demande de brevet les inventions qui associent un élément naturel à un procédé technique permettant de l’isoler ou de le produire en vue d’une application industrielle* »³⁹⁶.

423. Ainsi, le parthénote appartient à l’ordre des procédés techniques, donc à l’ordre des choses. L’avocat général utilise plus de 95 fois le terme « *parthénote /parthénogénétique/parthénogenèse* » dans ses conclusions (contre 7 occurrences dans les conclusions d’Yves Bot). Il justifie au §25 l’emploi d’une telle dénomination, ce qui relève d’une part de la récente utilisation de ce terme et d’autre part du caractère controversé que cela exprime.

C – La réorientation du critère finaliste : raffermissement et anticipation

424. Le critère finaliste était strictement entendu dans l’affaire *Brüstle* comme le critère délimitant l’embryon de ce qui l’est pas à l’aune de la capacité à se développer en être humain. Dans l’affaire *Stem Cells* la logique est toute différente. Il s’agit ici de recentrer le critère sur la dimension *intrinsèque* du développement en être humain. Ce qui, dans un même temps, affaiblit la rigueur « apriorique »³⁹⁷ du critère finaliste pour lui préférer la tendance pragmatique du critère fonctionnel.

1 – Le raffermissement du critère finaliste : la capacité intrinsèque de se développer

425. Comme l’a écrit l’avocat général sur l’affaire *Stem Cells*

« D’après ma lecture du raisonnement de la Cour, le critère décisif qu’il faudrait prendre en compte pour déterminer si un ovule non fécondé est un embryon humain consiste dès lors à se demander si cet ovule non fécondé a la capacité intrinsèque de se développer en un être humain, c’est-à-dire s’il constitue réellement l’équivalent fonctionnel d’un ovule fécondé »³⁹⁸.

³⁹⁵ *Ibid.*, §52.

³⁹⁶ *Op. cit.*, *Affaire Pays-Bas c. Parlement et Conseil*.

³⁹⁷ Apriorique est entendu au sens *kantien* : avant l’expérience, avant que toute dimension utilitaire ne lui soit attachée.

³⁹⁸ *Op. cit.*, conclusions P. Cruz Villalon, §73.

426. Se poser la question du développement intrinsèque en un être humain consiste à resserrer considérablement la conception de l’embryon. Seulement « *rechercher l’équivalent fonctionnel d’un ovule fécondé* » relève de l’impossible. La question ainsi posée mène inévitablement à une aporie. En effet, l’ovule fécondé est doté de caractéristiques dont on ne connaît pas réellement toutes les étapes.

427. Or, le simple fait de supputer l’existence d’un tel ovule renseigne à propos d’un élément important de la définition : savoir évaluer si l’on est en présence d’un équivalent fonctionnel suppose d’n connaître suffisamment pour, au moins, comparer. Or, dans l’absolu, en connaître suffisamment sur les manifestations de l’ovule fécondé entraîne deux remarques. D’une part, cela signifierait que le paradigme du « *temps continu* » de l’embryon initié par *Brüstle* a changé au profit du « *temps segmenté* » de l’embryon de *Stem Cells*. D’autre part, cela signifierait alors qu’il faut se fier aux avancées scientifiques qui, plus haut, ont été relativisées du point de vue de leur crédibilité.

428. Par conséquent, il peut être soutenu que la conception de l’embryon – autrefois observée dans le temps continu de son développement – a laissé la place à une conception où l’embryon est manipulé en raison des stades et étapes de son développement. Dès lors, la dimension finaliste apriorique et nette de toute utilité cède la place à la dimension fonctionnelle, pragmatique.

429. Au soutien de cette analyse, l’avocat général avance « *il semble à présent clair qu’un parthénote ne dispose pas, en soi, de la capacité intrinsèque de se développer en un être humain et qu’il ne constitue dès lors pas en tant que tel un ‘embryon humain’* »³⁹⁹. En soulignant que l’exposé scientifique est « *clair et sans ambiguïté* », l’avocat général signifie que l’observation est possible, et que la segmentation du développement de l’embryon est concevable. Le changement de paradigme est activé.

2 – La voie ouverte à un critère par anticipation : « sous réserve de modification génétique »

430. L’expression « *en tant que tel* » exprime l’idée selon laquelle l’objet en question est entendu selon une certaine situation, et en vertu de certaines conditions, certains critères. C’est donc une manière de restreindre, non le *champ d’application* mais *l’objet d’application*. En l’espèce, c’est le parthénote qui voit sa définition en quelques sortes réduite à l’état actuel des connaissances ; et non le champ d’application (définition) qui se voit réduit. En l’espèce, cela signifierait que si le parthénote peut lui-même être défini différemment, alors il pourra être inclus dans le champ d’application de l’embryon.

431. Il existe trois expressions qui, dans l’arrêt et les conclusions de l’avocat général, peuvent rendre compte de ce phénomène : « *en tant que tel* »⁴⁰⁰ ; « *pour autant qu’ils* »⁴⁰¹ ; « *si, à la lumière des connaissances actuelles de la science, il ne dispose pas, en tant que tel* »⁴⁰². Ces trois expressions permettent d’identifier une spécificité du parthénote qui peut le faire entrer dans les critères de la

³⁹⁹ *Ibid.*, §74.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, §74.

⁴⁰¹ *Ibid.*, §80.

⁴⁰² *Op. cit.*, *Affaire Stem Cells*, §38.

définition de l’embryon en vertu de critères précis. Il convient désormais de retrouver les critères qui permettant au parthénote de recouper – *partiellement* – les critères de la définition de l’embryon.

432. L’expression qui intervient après « *en tant que tel* » est « *capacité de se développer en être humain* »⁴⁰³. Dès lors, il est raisonnable de penser que le critère en question est la capacité intrinsèque à se développer. C’est donc le critère initial qui est repris ?

433. En réalité, ce critère est complété par un autre paragraphe de l’arrêt *Stem Cells* qui, consciemment, a étendu le **sens** de ce critère :

« En revanche, dans l’hypothèse où un tel ovule disposerait de la capacité intrinsèque de se développer en un être humain, il devrait, au regard de l’article 6§2c de cette directive, être traité de la même façon qu’un ovule humain fécondé, à tous les stades de son développement »⁴⁰⁴.

434. Ici, l’avancée est monumentale. En effet, la Cour consent à reconnaître ultérieurement la qualification d’embryon à un parthénote qui aurait la capacité de se développer. Or, la seule hypothèse rapprochant le parthénote de l’embryon humain est le dépassement de l’obstacle que constitue l’empreinte génomique⁴⁰⁵ par le recours à des manipulations génétiques comme la complémentation tétraploïde.

435. Le but de cette manipulation génétique est d’obtenir le développement d’un embryon à partir de l’injection de cellules pluripotentes « *une descendance viable survivant jusqu’à l’âge adulte à partir de parthénotes initiaux* »⁴⁰⁶. Le but est de développer complètement un être « *indépendamment de la transmission germinale* » ce qui constitue, selon Laure Coulombel, « *le gold star des tests de pluripotents* »⁴⁰⁷.

436. Alors, la Cour consent-elle sérieusement à ouvrir la voie à la qualification d’embryon d’un être dont la transmission germinale serait génétiquement modifiée ?

437. Il est permis de répondre par l’affirmative à cette interrogation, à la lumière des conclusions de l’avocat général sur lesquelles s’est, à l’évidence, reposé la Cour. Au §76 de ses conclusions, Pedro Cruz Villalon aborde la « *réserve* » qui fait l’objet de l’expression « *en tant que tel* » développée plus haut. Le parthénote n’est pas inclus dans la définition de l’embryon jusqu’à ce qu’il puisse « *se développer jusqu’à son terme en être humain* » dans la seule hypothèse où un « *parthénote serait manipulé génétiquement* »⁴⁰⁸. Tout l’enjeu initial consiste à définir l’embryon humain. Or, en cherchant s’il faut inclure ou exclure le parthénote de cette définition, la Cour et l’avocat général ne cherchent pas à définir précisément, mais à étendre ou restreindre le champ d’application de la notion d’embryon.

⁴⁰³ *Ibid.*, §38.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, §29.

⁴⁰⁵ *Op. cit.*, conclusions P. Cruz Villalon, §31.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ L. Coulombel, *Clonage thérapeutique, de la théorie à la pratique*, INSERM, n° 18, juin 2002.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, §76.

438. Ainsi, le nouvel enjeu consiste à moduler la qualité de la définition d’embryon. A partir de là, deux éléments s’imposent. D’une part, l’inclusion du parthénote génétiquement modifié dans la notion d’embryon permettrait de protéger de la brevetabilité des êtres hybrides ; mais en même temps grèverait la notion d’embryon d’une empreinte clairement technologique. D’autre part, la réponse donnée par la Cour aura forcément un impact sur la licéité du recours à la modification génétique du parthénote qui, pour l’heure, est interdite dans la plupart des Etats. En effet, l’avocat général soulève que « *de telles manipulations ayant déjà été tentées avec succès sur des parthénotes mammifères non humains, on ne saurait exclure catégoriquement qu’elles soient également possibles à l’avenir concernant des parthénotes humains, même si ces manipulations seraient souvent illégales* »⁴⁰⁹. Dès lors, le verrou de cette qualification n’est pas l’ordre public ou les bonnes mœurs, mais le simple fait de ne pas encore avoir essayé sur l’humain : ce qui peut constituer, en un certain sens, une licence.

439. Cette réflexion est assumée et complétée par l’avocat général. Selon lui, la modification génétique interviendrait après l’existence du parthénote. Dès lors, le parthénote existerait, et il conviendrait de lui appliquer la méthode de complémentation tétraploïde. Ici, cette méthode « *modifierait les caractéristiques fondamentales* » de ce dernier sans « *modifier la nature de ce dernier avant la manipulation* »⁴¹⁰.

440. Ce raisonnement sert à accepter que « *dès lors que le parthénote est manipulé de manière à acquérir effectivement cette capacité, il ne saurait plus être considéré comme un parthénote, ni, partant, être breveté* »⁴¹¹. En effet « *la prudence impose de préciser que les parthénotes ne peuvent être exclus de la notion d’embryon que dans la mesure où ils n’ont pas été génétiquement modifiés de manière à obtenir la capacité de se développer en un être humain* »⁴¹². Ici, le choix est fait, au final, d’étendre par anticipation le champ d’application de la notion d’embryon. En incluant le parthénote génétiquement modifié induit à véritablement se développer en être humain, la définition de l’embryon perdrait en humanité au profit d’une hybridité. Par voie de conséquence, si en principe la définition extensive de l’embryon vise à accroître la potentialité de sa protection⁴¹³ ; en l’espèce l’extension de la définition par anticipation inclurait un être hybride en même temps qu’elle inciterait à la recherche de procédés permettant son inclusion. De plus, de sérieuses questions peuvent se poser à propos de l’incitation ainsi formulée à l’égard de procédés de manipulation génétique de parthénote globalement illégaux. Or, si de telles « prouesses » scientifiques venaient à être réalisées, elles seraient, dans le même temps, interdites de brevetabilité puisqu’un tel « être » serait, *de jure*, un embryon.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, §76.

⁴¹⁰ *Ibid.*, §77.

⁴¹¹ *Ibid.*.

⁴¹² *Ibid.*, §78.

⁴¹³ La protection de l’embryon dépend du champ d’application de l’interdiction de brevetabilité de la directive 98/44.

441. De manière analogue, Yves Bot dans ses conclusions avance que si la Cour souscrivait à un argument psychologique et intentionnel « *une telle solution ouvrirait immédiatement la voie à la culture industrielle d’embryons destinés à produire des cellules souches embryonnaires* »⁴¹⁴. C’est un des premiers symptômes du choix de la Cour que de diffuser de manière non contraignante, certaines pratiques.

442. Or, le second symptôme des décisions de la Cour est, lui, contraignant. En effet « *[De telles pratiques] ne pourraient plus être interdites par les législations nationales, comme la loi allemande, car, découlant de la définition donnée par la Cour, elles ne pourraient plus être considérées comme contraires à l’ordre public par l’État membre qui voudrait l’interdire* ». Actionner le mécanisme de renvoi préjudiciel rend irrémédiable toute appréciation d’ordre public par les Etats-membres. En outre « *La directive 98/44 précise bien qu’une pratique n’est pas contraire à l’ordre public par le seul fait que l’État membre l’interdit. Ce qui devient autorisé par ladite directive ne pourrait plus être interdit par le droit national* »⁴¹⁵.

443. Enfin, Pedro Cruz Villalon exprime clairement la liaison entre le brevet et la recherche qui le précède « *l’encouragement de la recherche biotechnologique par le biais du droit des brevets* »⁴¹⁶.

§ 2 – Les effets de la définition juridique combinée de l’embryon humain

A – L’affirmation renouvelée d’une portée normative limitée

444. La question de la portée de l’interprétation de la directive a été vivement discutée. Certains y voient, comme le Pr. Hennette-Vachez une double limitation à la fois géographique (vis-à-vis des droits nationaux portant sur la recherche) et thématique (le droit des brevets)⁴¹⁷.

1 – La précision de la directive module la portée de la définition

445. Ce principe est posé par Pedro Cruz Villalon dans ses conclusions. Il y énonce que « *la portée de la réponse de la Cour est considérablement différente selon que le droit de l’Union fournit une ‘réponse complète’ à la question de la brevetabilité des parthénotes ou seulement une partie de la réponse à cette question* »⁴¹⁸. En effet, plus la directive sera évasive, plus l’interprétation sera large et par conséquent la portée restreinte. Comme il l’écrit « *en principe, le caractère non exhaustif de la liste limite les effets pratiques de la réponse à la question* ». En étant « *conscient* » de cette problématique, la Cour est censée trancher en fonction du « *contexte nécessaire de la question* » afin « *d’identifier plus clairement les enjeux* »⁴¹⁹.

⁴¹⁴ *Op. cit.*, conclusions Y. Bot.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Op. cit.*, conclusions P. Cruz Villalon, §20.

⁴¹⁷ *Op. cit.*, S. Hennette-Vachez.

⁴¹⁸ *Op. cit.*, conclusions P. Cruz Villalon, §34.

⁴¹⁹ *Ibid.*

2 – La portée de la définition limitée à « l’interprétation juridique des dispositions pertinentes de la directive »

446. **Limitation temporelle.** Dans ses conclusions, Yves Bot avance les indices d’une limitation temporelle de la solution dégagée, ce qui lui est dicté par la nature scientifique et éthique des sources sur lesquelles il se fonde pour définir et, par conséquent, concède la part d’incertitude dont recèle la science « *la solution que nous proposons ou celle que choisira la Cour ne vaudra qu’à l’instant où elle est formulée. Les avancées de la connaissance pourront amener à la modifier dans l’avenir* »⁴²⁰.

447. **La limitation matérielle.** Ce principe de limitation de la portée de l’interprétation de la Cour aux dispositions pertinentes de la directive est contenu dans l’affaire *Mayr* de 2008⁴²¹. Cette limitation est l’effet de deux raisons : la définition de l’embryon est un « *sujet de société très sensible* » inscrit dans les débats insolubles de la diversité des conceptions nationales de l’embryon, plongés dans une « *diversité de leurs valeurs et traditions* »⁴²². En effet, Pedro Cruz Villalon au §39 de ses conclusions fait part de la dissociation qu’il opère entre *objectif de la directive* et la *question posée*. En effet, la question posée dans l’affaire *Stem Cells* relève indubitablement de la bioéthique. Or, l’objectif de la directive n’a pas du tout été de consacrer un droit de la bioéthique puisque, « *au contraire* », comme le manifeste sa base juridique, cette directive se cantonne à « *la protection juridique des inventions biotechnologiques* »⁴²³.

448. **La limitation méthodologique : définition exclusive.** Par « *définition exclusive* » l’avocat général de *Stem Cells* entend « *excluant les ovules humains non fécondés induits à se diviser et à se développer par voie de parthénogenèse de la notion ‘d’embryons humains’ au regard des précisions données par la juridiction de renvoi* ». La définition inclusive est, selon lui une définition « *confirmant intégralement sa décision rendue dans l’affaire Brüstle* »⁴²⁴.

B – Les indices d’une portée normative extensive

449. Très rapidement ici, les indices d’une portée normative extensive se retrouvent dans les éléments de confusion entre le domaine des brevets et le domaine de la recherche. En effet, « *l’équilibre adéquat entre l’encouragement de la recherche biotechnologique par le biais du droit des brevets et le respect de la dignité et de l’intégrité de l’homme, que la directive a pour objet d’atteindre* »⁴²⁵ exprime cette confusion. En outre, cette limitation de la portée de la directive est tout de même infléchie par la combinaison du mécanisme de renvoi préjudiciel et le thème de l’embryon : « *C’est au regard des*

⁴²⁰ *Op. cit.*, conclusions Y. Bot, §48.

⁴²¹ CIJCE, *Mayr*, 26 février 2008, aff. C-506/06, §38.

⁴²² *Op. cit.*, conclusions Y. Bot, §30.

⁴²³ *Op. cit.*, conclusions P. Cruz Villalon, §38.

⁴²⁴ *Ibid.*, §35.

⁴²⁵ *Ibid.*, §20.

règles posées par cette directive que l’appréciation se fait au regard de l’ordre public. Ce qui devient autorisé par ladite directive ne pourrait plus être interdit par le droit national ».

C – L’oubli regrettable de la puissance intégrative de la matière biologique : l’embryon est-il vraiment hors de brevetabilité ?

450. Par puissance intégrative, il est entendu potentiel d’inclusion de la matière biologique. En effet, la question qui se pose ici est de savoir si la matière biologique, élément central de la directive, n’a pas le potentiel d’intégration de l’embryon au sein de son champ d’application.

451. Initialement, il existe un relativisme concernant la provenance des embryons destinés à la recherche en Europe. Dans la plupart des Etats comme la France ces embryons sont dits « surnuméraires » et ne peuvent être issus d’une autre source que celle ayant eu le projet initial de donner la vie dans le cadre de la PMA. En revanche, certains Etats acceptent la constitution d’embryons à des fins de recherche comme le Royaume-Uni. Subséquemment, l’Union elle-même n’a pas eu à trancher une telle question. La seule différence qu’elle connaît objectivement porte sur l’embryon *in vitro* implanté et l’embryon *in vitro* non implanté.

452. Dès lors, la question qui se pose est : l’embryon humain est-il réellement exclu de la brevetabilité du vivant ? Tous ces développements ont cherché à inclure ou exclure des éléments dans la définition juridique alors construite à partir de différentes spécificités. Le simple fait de s’être posé la question de l’étendue de la définition, part du postulat que l’exclusion de l’embryon du champ de la brevetabilité *va de soi*. Or, rien n’est moins sûr.

453. En raisonnant par l’absurde, et en prenant le contre-pied de cette réflexion, peut-on arriver à une hypothèse où l’embryon est, en tout état de cause, brevetable ? Il sera démontré qu’en définitive, dans une certaine mesure, l’embryon peut être l’objet d’un brevet. Non la technique qui repose sur lui mais son identité propre.

454. **L’embryon est-il assimilable au corps humain aux différents stades de sa constitution et de son développement ?** Selon la position commune arrêtée par le Conseil en Février 1998 « *"Le corps humain aux différents stades de sa constitution et de son développement"* couvrent l’embryon humain »⁴²⁶. Cela ne fait aucun doute que la réponse est affirmative. D’autant que cette position a été acceptée⁴²⁷ par la Commission, le Parlement et le Conseil, ce qui prouve le consensus.

455. **Le corps humain est-il assimilable à la matière biologique ?** La matière biologique est, telle qu’elle est définie dans l’article 2 de la directive « *une matière contenant des informations génétiques et qui est autoreproductible ou reproductible dans un système biologique* ». La structure de l’article qui définit l’atteinte à la matière biologique est la même que celui qui définit l’atteinte aux éléments du

⁴²⁶ Position commune (CE) n° 19/98 arrêtée par le Conseil le 26 février 1998 en vue de l’adoption de la *directive 98/44 CE du Parlement européen et de la directive 98/44 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, §20.

⁴²⁷ *Ibid.*

corps humain. De plus, la structure de la directive met en valeur une différence entre « animaux et végétaux » de l'article 4 et « humain » de l'article 5, tous les deux chapeautés par « matière biologique » de l'article 3. Ici, la matière biologique développe son potentiel intégrateur.

456. **La matière biologique et le corps humain sont-ils brevetables ?** L'article 3§2 de la directive dispose « Une matière biologique isolée de son environnement naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut être l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel ». Ainsi, il est limpide que la matière biologique peut être brevetable. Les critères pour qu'elle le soit sont les suivants : *isolation de son environnement naturel* et production par le biais de *procédés techniques*.

457. Les éléments et produits du corps humain sont également brevetables, sous certaines conditions. L'article 5§2 énonce « un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique [...] peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ». Le considérant 21 du préambule de la directive énonce que

« Considérant qu'un tel élément isolé du corps humain ou autrement produit n'est pas exclu de la brevetabilité puisqu'il est par exemple, le résultat de procédés techniques l'ayant identifié, purifié, caractérisé et multiplié en dehors du corps humain, techniques que seul l'être humain est capable de mettre en œuvre et que la nature est incapable d'accomplir par elle-même »⁴²⁸.

458. De plus, l'exclusion catégorique de la brevetabilité telle qu'elle est inscrite dans la directive ne concerne que « l'intervention génique germinale sur l'homme » et donc, par conséquent, le clonage. Ceci n'exclut pas du tout l'embryon de la brevetabilité. Enfin, il existe une différence entre les éléments du corps humain et le corps humain. La détachabilité des éléments les réifie instantanément. Le corps quant à lui ne peut être exclu de son environnement naturel. Ici, l'expression « isolé du corps humain » peut être assimilée à « isolé de leur environnement naturel ».

459. **L'embryon humain.** Il est assimilé au corps humain, assimilé à la matière biologique, peut être breveté moyennant des conditions d'ordre technique : identification, purification, multiplication, isolation, caractérisation. Par conséquent, et par extension, la directive peut inclure l'embryon dans le champ des matières biologiques brevetables.

Conclusion du titre second

460. Ce second titre était destiné à étudier plus précisément le contenu de la définition juridique de l'embryon en droit de l'Union. Si l'autonomie de la définition juridique est résolument un outil dont dispose l'Union pour moduler les effets de ses décisions, il n'en reste pas moins que la Cour a décidé de restreindre sensiblement le champ d'influence de sa définition au seul domaine des brevets.

⁴²⁸ Art. 21, Préambule de la directive.

Cependant, derrière cette sage décision, ne se cache-t-il pas l’association dangereuse de la thématique des brevets, *a priori* étanche de la thématique de la recherche, mais néanmoins fortement liée dans les conclusions des avocats généraux ? En tout état de cause, il convient de conclure que la portée de la définition ainsi offerte est maximale. Notons également que la définition de 2011, largement contredite par sa version de 2014, dénonce le relativisme prégnant en matière d’embryon.

Conclusion de la seconde partie

461. La partie consacrée à l’étude, *lato sensu* de la définition juridique de l’embryon répond à la question. En effet, l’Union exerce une réelle influence sur le droit des Etats-membres, notamment par le biais de la répartition des compétences largement orientée à son avantage.

462. Cela dit, si l’on attendait de la part de l’Union une définition techniciste et réifiant de l’embryon, il n’en est rien. En effet, la Cour de Justice offre dans les affaires *Brüstle et Stem Cells* une vision plutôt protectrice de l’embryon.

Conclusion générale

463. A la question de savoir si l’embryon possède une définition juridique, la question est affirmative. Mais tout dépend, à présent, de la portée qu’elle exerce. Si le droit interne se refuse à offrir toute définition juridique, c’est pour ne pas entrer dans les polémiques aporétiques de la biologie et des tendances religieuses ou philosophiques. En même temps, en ne définissant pas, la France laisse d’autres instances le faire. Pour cause, l’Union n’a pas hésité à définir l’embryon, pour la « raison pratique » du brevet, mais en cherchant bien à irriguer le sol des notions autonomes.

464. La définition juridique de l’embryon rejoint l’enjeu de la définition de l’humain. Affaibli de classifications étanches et imperméables à tout changement, l’ordre juridique interne voit sa puissance de nommer et faire appartenir infléchie.

« Prométhée est un amant vigoureux plutôt qu’un philosophe intelligent et la vengeance des dieux est une vengeance de jaloux ».

Gaston Bachelard, *La psychanalyse du feu*.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages spéciaux

- H. Arendt, *Le système totalitaire*, Les origines du totalitarisme, Ed. Seuil, *Essais*, 2005.
- L. Boltanski, *Une sociologie de l’avortement et de l’engendrement*, Gallimard, *Essais*, 2004.
- G. Bachelard, *La formation de l’esprit scientifique*, Vrin, 201, p. 184.
- J. Commailles, *A quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, *Folio Essais*, 2015.
- L. Freuler, *Kant et la métaphysique spéculative*, Ed. Vrin, 1992.
- P. Hadot, *Le Voile d’Isis*, Essai sur l’histoire de l’idée de nature, Ed. Gallimard, *Essais*, 2004.
- L. de Jaucourt, « Observation », *L’Encyclopédie*, 1^{ère} édition, 1765, Tome 11, p. 313-321.
- E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, Ed. GF Flammarion, trad. Alain Renault, 2000.
- K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Ed. Payot, 2007, Chapitre X.
- A. Rey, « A propos de la définition lexicographique », *Cahiers de lexicologie*, Didier-Larousse, Tome I, 1965
- P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Ed. du Seuil, 1990, p 41.
- P. Sloterdijk, *Règles pour le parc humain*, Mille et une nuits, 2010.
- P. Tort, *La Raison classificatoire. Quinze études*, Paris Aubier, 1985
- Dictionnaire de l’Académie Française, 9^{ème} édition, entrée « embryon ».
- Dictionnaire de l’Académie de Médecine, France, édition 2016, entrée « embryon ».

Doctrines juridiques

- C. Atias, *L’épistémologie juridique*, Ed. Dalloz, *Coll. Précis*, 2002.
- X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, Thèse, Toulouse, Tome I, 2001, p. 44.
- X. Bioy, *L’usage de la notion d’humanité en droit français*, 20 ans de lois de bioéthique, MA Ed., *Droit et société*, 2016.
- X. Bioy, À la recherche de l’embryon – Constitutions 2013. 443
- X. Bioy, Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, Constitutions 2011 p.565.
- X. Bioy, *Le droit à la personnalité juridique*, Théorie des droits fondamentaux, RDLF 2012, chron.
- X. Bioy, *Le processus de révision des lois « bioéthique »*, Dalloz, Constitutions, 2010, p. 132.
- X. Bioy, *Notions et concepts en droit, interrogations sur l’intérêt d’une distinction*, in Les notions juridiques, sous la dir. De G. Tusseau, Ed. Economica, *Coll. Etudes juridiques*, 2009, p. 21 à 53.
- X. Bioy, *Quelles lectures théoriques de la qualification ?*, in Les affres de la qualification (colloque), dir. Marc Nicod, LGDJ, Presses de l’Université Toulouse I Capitole, 2015, p. 20.

- X. Bioy et E. Rial-Sebbag, *L'évolution de la recherche sur l'embryon : une question de principe ?*, Lextenso, LPA, n°251, 2013.
- X. Bioy, *L'objectif de protection de la santé publique sort renforcé de l'examen constitutionnel de la « loi Touraine »*, Conseil constitutionnel, 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC, Loi de modernisation de notre système de santé, AJDA, Constitutions, 2016, p. 125.
- J.-N. Billiard, *Droit du contentieux communautaire*, Paris, Ellipses, 2006, p. 31 (ces critères sont cités).
- V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Coll. *Méthodes du droit*, 2^e édition, 2016, p. 78.
- F. Chénéde et P. Deumier, *L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille*, - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 39, *la Constitution et le droit des personnes et de la famille*, 2013.
- P. Delvolvé, *L'ordre public immatériel*, Dalloz RFDA 2015 p.890.
- J. Dupont-Lassalle, *La 'subsidiarité juridictionnelle', instrument de l'intégration communautaire ?*, Droit et société 2012/1 (n°80), p. 47-71.
- P. Egea et F. Bellivier, *Les chemins de la liberté, petite leçon de biopolitique*, Dalloz, Recueil Dalloz, 2004,
- P. Egea, *La « condition foetale » entre « procréation et embryologie »*, Du titre VI de la loi du 6 août 2004 RDSS 2005 p.232.
- P. Egea, *La « condition foetale » entre « procréation et embryologie »*, Du titre VI de la loi du 6 août 2004 RDSS 2005 p.232.
- J.-C. Galloux, *La transposition en droit français de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, Centre Thucydide, 2003.
- S. Glanert, *La langue en héritage : réflexions sur l'uniformisation des droits en Europe*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 58, n°4, 2006, p. 1231 à 1247.
- F.-V. Guiot, *L'intégration sans le juge ? Remarques sur la nécessité de l'intégration juridictionnelle*, Academia,
- S. Hennette Vauchez, *L'embryon de l'Union*, Dalloz, RTD Euro, 2012, p. 355.
- G. Kalflèche, *Homonymie et intégration communautaire*, in « Les notions juridiques » dir. G. Tusseau, éd. Economica, 2009, p. 140.
- J. Kaprielian, *Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ?*, Jurisdoctoria n° 6, 2011.
- Bertrand Mathieu, *La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels*, Dalloz, 1999, p. 451.
- Claire Neirinck, *L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ?*, Dalloz, Recueil Dalloz 2003 p. 841.
- W. Mastor, *L'embryon en droit comparé*, Journal international de Bioéthique, 2017.

- A. Mirkovic, *La recherche sur l'embryon stoppée à Luxembourg ?*, Dalloz, AJ Famille 2011 p.51.
- Ch. Noiville et L. Brunet, *Brevetabilité des cellules souches embryonnaires humaines : quand la réalité technico-économique est rattrapée (non sans ambiguïtés) par l'éthique*, Lextenso, *Revue des contrats*, n° 2, p. 593
- J.-S. Bergé, *Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie*, Dalloz, RTD Eur. 2002 p.627
- C. Oliva, *Breveter l'humain ?*, Ed. L'Harmattan, Bibliothèques de droit, 2006.
- Jean Rivero, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, *Dialectica*, vol. Patricia Rrapi, « *L'incompétence négative* » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension,
- D. Rousseau, G. Vedel, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. « *Domat droit public* », 2010, p. 248.
- Agnès Roblot-Troizier, *La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence*, Dalloz, AJDA, janvier 2010, p. 85-86.
- Wanda Yeng Seng, *Le contrôle des lois promulguées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un mystère en voie de dissipation ?*, *Revue française de droit constitutionnel* 2005/1, n° 61, p. 35-71.
- D. Vigneau, *Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain*, *Recueil Dalloz* 2011 p. 2224.
- A. Wlzlak, *L'influence de l'Union européenne sur la Constitution française : essai de modélisation juridique*,

Rapports, auditions et textes juridiques en droit interne

- J.-F. Mattei, *Audition des affaires familiales*, Assemblée nationale, *Révision des lois bioéthiques*, 2004.
- Bernard Seiller, *Assemblée, débats sur la révision de la Loi Bioéthique*, 2004.
- Jean Léonetti, AN, XIVE législature, session extraordinaire de 2012-2013, 10/07/2013.
- Audition Israël Nisand (expert), Assemblée Nationale, *Projet de loi relatif à la Bioéthique*, 28 Janvier 2004.
- Alain Claeys, député, *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, remis à l'OPECST, 20 décembre 2001
- CCNE, *Avis n°1*, 22 mai 1984.
- CCNE, *Avis n°67*, 18 janvier 2001.
- CCNE, *Avis n°112*, 21 octobre 2010.
- CCNE, *Avis n° 8* 15 décembre 1986
- Valérie Pécresse, *rapport pour le projet de loi Bioéthique*, n° 3256, 5 juillet 2006.

Jurisprudence communautaire

CJUE, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, 18 octobre 2011, aff. C-34/10.

CJUE, *International Stem Cells Corporation c. Comproller General of Patents*, 18 décembre 2014, aff. C-364/13.

CJCE, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, 9 octobre 2001, aff. 377/98.

TEU, *Allemagne c. Commission*, 14 mai 2014, Aff. T-198/12.

CJCE, *Vaassen-Göbbels*, 30 juin 1966, aff. C-61/65

CJCE, *Schwarze*, 1^{er} décembre 1965, aff. 16/65

CJCE, *CILFIT*, 6 octobre 1982, aff. 283/81, §16.

CJCE, *Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77.

CJCE, *Francovich*, 19 novembre 1991, aff. C-6/90.

CJCE, *Von Colson*, 10 Avril 1984, aff. 14/83.

CJCE, *Inter-Environnement Wallonie*, 18 décembre 1997, aff. C-129/96.

CJCE, *Van Duyn*, 4 décembre 1974, aff. 1/74.

Conclusions de l’avocat général Pedro Cruz Villalon, sur l’affaire *Stem Cells*, §23.

CJCE, *Adolf Truley*, 27 février 2003, aff. C-373/00, §35.

CEDH, Communiqué du greffier, *Vô contre France*, 8 juillet 2004.

CEDH, *Vô c. France*, 8 juillet 2004, Req. n°53924/00, §82.

CJCE, *AETR*, 31 mars 1971, Aff. 22/70.

CJ, *Allemagne c. Commission*, 10 février 1998, C-263/95.

CIJCE, *Mayr*, 26 février 2008, aff. C-506/06, §38.

Avis et conclusions en droit de l’Union

Conclusions de l’avocat général F.-G. Jacobs, 14 juin 2001, sur l’affaire *Pays-Bas c. Parlement et*

Conclusions de l’avocat général Y. Bot, sur l’affaire *Brüstle* de 2011, 10 mars 2001, § 44.

Avis du Comité économique et social sur la « *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques* », 96/C 295/03, p. 2.

Jurisprudence droit interne

Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, §10.

Commentaire aux Cahiers sur la Décision n°2010-39 QPC du 6 octobre 2010, p. 10.

Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, §10.

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

- Décision n°2000-435 du 7 décembre 2000, §43.
- Décision n°2013-336 du 1er août 2013, §17 et 18.
- Décision n°2001-455 du 12 janvier 2002, §9.
- Décision n°2005-512 du 21 avril 2005, §17.
- Décision n°81-132 du 16 janvier 1982, §70.
- Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005.
- Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016.
- Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, cons. 86.
- Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, cons. 38.
- Décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, M. Georges R., cons. 7.
- Décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, M. Georges R, cons. 6.
- Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, cons. 2.
- Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 17.
- Décision n° 2014-448 QPC du 6 février 2015, M. Claude A., cons. 5.
- Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, cons. 7.
- Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. 27.
- Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989.
- Décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, M. Georges R.
- Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Droits d’auteurs*, cons. 59-60-61.
- Commentaire aux Cahiers, Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, M. Gérard D, p. 8.
- Décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, cons. 12.
- Décision n° 97-392 DC du 7 novembre 1997.
- Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976.
- Décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011.
- Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.
- Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998.
- Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie*.
- Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, Daniel W.
- Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. 10
- Décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, cons. 5 et 7.
- Décision n° 97-392 DC du 7 novembre 1997, cons. 2.
- Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.
- Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997.
- Décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977.
- Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989.

Décision n° 91-299 DC du 2 août 1991.

Décision n°97-388 du 20 mars 1997.

Décision n°2010-39 QPC du 6 octobre 2010, p. 10.

Commentaire aux Cahiers de la Décision n° 2012-249 QPC, p. 8.

Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

Jurisprudence administrative

Conseil d'État, 1ère chambre, 23/12/2014, 360958.

Conseil d'Etat, 5^{ème}, 13 novembre 2002, n° 248310, *Association Alliance pour les droits de la vie*.

CAA de PARIS, 8ème, 31/12/2015.

Conseil d'État, 23/12/2014.

Table des matières

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	7
I.CONSTRUIRE L’OBJET	8
A – Approcher l’objet	8
1 – Dépasser le positivisme.....	8
2 – Adopter le criticisme.....	9
3 – Déterminer l’identité du sujet	9
B – Construire l’objet	10
C – Interroger l’objet	12
1 – La définition biologique de l’embryon humain	12
2 – La définition courante de l’embryon.....	13
3 – Les acceptions de l’embryon retenues dans l’étude.....	14
a – La mobilisation de l’embryon : le don de l’embryon surnuméraire à la recherche.....	14
b – La situation de l’embryon : le traitement différencié de l’embryon in vitro.....	15
c – Le développement de l’embryon : la capacité de l’embryon à se développer.....	15
d – L’émergence de la définition juridique de l’embryon : la directive 98/44.....	15
4 – Le contexte de l’étude et la circonscription de l’objet	16
II. L’IDEE SOUTENUE	17
A. Le constat	18
B. Le conflit	19
C. L’hypothèse	20
III. LA METHODE ADOPTEE	21
A – Sur le plan de l’observation du réel : l’étude lexicographique du droit positif	21
B – Sur le plan de l’explication du réel : l’approche herméneutique pour renverser la présomption de rationalité du législateur	21
PREMIERE PARTIE L’INTROUVABLE DEFINITION JURIDIQUE DE L’EMBRYON EN DROIT INTERNE	23
TITRE PREMIER L’APPROCHE DOGMATIQUE L’AMBITION DEÇUE D’UNE DEFINITION JURIDIQUE DE L’EMBRYON	24
Chapitre 1 : L’observation du recours à la définition juridique	25

Section 1 – L’exposition des caractéristiques attendues de la définition juridique	25
§ 1 – La forme usuelle de la définition	25
§ 2 - La forme spécifique de la définition juridique.....	25
A – Penser la définition comme un processus	26
B – Vivre la définition juridique comme la signification d’un sens	26
1 – Le rejet de la définition « informative » : rejet de la « vérité-correspondance »	27
2 – L’adoption de la définition « stipulative » : adoption de la « vérité-cohérence ».....	27
C – Survivre à la pluralité des définitions juridiques d’un même concept	28
1 – Rapports complexes entre autorités normatives.....	28
2 – Autonomie et spécificité des domaines de compétence.....	28
§ 3 – La situation de la définition juridique concurrencée.....	29
A – La concurrence de la détermination des critères : le régime ou la définition.....	29
B – La dialectique entre qualification et définition.....	29
1 – La définition comme « catégorie modale » impulse la juridicité de l’objet.....	29
2 – La divergence vécue entre définition et qualification : le rapport à la réalité.....	30
3 – La divergence élucidée entre qualification et définition : la place de l’argument finaliste.....	30
C – La détermination des critères de l’identification de l’objet : l’objectif en commun	31
1 – Les critères posés par la définition stipulative : recherche déductive d’une définition première ...	31
2 – Les critères déduits du régime : recherche inductive d’une définition secondaire	31
Section 2 – L’application des critères de la définition à l’embryon en droit positif	32
§ 1 – Repérer la délimitation et la dénomination de l’embryon.....	32
A – La délimitation de la notion « embryon »	32
1 – Les travaux préparatoires du législateur	32
2 – Les arguments des requérants à l’occasion de la saisine du Conseil constitutionnel.....	33
3 – Les arguments en réplique contenus dans les observations du Gouvernement.....	33
4 – Le Comité consultatif national d’éthique.....	34
B – La diversité des usages juridiques du concept « embryon »	35
§ 2 – L’impossibilité de repérer une définition stipulative de l’embryon en droit positif	35
A – L’abandon de la « personne humaine potentielle ».....	35
B – Les formulations retenues créent un conflit sémantique	35
Chapitre 2 : Evaluer l’absence de définition juridique de l’embryon en droit interne	36
Section 1 – Relever et interpréter les « imprécisions, contradictions, lacunes » du droit positif ..	36
§ 1 – Les manifestations de l’absence de définition	36
A – La phase de délimitation et d’identification de l’objet : impossible neutralité	36
B – Les éléments de reconnaissance de l’embryon s’éloignent de la définition stipulative	37
§ 2 – Les raisons de l’absence de définition	37

A – Le constat de l’impossibilité de définition de certains concepts	37
B – Les raisons avancées par le Ministre Mattei.....	37
Section 2 : « Préconiser des solutions visant à remédier » aux lacunes du droit	39
§ 1 – La qualité de la loi au renfort de la précision des notions.....	39
A – L’épuisement par le législateur de sa propre compétence.....	39
1 – Des formules suffisamment précises et des formules non équivoques	40
2 – Un renvoi au pouvoir réglementaire suffisamment encadré pour prévenir l’arbitraire.....	40
B – L’absence d’affectation d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution.....	41
1 – Le bénéficiaire de la clarté de la loi	41
a- La perspective de l’embryon : l’hypothèse de la titularité fictionnelle de droits.....	41
b- La perspective du chercheur : la clarté de la loi au service de l’exercice de la recherche scientifique	42
2 - Le lien d’imputation direct entre l’atteinte et l’incompétence négative	43
§ 2 – Provoquer la création d’une définition jurisprudentielle de l’embryon	43
A – L’observation des conditions dans lesquelles le Conseil a accepté de définir	44
1 – L’identification des décisions dans lesquelles le Conseil livre une définition sous quelque forme que ce soit	44
2 – La forme des saisines sollicitant une demande de définition	44
3 – La forme de réponse du Conseil à la demande d’une telle définition	46
B – La mobilisation de l’argument pénaliste de la légalité des délits et des peines.....	46
1 – La question de l’embryon en droit pénal	46
2 – L’importance du principe de légalité des délits et des peines en droit constitutionnel	48
a – L’importance de la définition de l’infraction	48
b – La définition de l’objet de l’infraction : l’embryon, condition du champ d’application de la loi... ..	48
c – La définition d’une notion courante mais imprécise inclut l’embryon	48
d – L’appropriation de définitions élaborées par d’autres institutions.....	49
C – Le recours à des conditions de saisine exceptionnelles.....	49
1 – Le changement de circonstances de droit et de fait.....	51
2 – Le contrôle par voie d’exception d’une loi déjà promulguée	52
Conclusion du titre premier <i>Les apports de la dogmatique à l’étude de l’absence de définition juridique de l’embryon en droit interne</i>	53
TITRE SECOND APPROCHE POSITIVE LA CONCEPTION DE L’EMBRYON EN DROIT FRANÇAIS	54
Chapitre 1 : Approche légistique, la création d’un « régime juridique éclaté » et polarisé	55
Section 1 – La polarisation positive du régime juridique de l’embryon	55
§ 1 – Le régime de l’embryon en droit de pénal : un embryon évalué.....	55

A – L’importance de la présence de l’embryon en droit pénal	55
B – Les critères de définition implicites déduits du régime de droit de pénal	57
§ 2 – Le régime de l’embryon en droit civil : un embryon estimé par périphrase	57
A – L’absence de l’embryon en droit civil	57
B – Les critères de définition implicites et indirects déduits du régime civil	58
Section 2 – La polarisation négative du régime juridique de l’embryon	58
§ 1 – Le régime juridique de l’embryon en droit de la santé : un embryon situé.....	58
A – La présence de l’embryon en droit de la santé.....	59
B – Les critères de définition implicite dégagés du droit de la santé.....	60
§ 2 – Le régime de l’embryon en droit de la propriété intellectuelle : un embryon observé	61
Chapitre 2 : Approche contentieuse, la distribution du pouvoir d’interprétation.....	62
Section 1 - De l’autolimitation de principe à l’audace mesurée du Conseil constitutionnel.....	62
§ 1 – L’autolimitation de principe du contrôle formel du Conseil constitutionnel	62
A – Le verrou matériel de la « question de société ».....	62
B – Le verrou formel du « pouvoir de création et d’appréciation du législateur »	64
1 – La marge d’appréciation du législateur et le cas de l’embryon	64
2 – Le temps législatif et le temps juridictionnel	64
a – Du temps législatif au temps juridictionnel : le pouvoir d’appréciation	64
b – Du temps juridictionnel au temps législatif : le pouvoir d’incitation.....	65
§ 2 – Le pouvoir de création mesuré du contrôle matériel du Conseil constitutionnel.....	65
A – La création d’une controverse anthropologique constitutionnelle relative à l’embryon.....	66
1 – La consécration constitutionnelle de la dualité de l’embryon.....	66
a – Distinction embryon in vitro-in utero.....	66
b – Une protection constitutionnellement graduée.....	66
2 – La protection entre dignité de la personne et respect de l’être humain : de l’homme à l’espèce....	67
a – Appartenance incontestée à l’humanité.....	67
b – L’exclusion dissimulée de l’embryon de la communauté des personnes et la conception relationnelle.....	68
B - L’absence de pondération claire des intérêts en balance face à l’embryon	71
1 - La recherche scientifique : un intérêt collectif constitutionnellement évité	71
2 – L’intérêt personnel des parents : un intérêt constitutionnellement et constamment garanti	71
Section 2 – L’activité du contentieux administratif relatif à la recherche sur embryon	73
§ 1 – Le traitement rigoureux des intérêts contradictoires	73
A – La délimitation des intérêts contradictoires : l’appréciation de l’intérêt à agir	73
1 – L’appréciation de l’intérêt à agir par le juge administratif	73

2 – L’appréciation de l’intérêt à agir des associations peut conduire à une forme de définition de l’embryon.....	73
B – Une production juridique vigoureusement alimentée par des intérêts associatifs.....	74
1 – La précision de la question du consentement.....	74
2 – La précision de la question de l’alternative comparable.....	74
§ 2 – L’émergence d’un authentique droit administratif de la recherche sur l’embryon	75
A – Le rôle de l’Agence Biomédecine renforcé.....	75
1 – Un rôle actif dans la détermination de l’alternative à l’embryon.....	75
2 – Un rôle déterminant dans la gouvernance bioéthique	75
B – Les indices d’un ordre public immatériel de la recherche biomédicale	76
1 – L’identification et l’insertion de l’exercice de la recherche scientifique dans le régime des libertés	76
a – L’équivalence entre principe et exception interrogée	76
b – L’insertion de la liberté de recherche dans le triptyque régime répressif, préventif, d’autorisation	76
2 – L’émergence d’un ordre public immatériel de la recherche sur embryon	77
a – L’ordre public relatif à l’objet immatériel.....	77
b – L’ordre public immatériel relatif aux personnes.....	78
Conclusion du titre second	79
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	79
SECONDE PARTIE L’IMPROBABLE DEFINITION JURIDIQUE DE L’EMBRYON EN DROIT DE L’UNION EUROPEENNE.....	80
TITRE PREMIER LA GENEALOGIE PROCEDURALE ET INSTITUTIONNELLE DE LA DEFINITION ETUDE DE LA PORTEE EXTENSIVE DE LA DEFINITION JURIDIQUE	83
Chapitre 1 : La délimitation laborieuse de la compétence de l’Union en matière de brevet sur le vivant : la portée procédurale de la définition limitée à une compétence d’exception	84
Section 1 – La délimitation équivoque du domaine d’action de l’Union.....	84
§ 1 – La compétence exclusive de l’Union : une appréciation a priori restrictive	85
§ 2 – La compétence partagée entre l’Union et Etats-membres : une appréciation relative	86
§ 3 – La compétence d’appui de l’Union aux Etats-membres : le lieu de l’ambiguïté	87
Section 2 – La délimitation surprenante de la compétence de l’Union par les thèmes	89
§ 1 - L’exposition des compétences de l’Union révèle une compétence d’exception.....	89
A – L’absence de la compétence partagée a priori attendue.....	89
B – L’assimilation du marché intérieur à l’harmonisation.....	90
C – La présence incontestable des indices de la compétence d’appui : « compléter ».....	91

§ 2 – Le rôle décisif de la base juridique 100A relative à l’harmonisation des législations	92
A – L’influence de l’harmonisation sur la modulation des compétences de l’Union	93
B – Le marché intérieur et l’harmonisation : combinaison d’exception	93
C – La contestation de la base juridique par les Pays-Bas	94
Chapitre 2 : La difficile adoption de la directive 98/44 : la portée politique de la définition.....	95
Section 1 – L’incidence de la procédure d’adoption de la directive 98/44 sur la qualité de la définition	95
§ 1 - L’influence du conflit interinstitutionnel sur la qualité de la norme produite	95
A – La politisation maîtrisée des institutions	95
B – Une politisation jugulée : les règles de majorité	96
§ 2 – L’intérêt pour l’embryon révélé par l’évolution du processus législatif.....	97
A – L’évolution des positions au cours de la procédure législative.....	97
B – L’assimilation de l’échec de la proposition de 1988 : la prise en compte de l’embryon	98
Section 2 – L’incidence de la dialectique procédurale transposition-renvoi préjudiciel sur la portée géographique de la définition de l’embryon	99
§ 1 – La laborieuse transposition de la directive 98/44 : une directive incomprise	99
A – La procédure et la mesure de performance de transposition des directives	99
1 - Procédure de transposition des directives.....	99
a – La directive.....	99
b – La transposition de la directive	100
2 - La mesure de la « performance de transposition »	100
B – La lente transposition de la directive 98/44.....	101
1 - La traduction d’un disensus formel : une directive reconvertie en quasi-règlement ?	102
2 - L’influence de la technicité sur le disensus matériel	102
a – Incompréhension des finalités de la directive	103
b – L’incompréhension des effets de la directive.....	103
§ 1 – Le recours au renvoi préjudiciel : une demande de précision de la directive	103
A – Les conditions du renvoi préjudiciel : coopération judiciaire affichée	103
1 - Les conditions générales du renvoi préjudiciel.....	103
2 - Le principe de subsidiarité éprouvé par le recours préjudiciel	104
B – Les effets du renvoi préjudiciel : vers l’unification.....	105
1 – L’autonomie institutionnelle et procédurale infléchie	105
2 – « Devoir d’interprétation conforme »	106
Conclusion du titre premier	106
TITRE SECOND LA GENEALOGIE MATERIELLE DE LA DEFINITION ETUDE DE L’ORIGINALITE DE LA DEFINITION JURIDIQUE	107

Chapitre 1 : La justification prétorienne d’une définition juridique autonome de l’embryon	107
Section 1 – La signification de l’expression « définition propre et autonome » : l’accroissement des compétences de l’Union	107
§ 1 – Le sens de l’expression « définition propre et autonome »	107
A – La définition autonome en faveur de l’accroissement des compétences de l’Union	108
B – La dimension « radicale » de la définition autonome	108
§ 1 – L’implication de l’autonomie de la définition dans l’architecture juridique de l’Union	109
A – La marge nationale d’appréciation	109
B – Les principes d’harmonisation, d’uniformité, de primauté	110
Section 2 – Les signes de l’autonomie de la définition juridique de l’embryon	111
§ 1 – Les traces d’une définition juridique autonome de l’embryon	111
A – Première condition : la disposition exclut-elle véritablement toute marge de manœuvre des autorités nationales ?	111
B – Seconde condition : La « mise en œuvre » des critères relève-t-elle d’une politique d’harmonisation ?	112
§ 2 – Le recours à l’homonymie : entre autonomisation de sens et autonomie de notion	112
A – L’usage de l’homonymie en droit de l’Union	113
1 – La place cardinale de la langue en droit de l’Union	113
a - La diversité linguistique de l’Union valorisée et consacrée	113
b - La diversité des langues appropriée (par l’Union)	113
c - Le juriste-linguiste embauché	114
2 – Autonomisation de sens, autonomie de mot	115
a - Le recours à des « notions propres » influence la nature de la définition juridique	115
b - La diversité des traductions au service d’une intégration sur mesure	115
c - L’uniformisation heurtée à la « durabilité de la langue »	116
d - L’uniformisation alimentée par « l’éphémérité de la langue »	116
B – L’usage de l’homonymie dans la directive 98/44	118
1 – La création du nouveau concept « matière biologique »	118
2 – La création du nouveau sens à la notion « embryon »	118
Chapitre 2 : La conception prétorienne de la définition juridique de l’embryon	119
Section 1 – Le mouvement extensif de la définition de l’embryon : le refus catégorique du critère fonctionnel, la consécration de l’alter-embryon	119
§ 1 – Le critère originel subsidiaire : la place secondaire de la fécondation de l’ovule	120
A – L’ovule comme seul gamète indispensable de la définition	120
1 – L’émancipation de la définition de sa dimension biologique	120
2 – L’émancipation de la définition de son élément psychologique	121

B – La subsidiarité de la fécondation naturelle de l’ovule.....	122
1 – Le critère de nidation de l’embryon amènerait à une discrimination inutile	122
2 – L’insuffisance du critère de la fécondation in vitro traditionnelle déclenche la reconnaissance de alter-embryon.....	122
§ 2 – Le critère finaliste principal : le développement en un être humain	123
A – Justifier l’emploi du critère « finaliste » dissocié du critère fonctionnel	123
B – Développer le critère finaliste constituant principalement la définition de l’embryon	124
1 – La récurrence du critère finaliste « développement en être humain »	124
2 - La conception continue du développement de l’embryon	125
a - Conception processuelle et continue : l’essence du critère finaliste	125
b - Le rejet de la conception segmentée et événementielle : la dissociation du critère fonctionnel....	125
Section 2 : Mouvement restrictif de la définition : l’exclusion du parthénote.....	126
§ 1 – Les éléments d’analyse de l’apport de l’affaire <i>Stem Cells</i> à la définition de l’embryon	126
A – Eléments d’explication de la teneur de la contradiction entre Brüstle et <i>Stem Cells</i>	126
1 – La stratégie de l’avocat général vise à décrédibiliser la décision Brüstle	126
2 – L’argument de la science évolutive sert un relatif consensus	126
B – Le renversement manifeste du critère originel	127
1 – De l’ovule principal à l’ovule accompagné : l’empreinte génomique paternelle exclut le parthénote	127
2 – Le rejet catégorique du parthénote de la définition de l’embryon humain	127
a - Exclusion du parthénote du corps humain à ses différents stades d’évolution	127
b - L’inclusion du parthénote dans les procédés techniques	128
C – La réorientation du critère finaliste : raffermissement et anticipation.....	128
1 – Le raffermissement du critère finaliste : la capacité intrinsèque de se développer.....	128
2 – La voie ouverte à un critère par anticipation : « sous réserve de modification génétique »	129
§ 2 – Les effets de la définition juridique combinée de l’embryon humain.....	132
A – L’affirmation renouvelée d’une portée normative limitée	132
1 – La précision de la directive module la portée de la définition	132
2 – La portée de la définition limitée à « l’interprétation juridique des dispositions pertinentes de la directive ».....	133
B – Les indices d’une portée normative extensive.....	133
C – L’oubli regrettable de la puissance intégrative de la matière biologique : l’embryon est-il vraiment hors de brevetabilité ?	134
Conclusion du titre second	135
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	136
CONCLUSION GENERALE	137

BIBLIOGRAPHIE..... 138



Collection des mémoires de l'IFR

Copyright et diffusion 2017

© IFR

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :
www.corep-impression.com