

VERSÃO ORIGINAL

LES NOTIONS DE BIOETHIQUE ET DE DROIT DE LA BIOMEDECINE

Eric Mondielli^(*)

RÉSUMÉ

Après avoir cerné les contours de la notion de bioéthique, on a identifié et mis en perspective les facteurs qui permettent d'expliquer son émergence. Dans un second temps, on s'intéressait aux expressions de "droit de la biomédecine" et de "droit de la bioéthique" afin de les distinguer des notions voisines. On s'est attardé, également, sur le fait de savoir si la bioéthique peut-être appréhendée comme une science, avant d'identifier les spécificités du droit de la bioéthique, et d'évoquer les logiques qui entrent en œuvre et que l'on doit concilier dans les débats en matière de bioéthique. Pour terminer, il semblait indispensable, de s'attarder sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, en tant que principe matriciel de la bioéthique et du droit de la biomédecine, ce principe étant au cœur de tous les débats et questions en matière de bioéthique.

Mots clefs

Bioéthique; dignité humaine; droit de la biomédecine; droit médical; protection de la personne humaine.

La bioéthique est une notion particulièrement difficile à appréhender tant sont incertains ses contours. Certains vont même jusqu'à s'interroger sur son existence. Au fil du temps, le terme de "bioéthique" est venu s'ajouter à ceux d'éthique, de morale, de déontologie. Bien souvent on utilise, à côté du terme "bioéthique", l'expression de "biomédecine". Le médecin, le cadre de santé, le biologiste, le juriste ou le philosophe, chacun porte un regard

(*) Eric MONDIELLI est professeur de droit public à l'Université de Nantes ; Directeur-adjoint du Centre d'études et de recherches en droit européen de la santé de Nantes, il est également membre du Laboratoire « Droit et Changement social » de la faculté de droit de Nantes. Spécialiste de droit international et européen, ses travaux portent principalement sur les droits fondamentaux, la bioéthique et le droit international de la santé. Il est directeur scientifique du master 2 de droit international et européen des droits fondamentaux de l'Université de Nantes (enseignement à distance). E-Mail: <eric.mondielli@univ-nantes.fr>

particulier sur la notion. Au final, tous ces éléments contribuent à faire régner une certaine confusion chez les citoyens.

La bioéthique n'est pas à l'évidence, en tant que telle, une discipline universitaire. Elle apparaît plutôt, ainsi que nous le rappelle le philosophe du droit *Stéphane Bauzon*, comme une étude interdisciplinaire de questions éthiques que posent la médecine et les sciences de la vie. Pour l'auteur de *La personne biojuridique*, le droit ne peut définir la bioéthique *lato sensu*, mais le droit contribue à en donner une définition. Il considère, fort justement, que "la bioéthique est un questionnement sur la vie humaine" et que "le droit peut y apporter un élément de réponse"⁽¹⁾.

Dans la société post-moderne, la bioéthique est devenue un thème de préoccupation mondiale pour les différentes autorités (scientifiques / religieuses et spirituelles / gouvernementales / légales / organisations internationales...). Enjeu public et démocratique, elle appelle des choix de société. Enfin, il n'y a pas une bioéthique mais différentes conceptions de la bioéthique (ne parle-t-on pas de l'approche nord-américaine, de l'approche latine, de l'approche française ...)⁽²⁾. La bioéthique est par définition plurielle en ce sens qu'elle est un lieu de divergences d'idées.

La naissance de la bioéthique est liée aux progrès fulgurants des sciences médicales du XX^{ème} siècle et de ce XXI^{ème} siècle naissant. Les nouvelles possibilités des sciences médicales, si elles recèlent des perspectives de guérison ou d'atténuation des souffrances humaines inespérées jusqu'alors, peuvent également entraîner de nouveaux dangers d'asservissement, de manipulation, de sélection et d'esclavage. La bioéthique obéit à la volonté politique de ne pas laisser "la science sans conscience" pour reprendre la formule célèbre de l'écrivain français du XVI^{ème} siècle François Rabelais.

Aussi, dans ce cadre de cet article, après avoir cerné les contours de la notion de bioéthique, il conviendra ensuite d'identifier et mettre en perspective les nombreux facteurs qui permettent d'expliquer son émergence (I). Dans un second temps, on s'intéressera aux expressions de "droit de la biomédecine" et de "droit de la bioéthique" afin de les distinguer de diverses notions voisines (II). On s'attardera, également, sur le fait de savoir si la bioéthique peut-être appréhendée comme une science (III), avant d'identifier les spécificités du droit de la bioéthique, et d'évoquer les logiques qui entrent en œuvre et que l'on doit concilier dans les débats en matière de bioéthique (IV). Enfin pour terminer, il semble indispensable, de s'attarder sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, en tant que principe matriciel de la bioéthique et du droit de la biomédecine (V), ce principe étant au cœur de tous les débats et questions en matière de bioéthique.

(1) BAUZON S. *La personne biojuridique*. Paris: PUF, Paris, 2006. p. 11. (Coll. Quadrige).

(2) Pour une illustration de cette diversité v. AZOUX-BACRIE L. (Dir.), *Bioéthique, bioéthiques*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003.

I. LA NOTION DE BIOETHIQUE ET LES FACTEURS EXPLICATIFS DE L'EMERGENCE DE LA BIOETHIQUE

Afin d'appréhender la notion de bioéthique, il semble indispensable de revenir aux origines même terme. Ce retour aux origines permettra notamment de mieux comprendre pourquoi les approches anglo-saxonne et française ne sont pas tout à fait les mêmes, après quoi il conviendra de mettre en perspective les principaux facteurs explicatifs de l'émergence de la bioéthique.

1. A La notion de bioéthique

Que faut-il entendre par "bioéthique"?

L'utilisation du terme est relativement récente et son origine est américaine. Le terme apparaît, pour la première fois en 1970, sous la plume d'un oncologue américain, *Van Rensselaer Potter*, dans un article intitulé *Bioethics, the science of survival*⁽³⁾ et repris dans son livre de 1971 *Bioethics: bridge to the futur*⁽⁴⁾. *Potter*, constatant dans le même temps le développement extraordinaire des connaissances scientifiques, et en particulier biologiques, ainsi que le retard de la réflexion nécessaire à leur utilisation, souhaitait l'avènement d'une nouvelle science —une science de la survie — reposant sur l'alliance du savoir biologique ("bio") et des valeurs humaines (éthique). Le domaine de la bioéthique, pour le père de l'expression, devait englober toutes les dimensions concourant à la survie de l'espèce humaine et de la planète (contrôle de la population, la paix, la pauvreté, l'écologie, la vie animale, le bien-être de l'humanité...). Par la suite, ainsi que le remarque *Guy Durand*⁽⁵⁾ dans son *introduction générale à la bioéthique*, la plupart des auteurs limiteront le mot "bioéthique" aux questions soulevées par les sciences biologiques et leurs applications à la médecine.

Etymologiquement, le mot "bioéthique" vient de termes grecs, d'une part, "bios", la vie et "ethos", la coutume dont un des dérivés fut, à partir du XIIIe siècle, le terme "ethikê", c'est-à-dire qui concerne les mœurs. Il faut entendre par "éthique" (*ethos*) "la recherche d'une bonne manière d'être ou la sagesse de l'action".

D'une manière générale, on peut considérer qu'à partir du moment où l'on pénètre la sphère biologique ou médicale, toute question devient une question de bioéthique. Selon *N. Lenoir* et *B. Mathieu*, "la bioéthique renvoie

(3) VAN RENSSELAER POTTER. *Bioethics, the science of survival. Perspectives in Biology and Medicine*, n. 14, p. 127-153, 1970.

(4) Id. *Bioethics: bridge to the futur*, Englewoods Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1971. 205 p.

(5) DURAND G. *Introduction générale à la bioéthique*. FIDES/Cerf, 1999. 565 p.

aux règles de conduite qu'une société s'assigne afin de faire face aux difficultés ou aux dilemmes nés des avancées des sciences de la vie⁽⁶⁾.

La définition de la bioéthique proposée par le grand philosophe *Paul Ricœur*, dans la préface du code de déontologie médicale, publié aux éditions du Seuil en 1996⁽⁷⁾, apparaît particulièrement éclairante notamment pour le juriste; elle est "un ensemble constitué par l'éthique médicale orientée vers la clinique et l'éthique médicale orientée vers la recherche, ce qui inclut la dimension légale dont on tirera ensuite le concept de bio-law (bio-droit)".

La Convention d'Oviedo du Conseil de l'Europe dite "biomédecine" (4 avril 1997) donne une définition de la bioéthique, y associant les droits de l'homme: "la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine"⁽⁸⁾.

Pour en terminer avec la question de la définition, il faut afin d'éviter toute confusion, souligner que les conceptions anglo-saxonne et française de la bioéthique ne sont pas exactement les mêmes. En effet, dans les pays de tradition anglo-saxonne, le terme fait référence à l'ensemble des problèmes moraux soulevés par la protection de la vie humaine. En revanche en France, le concept de bioéthique a une signification plus étroite, puisqu'il fait référence aux seuls problèmes moraux soulevés par la biologie et la médecine⁽⁹⁾.

En France, dans le domaine juridique, on a commencé à utiliser le terme "bioéthique" non sans un certain flottement. Les premières lois que l'on a qualifié de bioéthique furent les lois de 1994⁽¹⁰⁾. Toutefois, il est important de rappeler qu'aucune de ces lois ne contenaient dans leur intitulé le vocable "bioéthique". Bien évidemment, certaines lois antérieures à ces lois de 1994 touchant à des questions telles que l'avortement (loi Veil relative à l'Interruption

(6) LENOIR N.; MATHIEU B. *Les normes internationales de la bioéthique*. Paris: PUF, 1998. p. 7. (Que-sais-je?, n. 3356).

(7) CODE de déontologie médicale (Poche). Introduit et commenté par René (Ed.) Louis, préface de Paul Ricœur. Seuil, 1996. 205 p. (Coll. Points Essais).

(8) CONVENTION «BIOMÉDECINE» DU CONSEIL DE L'EUROPE. Accessible en: <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/164.htm>>.

(9) Pour avoir un aperçu de l'approche française on pourra avec grand profit consulter les nombreux avis rendus par le COMITÉ NATIONAL CONSULTATIF D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ. Accessible en: <<http://www.ccne-ethique.fr/>>.

(10) Le socle fondateur du droit de la bioéthique sera posé par trois textes de lois: — loi du 29 juillet n. 94-653 relative au respect du corps humain; — loi du 29 juillet n. 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal; — loi du 1er juillet 1994 n. 94-548 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la Santé et modifiant la loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Aux textes fondateurs du socle, il faut ajouter, la loi n. 94-630 du 25 juillet 1994 modifiant le livre II du code de la santé publique relatif à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Par la suite d'autres textes furent adoptés comme la loi n. 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (JO, 7 juill.) et la loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dite loi "Kouchner".

volontaire de grossesse de 1974⁽¹¹⁾) ou la loi relative à l'expérimentation sur la personne humaine (loi dite "Huriet-Sérusclat" du 20 déc. 1988) ont une dimension bioéthique même si lors de leur adoption le vocable n'était pas encore utilisé. La première loi pour laquelle le législateur a utilisé le terme de bioéthique est la loi n. 2004-800 du 6 août 2004 relative à la "bioéthique"⁽¹²⁾.

2. Les facteurs explicatifs de l'émergence de la bioéthique.

Les facteurs expliquant l'émergence de la bioéthique dans nos sociétés ont été très clairement mis en évidence par le canadien G. Durand⁽¹³⁾. Ces facteurs sont principalement liés aux dérives qu'a connu dans le passé la recherche biomédicale, au développement technoscientifique, à l'émergence des droits des personnes, à la modification de la relation médecin/patient et enfin à la montée de ce que l'on a appelé parfois le "pluralisme moral".

En bref, la réflexion bioéthique est intimement liée à la prise de conscience des menaces et peut s'analyser comme une réaction face aux dangers potentiels.

Passons rapidement en revue les facteurs évoqués:

— Les dérives de la recherche biomédicale: La connaissance mondiale, grâce au procès de Nuremberg en 1947, des atrocités commises par le régime nazi dans les camps de concentration, notamment en matière d'expérimentation sur des êtres humains, constitue un moment important pour la réflexion bioéthique mondiale. Pour juger les médecins accusés, le Code de Nuremberg, composé de dix principes établissant les conditions dans lesquelles des expérimentations sur l'homme sont possibles, fut adopté. Ultérieurement, dans un grand nombre de pays, notamment occidentaux, divers scandales ont éclaté à la suite d'expérimentations considérées comme contraire à l'éthique, et ont suscité des débats ainsi qu'une prise de conscience des populations de la

(11) v. sur cette loi la décision du Conseil constitutionnel français: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n. 74-54 du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Accessible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1974/7454dc.htm>>.

(12) Pour une présentation des grands textes législatifs français, le lecteur pourra avec grand profit consulter les sites présentant des dossiers sur la législation française (l'ensemble des textes législatifs et les divers rapports parlementaires sont répertoriés et accessibles en ligne): Dossier Législatif sur Legifrance. Accessible en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>; <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=412A138D95732EC4945445F372DF2A1A.tpdljo09v_1?idDocument=JORFDOLE000017759387&type=general>; Dossier Législatif de l'Assemblée Nationale. Accessible en: <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/bioethique.asp>>; <http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/eval_bioethique.asp>; <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i1325-tl.asp>>; Dossier législatif du Sénat. Accessible en: <<http://www.senat.fr/dossierleg/pjl01-189.html>>. La Documentation Française. Sur la révision des lois de bioéthique en 2010 v. / Dossier d'actualité — La Documentation française: <[http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossier_actualite/bioethique/ind\(...\)](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossier_actualite/bioethique/ind(...))>.

(13) DURAND, G. op. cit., p. 28 et s.

vulnérabilité de certains individus (prisonniers, handicapés mentaux, personnes considérées comme “a-sociales”...).

— Le développement technoscientifique: D’une science “contemplative”, nous sommes progressivement passés à une “science opératoire”, du fait de son association à la technologie. Science et technologie sont désormais indiscernables. Les progrès, notamment en matière biomédicale, ont ouvert des perspectives sans précédent en matière d’amélioration, de maintien et de prolongation de la vie humaine. Mais, dans le même temps, ces nouvelles perspectives suscitent des débats et des polémiques au sein de la communauté scientifique, et plus largement au sein du grand public. Ces controverses sont liées aux peurs d’utilisation abusive de nouvelles techniques scientifiques et aux risques de sélection (spectre de l’eugénisme), d’où un ardent besoin de contrôle et de réflexion. On citera par exemple, le développement de transplantation d’organes qui pose de nombreuses questions sur les conditions de prélèvements sur des donneurs vivants ou décédés; les perspectives ouvertes par le génie génétique qui posent également toute une série de questions liées à l’élaboration de tests de dépistage génétique et à leurs diverses utilisations; les techniques en matière de procréation, les techniques de thérapie génique posent tout autant de questions ...

— L’émergence des droits des personnes: Si la Déclaration universelle des droits de l’homme de l’Assemblée générale des Nations Unies du 10 décembre 1948 affirme la protection de la liberté et de la dignité de l’individu (il en est de même du code de Nuremberg) ce texte fondateur est, à l’origine, étranger aux questions éthiques posées par les sciences et techniques du fait de son contexte d’élaboration et de son inspiration. L’idée dominante de la Déclaration est essentiellement de protéger l’individu contre les abus du pouvoir politique. La science et les techniques ne constituent pas, en soi, un danger puisqu’elles sont plutôt perçues comme permettant “la lutte contre l’obscurantisme, l’aliénation et le dogmatisme: elles libèrent et assurent le mieux-être de l’individu” (*Hottois*)⁽¹⁴⁾. A partir des années 1960, en Amérique, comme en Europe, les hommes et les femmes prennent conscience des dangers des progrès scientifiques et de la nécessité de se questionner. C’est à cette période, ainsi que le relève très justement *G. Durand*, que “la Déclaration universelle des droits de l’homme, a vu son rôle modifié par l’avènement des technologies de toutes sortes”. Tout particulièrement en Europe francophone “la philosophie des droits de l’homme [est devenue] toujours une source d’inspiration multiple pour une part importante de la réflexion bioéthique”⁽¹⁵⁾. Dans le même temps, on assiste à une montée en puissance d’une revendication de droits individuels, du droit à l’autodétermination. Cette prise

(14) HOTTOIS, G. *Qu’est-ce que la bioéthique?* Paris: Vrin, 2004.

(15) DURAND, G. op. cit.

en compte de l'autodétermination, s'illustre particulièrement dans un texte emblématique de l'Association médicale mondiale (AMM)⁽¹⁶⁾ élaboré en 1981, à savoir la Déclaration des droits des malades. Progressivement, tant en Amérique qu'en Europe, diverses lois affirmant au profit des patients des droits ont été adoptées.

— La modification de la relation médecin/patient: La relation traditionnelle caractérisée par une certaine proximité entre le médecin et son patient a tendance à disparaître du fait de l'avènement d'une nouvelle médecine plus technicienne, plus spécialisée s'appuyant sur des structures hospitalières et cliniques très pointues. La personne du patient est perdue de vue, elle se heurte à une logique froide et impersonnelle de l'administration de la santé. La relation médicale tend à se "déshumaniser". Au final, cette situation a progressivement nourri un sentiment de méfiance vis-à-vis du corps médical.

— La montée du "pluralisme moral": La montée du "pluralisme moral" est définie par *David J. Roy* comme "l'éclatement du consensus social, juridique et religieux traditionnel à l'égard des valeurs morales"⁽¹⁷⁾. A partir des années soixante, les valeurs et principes se sont effondrés en raison de la contestation de l'autorité (sociale/légale/religieuse/professionnelle ...). "Aucun individu ou groupe ne pouvait plus déterminer de façon autoritaire ce qui était bien et ce qui était mal", et, dans le même temps, diverses morales et système de valeurs se sont affirmés au niveau de nos sociétés. Ainsi, "le développement du pluralisme social et moral" et l'insatisfaction liée à "l'incapacité des morales traditionnelles [notamment religieuse] à répondre aux nouvelles questions" dans le domaine biomédical, ont entraîné un besoin d'une nouvelle approche éthique.

— La réflexion bioéthique, une réflexion inspirée par la peur de certains dangers (heuristique de la peur): La réflexion bioéthique, en tant que volonté de maîtriser les évolutions des sciences de la vie et de la médecine, s'est bâtie en réaction à la perception des dangers potentiels⁽¹⁸⁾, ainsi que l'origine du terme "bioéthique" et l'évocation des facteurs de l'émergence de la bioéthique nous l'ont montré. Elle est une réflexion pluridisciplinaire, morale et éthique sur les implications des sciences de la vie sur la société selon une définition proposée par *Noëlle Lenoir*⁽¹⁹⁾. La bioéthique qui tente de réguler les progrès scientifiques connaît des prolongements juridiques. Le droit s'est trouvé en effet mobiliser afin d'encadrer, parfois d'interdire ou de légitimer certaines pratiques scientifiques ou médicales. Le philosophe de *Hans Jonas*,

(16) WORLD MEDICAL ASSOCIATION. Accessible en: <<http://www.wma.net/en/10home/index.html>>.

(17) J. ROY D., WILLIAMS J. R., M. DICKENS; BAUDOUIN J-L. *La bioéthique: ses fondements et ses controverses*. Montréal: Editions du Renouveau Pédagogique, 1995. p. 12; ouvrage cité par DURAND, G. op. cit., p. 43.

(18) LENOIR N.; MATHIEU B. op. cit., p. 10.

(19) Id. Ibid.

dans son célèbre ouvrage “Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique”⁽²⁰⁾, analyse la bioéthique comme une réaction à l’inquiétude suscitée par les progrès de la biologie et de la génétique. Jonas, présentant la génétique comme une menace nouvelle, remarque que “le Prométhée [c’est-à-dire l’homme], définitivement “déchainé” — auquel la science confère des forces jamais encore connues— réclame une éthique qui, par des entraves librement consenties, empêche le pouvoir de l’homme de devenir une malédiction pour lui”.

II. DROIT DE LA BIOMEDECINE, DROIT DE LA BIOETHIQUE ET NOTIONS VOISINES

Biomédecine et bioéthique: doit on faire une différence entre les notions de bioéthique et de biomédecine?

En effet, certains utilisent les termes de “bioéthique” et de “biomédecine” indifféremment, pour d’autres “biomédecine” et “bioéthique” ne sont pas identiques, bien que ces notions soient intimement liées. Ce constat mérite que l’on s’y attarde afin de le dépasser et de prendre clairement position en faveur de l’affirmation d’une distinction. Ce positionnement nous conduira par voie de conséquence à envisager la sphère d’action de ce que l’on appelle en droit de la santé “le droit de la biomédecine”. Toutefois, force est de constater que de nombreux de juristes, et notamment de spécialistes des libertés publiques et des droits fondamentaux, se réfèrent à la notion de droit de la bioéthique. Il nous paraît par conséquent utile d’analyser les diverses notions qui entrent en jeu lorsque l’on parle de droit de la bioéthique, pour ensuite nous attarder sur la relation entre droit médical et droit de la bioéthique.

1. La biomédecine et bioéthique: quelle différence?

La biomédecine vise les pratiques offertes par les progrès des sciences du vivant (biologie/médecine) appliqués à l’homme. Ainsi que le relève *Brigitte Feuillet-Le Mintier*⁽²¹⁾, le composé “bio/médecine” entend traduire une “volonté de lier la médecine avec les techniques offertes par la biologie”. L’existence de la “Convention européenne sur les droits de l’homme et la biomédecine” du 4 avril 1997 adoptée par le Conseil de l’Europe vient confirmer cette analyse. Cette convention a pour objet d’assurer “le respect des droits et des libertés fondamentales à l’égard des applications de la biologie et de la médecine” (art. 1, al.1, Convention biomédecine)⁽²²⁾.

(20) JONAS H., *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Le Cerf, 1990. Cité par LENOIR N. et MATHIEU B., *op. cit.*

(21) In FEUILLET-LE MINTIER B. (Dir.), *Normativité et biomédecine*. Paris: Economica, 2003. (Coll. Etudes juridiques).

(22) CONVENTION “BIOMÉDECINE” DU CONSEIL DE L’EUROPE. Accessible en: <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/164.htm>>.

La bioéthique, quant à elle, est fondamentalement une réflexion pluridisciplinaire et une recherche des réponses que le droit est susceptible d'apporter aux questions éthiques soulevées par les progrès et les pratiques de la biologie et de la médecine. C'est la raison pour laquelle, un certain nombre d'observateurs de ces problématiques considèrent — fort justement au notre avis — qu'il est quel que peu abusif de parler de "droit de la bioéthique".

En revanche, il y a bien un droit de la biomédecine ou un droit biomédical puisque les pratiques médicales et biologiques font l'objet d'un encadrement juridique. C'est aussi la raison pour laquelle il eût été, sans doute, plus judicieux concernant la loi du 6 août 2004 *relative à la bioéthique* que le législateur adopta une autre dénomination comme celle de "loi relative à la biomédecine".

Le législateur a néanmoins choisi de parler de "loi relative à la bioéthique". Deux raisons principales permettent d'expliquer le choix opéré par le législateur; tout d'abord, il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi (v. Doc. AN 200-2001, n. 3166, exposé des motifs, p. 4) que pour les promoteurs de ce projet le terme bioéthique est plus courant que les autres (argument plutôt faible à notre sens); un deuxième élément d'explication est avancé par *J-R Binet*⁽²³⁾, selon lequel le "choix du terme bioéthique correspond mieux à ce que peut comprendre l'opinion publique, le justiciable, le destinataire de la règle". Il souligne combien il est essentiel que la loi soit accessible.

Cet auteur rappelle également que le législateur a entendu retenir de la bioéthique une conception très large: "questions éthiques et sociétales liées aux innovations médicales qui impliquent une manipulation du vivant".

Ainsi compris, le terme n'est constitué que de questions auxquelles la loi sera une réponse. La loi relative à la bioéthique du 6 août 2004 est donc la réponse législative aux questions éthiques et sociétales liées aux innovations médicales qui impliquent une manipulation du vivant. Ce faisant, il n'est pas impossible de considérer que le législateur a entendu entériner, au moins implicitement, la méthode qui consiste à faire de la réflexion bioéthique une antichambre de l'activité parlementaire.

La prise en compte et les références aux travaux et réflexions du Comité consultatif national d'éthique, à l'occasion des travaux parlementaires, viennent nettement étayer cette analyse.

2. La sphère d'action du droit de la biomédecine

La sphère d'action du droit de la biomédecine, conformément d'ailleurs à l'approche qu'en fait la Convention européenne de biomédecine (laquelle

(23) BINET, R.-J. *Le nouveau droit de la bioéthique*, Lexis Nexis LITEC, 2005. (coll. Carré droit). p. 3 et s.

se réfère au domaine des pratiques médicales), est large puisqu'elle intègre le "droit des actes médicaux non thérapeutiques" aussi bien que le "droit des actes médicaux thérapeutiques".

Sont appréhendés par le droit de la biomédecine: l'accès au soin, l'ensemble des interventions dans le domaine sanitaire, du génome humain, de la recherche scientifique, des prélèvements d'organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation. Ainsi, le droit de la biomédecine se distinguerait du droit médical qui, selon certaines approches ou interprétations restrictives, se structurerait autour de la seule "relation thérapeutique" entre le médecin et son patient. Pour *B. Feuillet-Le Mintier* dans le composé "bio/médecine", le terme médecine est prépondérant. Elle considère que "le droit de la biomédecine régit l'utilisation des techniques ou les pratiques qui ont pour objet la conservation ou le rétablissement de la santé, la santé devant être entendue dans sa conception moderne"⁽²⁴⁾.

3. Le droit de la bioéthique: les différentes notions en jeu⁽²⁵⁾

A côté de l'expression "droit de la biomédecine", que recouvre l'expression "droit de la bioéthique" fréquemment utilisée par les spécialistes des libertés publiques et des droits fondamentaux (sur les critiques adressées à l'expression "droit de la bioéthique" v. *supra* 1) ? Lorsque l'on parle du "droit de la bioéthique", différentes notions sont en jeu, à savoir le droit, la déontologie et l'éthique. Un rappel très rapide sur ces notions s'avère donc nécessaire.

Le droit est l'ensemble des règles de conduite extérieures, définies par les hommes pour régir les rapports sociaux, dont le respect est assuré, au besoin, par la contrainte publique.

Le terme de "déontologie", quant à lui, vient du grec *deon-deontos*, le devoir et *logos* le discours. Le mot fut en fait créé par philosophe utilitariste anglais *Jeremy Bentham* (1748-1832), dans le sens général de science de la morale. Le terme fut utilisé en langue française pour la première fois en 1825 dans la traduction de l'ouvrage de *Bentham* intitulé *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et Science*. Le dictionnaire Littré définit la notion comme "la science des devoirs". *La déontologie, dans son acception courante, est l'ensemble des règles de conduite qui s'imposent aux membres d'une profession dans l'exercice de celle-ci*; ainsi on parlera par exemple de la déontologie médicale, de la déontologie infirmière. Un code

(24) FEUILLET-LE MINTIER B. (Dir.). op. cit.; On notera qu'il faut aussi distinguer "droit de la biomédecine" et "droit des biotechnologies" qui réglemente quant à lui les techniques de l'ingénierie mettant en œuvre les organismes vivants.

(25) Développement directement inspiré de FIALAIRE J.; MONDIELLI E. *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris: Ellipses, 2005. p. 206.

de déontologie est “un ensemble textuel structuré et organisé rassemblant les principes énoncés par les règles professionnelles propres à l'exercice d'une profession déterminée”⁽²⁶⁾.

Enfin, L'éthique préconise à l'ensemble des hommes le respect de valeurs (sorte de “morale laïque”). Il convient d'insister sur le rôle fondamental joué en France par le Comité national consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE)⁽²⁷⁾, rôle qui a permis de dire que “la bioéthique [était] venue au secours du droit pour cerner les nouveaux contours du droit de disposer de son corps et du droit à l'intégrité physique”.

Mais quelle différence doit faire entre les notions d'éthique et morale ?⁽²⁸⁾

Morale et éthique ont un sens étymologique commun qui signifie “mœurs”, puisque “éthique” vient du grec “*ethos*”, et “morale” vient du latin “*mores*”. On utilise parfois indifféremment ces deux termes. Toutefois, force est de constater que, dans leur acception contemporaine, ces termes ne sont pas identiques. En ce qui concerne la morale, on distingue l'approche philosophique et l'approche courant.

Traditionnellement, en matière de philosophie morale on distingue deux branches principales: l'éthique normative et la métaéthique. La vocation de la première est “prescriptive”, en ce sens qu'elle a pour objet de dire ce qu'il faut faire, ce qui est bien ou mal, juste ou injuste. La métaéthique est une discipline “descriptive”, en ce sens qu'elle a pour objet, en particulier, de proposer d'identifier les caractères spécifiques du jugement moral par rapport à d'autres formes de jugement d'ordre factuel, esthétique

Pour le philosophe *Ruwen Ogien*⁽²⁹⁾, il y a une troisième discipline subordonnée aux deux autres, l'éthique appliquée qu'il définit comme

la tentative de clarifier l'attitude qu'il conviendrait d'adopter face à des questions concrètes comme la peine de mort, le clonage, l'homoparentalité, la justice sociale, l'avortement, le rapport à l'environnement naturel et aux animaux, l'euthanasie, et d'autres, moins discutées publiquement mais aussi compliquées, comme le lancer de nains⁽³⁰⁾ *ou le préjudice d'être né*⁽³¹⁾.

(26) PEDROT, Ph. (Dir.). *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*. Paris: Ellipses, 2006.

(27) V. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE (CCNE) (France). Accessible en: <<http://www.ccne-ethique.fr/francais/start.htm>>; Pour une approche des rapports entre droit et éthique v. MARTINEZ, E. Les rapports entre de l'éthique et du droit à propos des lois de bioéthiques. *Revue Générale de Droit Médical*, n. especial, p. 114 et s., (Dix ans de lois de bioéthiques en France), 2006.

(28) Cf. MONDIELLI, E. *L'essentiel de la bioéthique et du droit de la biomédecine*. Gualino LextensonEditions, (Coll. Les Carrés), p. 25 et s.

(29) OGIEN R., *L'éthique aujourd'hui*. Folio, 2007. (Coll. Essais).

(30) En référence à l'affaire dite du « lancer de nains » ayant fait l'objet du célèbre arrêt du *Conseil d'Etat*. 27 octobre 1995 *commune de Morsang-sur-Orge* Ass. 27 oct. 1995, rec. p. 372. v. *infra* concernant le principe de dignité de la personne humaine.

(31) En référence à l'arrêt dit « Perruche » rendu par la Cour de Cassation française du 17 nov. 2000 qui suscita de très vives controverses ; Cass Ass. Plén. 17 nov. 2000 n° 99-13.701, C. Labrousse et

Pour appréhender l'approche courante ou habituelle, on peut tout particulièrement se référer à la définition qu'en donne le dictionnaire. On entend par morale "l'ensemble des règles de conduite considérées comme valables de façon absolue"⁽³²⁾. Bref, la morale permet de distinguer ce qui relève du bien ou du mal.

L'éthique, quant à elle, découle d'une réflexion critique sur les situations et les comportements. L'approche proposée par *Christian Hervé*, Professeur de Santé Publique à la Faculté de Médecine Necker-Enfants Malades, qui dirige la formation doctorale d'Éthique médicale et biologique de l'Université René-Descartes (Paris V), permet de bien distinguer morale et éthique. Par opposition à son parallèle latin, "morale", l'éthique suppose pour cet auteur, que l'on s'interroge sur les principes, et qu'on en discute.

Elle s'inspire des pratiques dans sa réflexion. La réflexion éthique ne saurait être le fait exclusif d'une élite. Si, dans le domaine biomédical, elle s'élabore dans toutes les disciplines oeuvrant à la santé, elle se tisse, ensuite, de confrontations et d'échanges, offrant l'exemple même de la multidisciplinarité. De peu de valeur seraient ces échanges et ces travaux, s'ils n'étaient soumis à une évaluation rigoureuse. Les méthodes et les résultats se valident, ici, comme dans tout le champ scientifique. L'Éthique trouve, naturellement, sa source de réflexion dans l'action. Aucune inflexion des pratiques n'est à espérer, en dehors de toute démarche parallèle d'information. Faire et faire savoir est, là comme ailleurs, la clef de l'efficacité⁽³³⁾.

4. Droit médical et droit de la bioéthique⁽³⁴⁾

Habituellement, par droit médical on vise le domaine du droit régissant l'exercice de la médecine. Toutefois, force est de constater qu'il n'y pas de définition de cette branche du droit qui soit unanimement acceptée par l'ensemble des auteurs. Plusieurs conceptions du droit médical ont été développées.

On distingue, tout d'abord une approche, que l'on peut qualifier de classique du droit médical, incarnée notamment en France par *Savatier* et largement acceptée⁽³⁵⁾. Dans son traité de droit médical cet auteur, avec

B. Mathieu, D. 2000 Point de vue, N) 44 ; G. Mémeteau , L'action de vie dommageable Jurisclasseur périodique éd. Générale. 2000, I, n. 279 ; pour une analyse critique v. M. Fabre-Magnan, Avortement et responsabilité médicale, Revue trimestrielle de droit civil . 2001, p. 287.

(32) Le Robert, dictionnaire historique de la langue française, Rey A. (dir.).

(33) INSERM. Accessible en: <<http://infodoc.inserm.fr/ethique/Ethique.nsf/397fe8563d75f39bc12563f60028ec43/3b3eb52f24d1f908c125655900572465?OpenDocument>>.

(34) Cf. MONDIELLI, E. op. cit., p. 29-30.

(35) SAVATIER, R. et al. *Traite de droit medical*. Paris: Editeur Lib. Techniques, 1956.

d'autres, appréhende cette branche du droit comme l'étude des "relations juridiques où est engagé le médecin". Le droit médical est perçu comme s'intéressant essentiellement aux droits et devoirs du médecin vis-à-vis de ses patients et confrères (avec une telle approche, des liens intimes sont tissés entre le droit médical et la déontologie médicale ou l'éthique professionnelle médicale). Dans cette lignée, *Gérard Mémeteau*, dans son ouvrage *Droit médical*⁽³⁶⁾, définit d'ailleurs le droit médical comme ayant "pour objet de définir les règles de conduites des professionnels de santé dans le cadre de leur activité professionnelle et de prévoir la sanction à des manquements sous l'inspiration des principes de la morale médicale qui en constituent une des sources".

On distingue ensuite d'autres approches du droit médical. En effet, certains auteurs (*Tomkin, Hanafin, Van Oosten ...*)⁽³⁷⁾ critiquent l'approche classique comme étant trop étroite, et proposent d'appréhender le droit médical comme étant l'application de la Constitution, de la législation et de la jurisprudence, ainsi que des textes internationaux à la relation médecin/patient, au contexte de cette relation et à toute conséquence qui en découle nécessairement⁽³⁸⁾. Il couvrirait ainsi la réglementation relative aux actes et avis thérapeutiques et à la dispensation des soins en général.

Pour aborder la relation "droit médical", "droit de la bioéthique" et "droit de la biomédecine", l'analyse développée notamment par *Romeo-Casabona* et ainsi que d'autres auteurs, paraît particulièrement intéressante⁽³⁹⁾. Ces auteurs proposent de définir le droit médical comme

les parties de l'ordre juridique concernant la Médecine, autrement dit la profession médicale, et, par extension, d'autres professions de la santé ou apparentées à la santé... Toutefois, au vu du constant élargissement du champ des activités ayant des incidences sur la santé, le droit médical inclut désormais également les effets juridiques de l'application aux être humains de ce que l'on appelle les sciences biomédicales, à savoir non seulement la médecine mais également la biologie (par exemple la génétique), la biochimie, la biophysique, ...

Ils utilisent l'expression "droit biomédical", ainsi que le relève *Herman Nys* dans le *Recueil international de législation sanitaire* de 1998, en considérant que cette discipline, de manière conjointe avec la bioéthique, porte sur les sciences biomédicales et sur l'influence qu'elles exercent sur les êtres humains, le droit médical représentant l'aspect juridique et la bioéthique l'aspect éthique. Le préfixe "bio" ajouterait une dimension

(36) MEMETEAU, G. *Cours de droit médical*. Editeur Etudes Hospitalières, 2006. p. 435.

(37) NYS H., Medical law and health law: from co-existence to symbiosis? In: INTERNATIONAL DIGEST OF HEALTH LEGISLATION, 49, p. 1-18, 1998. v. notamment p. 3-4.

(38) V. Id. Ibid.

(39) Id. Ibid., p. 6.

existentialiste à la médecine. Dans le cadre de cette approche, le droit biomédical engloberait des concepts tant juridiques que médicaux et, par le biais de domaines tels que l'ingénierie génétique, des concepts relevant des sciences biologiques. L'objet du droit biomédical est constitué par l'interaction de ces sciences avec la médecine et le droit.

III. LA BIOETHIQUE EN TANT QUE SCIENCE?

La bioéthique apparaît pour certains auteurs comme une science à part entière: la bioéthique serait une science du droit et un droit de la science⁽⁴⁰⁾.

1. La bioéthique, une science du droit?

Pour ces auteurs, la bioéthique est d'abord une science du droit puisqu' "elle contient des règles de droit qui composent une véritable branche du droit".

Ce qui caractérise principalement la règle de droit c'est son caractère contraignant et obligatoire. Avec les premières lois dites de "bioéthique" de 1994, le législateur consacre les règles internes de bioéthique. En effet, les lois de 1994 ont pris le relais de la *soft law* (avis et recommandations des comités d'éthique) et de la jurisprudence.

De surcroît, les règles légales sont dotées d'une valeur normative non négligeable comme le confirme d'ailleurs la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique (v. par exemple les dispositions intégrées par la loi dans le code pénal qui sont impératives par nature).

Les auteurs, précédemment évoqués, considèrent que la bioéthique constitue une véritable branche du droit. Cette affirmation, nous semble t-il, est plus délicate à soutenir. En effet, pour que l'on soit en présence d'une branche du droit, il faut que des règles qui se rapportent à plusieurs disciplines soient gouvernées par une autonomie permettant de dégager des solutions propres, spécifiques. Or, une des caractéristiques de l'encadrement juridique français en matière bioéthique est son apparent éclatement, les dispositions légales se retrouvant dispersées dans divers codes. Cependant, ces auteurs, pour justifier leur point de vue, relèvent que la matière s'articule autour certains principes généraux posés dans Code civil et le Code pénal et que des dispositions particulières de mise en œuvre de ces principes irriguent essentiellement le Code de la santé publique.

(40) LISANTI C.; RESPAUD J.L. La bioéthique existe-t-elle? *Revue Générale de Droit Médical*, n. spécial (Dix ans de lois de bioéthiques en France), p. 37 et s., 2006.

2. La bioéthique, un droit de la science

Pour ces auteurs, la bioéthique est un droit de la science en ce sens que la bioéthique touche aux aspects de la science en relation avec l'être humain. Parce que "droit de l'humain", il met en place une protection de l'espèce humaine, de la personne humaine, et enfin du corps humain.

Le droit positif français vient à l'évidence confirmer cette analyse. Le code civil français⁽⁴¹⁾ a mis en place tout d'abord une de l'espèce humaine. En effet, l'article 16-4 du Code Civil (C. civ.), issu de la loi de 1994, affirme un principe général d'intégrité de l'espèce humaine, et interdit toute pratique eugénique. On notera toutefois que la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique atténue la portée de ce principe en validant certaines pratiques nouvelles (par exemple la pratique du bébé dit "médicament", v. art. L. 2131-4-1 Code de la santé publique⁽⁴²⁾). Le législateur français a en parallèle organisé une protection de la personne humaine. La protection de la personne humaine résulte des principes de dignité et de respect de l'être humain dès le commencement de la vie (art. 16 et art. 16-1 C Civ.). On notera que la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique a procédé à certaines adaptations, notamment en matière de protection des caractéristiques génétiques d'une personne (art. 16-10 C. Civ.) et d'identification des empreintes génétiques (art. 16-11 C. Civ.). Le droit français met en place une protection des éléments et produits du corps humain au travers de l'affirmation par les lois de 1994 de l'inviolabilité du corps humain et de sa non-patrimonialité (v art. 16-1 et 16-3 C. Civ.). Enfin, la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique a modifié l'article 16-3 al 1^{er} du C. Civ. qui affirme "qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale de la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui".

IV. LES SPECIFICITES DU DROIT DE LA BIOETHIQUE

Les spécificités du droit de la bioéthique sont nombreuses. Construit à partir d'une certaine conception de la place de la personne, ce droit, tout en poursuivant des objectifs communs avec d'autres branches du droit, s'internationalise. Il est également précurseur et prospectif.

— Le droit de la bioéthique est, tout d'abord, un droit qui s'est construit à partir d'une conception particulière de la place de la personne dans l'univers et au sein de la communauté humaine passée, présente et à venir. En effet, il

(41) Pour accéder en ligne au code civil français, v. LEGIFRANCE. Code Civil. Accessible en : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20100508>>.

(42) Pour accéder en ligne au code de la santé publique v. LEGIFRANCE. Code de la Santé Publique. Accessible en : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20100508>>.

se structure et se développe dans une perspective de respect et de protection de la dignité de la personne humaine. Ce principe de dignité, à côté d'ailleurs du principe de liberté de la personne, apparaît comme le "principe matriciel" de la bioéthique pour reprendre une célèbre formule de *N. Lenoir et B. Mathieu*⁽⁴³⁾.

— Deuxièmement, le droit de la bioéthique est un droit qui poursuit simultanément des objectifs, qu'il partage avec d'autres branches du droit comme notamment le droit de l'environnement. Ces objectifs sont les suivants: la maîtrise des risques; l'obligation de protection des droits des personnes; la préservation de l'espèce humaine (les progrès des sciences permettant désormais des modifications génétiques).

— Troisièmement, le droit de la bioéthique est un droit qui s'internationalise. En effet, en raison des objectifs poursuivis, les Etats ont pris très tôt conscience que pour atteindre ces objectifs avec une certaine efficacité, ils devaient coopérer au plan régional et international. C'est la raison pour laquelle, depuis la fin du Deuxième conflit mondial, on a vu progressivement émerger, puis s'affirmer un droit international de la bioéthique, et parallèlement des droits régionaux en matière de bioéthique et de biomédecine⁽⁴⁴⁾.

— Quatrièmement, le droit de la bioéthique apparaît comme un droit "précurseur", en ce sens qu'il s'est développé à partir de sources très nombreuses et variées: actes unilatéraux d'organisations internationales ayant force obligatoire (règlements/directives communautaires), traités internationaux, déclarations, recommandations d'organisations internationales; déclaration ou textes d'ONG comme par exemple l'AMM; comités d'éthique internationaux, européens ou nationaux, ...

— Enfin, le droit de la bioéthique est un droit "prospectif", dans la mesure où il s'efforce de dégager une réponse aux défis que la génétique adresse à l'humanité (la question par exemple du clonage est de ce point de vue emblématique). Dans le cadre de la discussion bioéthique, diverses logiques, parfois contradictoires, entrent en conflit⁽⁴⁵⁾. Cette situation a pour conséquence de rendre difficile la création de normes acceptables et acceptées.

De manière simplifiée, on distingue deux catégories de logiques qui bien que contradictoires doivent être conciliées. Une première catégorie de logiques (que l'on peut qualifier "Logiques A"), est celle qui pousse à franchir

(43) LENOIR N.; MATHIEU B. *Le droit international de la bioéthique (textes)*. Paris: PUF, 1998. p. 16.

(44) Pour un aperçu de cette dimension v. par exemple Ch. BYK (dir.), *Bioéthique et droit international. Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Paris, Litec 2007; v. également LENOIR N.; MATHIEU B. *Le droit international de la bioéthique (textes)*, cit., et LENOIR N.; MATHIEU B. *Les normes internationales de la bioéthique*, cit; pour un aperçu synthétique v. MONDIELLI, E. op. cit., p. 39-62.

(45) MONDIELLI, E. op. cit., p.34-35.

à franchir de nouvelles étapes dans le domaine de la connaissance et de l'économie. Il s'agit en pratique d'une part, de la logique de la recherche et du développement, et, d'autre part, de la logique de valorisation économique. La seconde catégorie de logiques (que l'on peut qualifier "Logiques B") renvoie aux logiques qui cherchent à tempérer les "logiques A"; il s'agit en pratique d'une part, de la logique de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et d'autre part, de la logique de protection de l'environnement. Traductions d'intérêts divergents, ces logiques, quand elles sont à l'œuvre, rendent très difficile la création de normes acceptables et acceptées. Le droit peut être un instrument d'élaboration de telles normes.

En raison du caractère extrêmement rapide des avancées scientifiques et médicales, le droit se doit d'accompagner ces progrès. Pour autant, il ne peut pas être simplement "suiviste". Sa tâche devient par conséquent terriblement difficile à savoir concilier l'inconciliable. Dans le domaine biomédical, la régulation juridique des recherches et des techniques a longtemps été contestée. Le droit rentre parfois d'ailleurs en concurrence avec d'autres systèmes normatifs qui émanent de la communauté scientifique et médicale. Certains praticiens sont même réticents vis-à-vis de législation très pointue et complète. A ce jour, la plupart des acteurs de cette communauté scientifique et médicale s'accordent toutefois sur la nécessité de fixer des règles et des exigences communes. Le grand public de son côté, dans sa grande majorité, demande un encadrement juridique des avancées scientifiques et médicales. La tendance actuelle se caractérise par une présence de plus en plus importante du droit dans le domaine biomédical.

V. LE PRINCIPE DE SAUVEGARDE DE DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE, PRINCIPE MATRICIEL DE LA BIOETHIQUE ET DU DROIT DE LA BIOMEDECINE

Fondement de la protection internationale des droits fondamentaux, et plus particulièrement de toute la réflexion en matière de bioéthique et de biomédecine, le principe de dignité, qualifié de principe matriciel, apparaît particulièrement difficile à cerner et donc à définir. En dépit de cette difficulté, les droits français et européen ont affirmé le caractère indisponible de la dignité de la personne humaine.

1. Le principe de dignité, fondement de la réflexion bioéthique et du "bio-droit"

Toute la réflexion bioéthique et en matière de "biodroit" (bio-law) est fondée sur le principe de dignité. En France, le principe de sauvegarde de la

vie humaine a été constitutionnalisé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC., n. 94-343 DC 27 juillet 1994, Lois "Bioéthiques")⁽⁴⁶⁾. En effet, dans cette décision, le juge constitutionnel a tiré ce principe du texte du Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 1er selon lequel:

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tentés d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyances, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacré par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Pour le Conseil constitutionnel, il ressort de cet alinéa du Préambule que "la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle".

Ce principe de sauvegarde de la dignité humaine est généralement analysé en doctrine comme étant le principe matriciel (Lenoir/Mathieu)⁽⁴⁷⁾ d'où découlent entre autres, les constructions juridiques élaborées pour protéger le corps humain, et plus généralement pour protéger et garantir la primauté de la personne face aux sciences de la vie et à leurs implications.

Définir la dignité humaine est une entreprise qui s'avère particulièrement difficile et délicate, pour ne pas dire périlleuse. En effet, le concept, qualifié souvent de flou, est fréquemment utilisé pour soutenir des revendications contradictoires. L'exemple du débat sur la légalisation de l'euthanasie en est la parfaite illustration: ceux qui sont favorables à une légalisation sous certaines conditions mettent en avant le "droit de mourir dans la dignité" et ceux qui sont hostiles à toute légalisation s'appuient sur le principe de dignité de la personne.

La notion de dignité humaine englobe finalement des notions très disparates: exigence du consentement des patients aux traitements, interdiction des pratiques discriminatoires concernant les patients, principe de non patrimonialité du corps humain ...).

La notion de dignité doit impérativement être distingué de celle d'autonomie, bien qu'entretenant des liens étroits avec cette dernière. Le respect de l'autonomie des personnes certes est une des facettes ou une des

(46) Pour accéder en ligne aux décisions du Conseil constitutionnel v. CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Disponible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>; pour accéder à la décision v. CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994. Accessible en : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1994/94-343/344-dc/decision-n-94-343-344-dc-du-27-juillet-1994.10566.html>>.

(47) Op. cit.

expressions du respect de la dignité de la personne, en ce sens que le respect de leur autonomie est imposé par le respect de leur dignité. Mais, dans le même temps, on se doit de respecter la dignité des personnes qui ne peuvent pas être autonomes moralement (par exemple les nouveaux nés/malades mentaux).

Au plan international, la dignité de la personne humaine constitue le fondement de la protection des droits fondamentaux affirmé par les grands textes internationaux et régionaux (DUDH de 1948, Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, Déclaration universelle sur le génome humain, qualifié de “patrimoine de l’Humanité”, Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l’homme, Convention d’Oviedo, ...). Le principe de dignité s’exprime, en particulier par la reconnaissance de la liberté de la personne.

En droit français, à côté des dispositions du code pénal (v. Chapitre V du CP, *Des atteintes à la dignité de la personne*⁽⁴⁸⁾), la dignité est affirmée par différents textes, notamment l’article 16 du Code civil, issu de l’article 2 de la loi du 29 juillet 1994: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie”; ou l’article L. 1110-2 CSP “la personne malade a droit au respect de sa dignité”.

2. L’indisponibilité de la dignité

L’indisponibilité de la dignité est affirmée par une partie de la doctrine dans la mesure elle est hors commerce. On ne peut renoncer à la dignité car un individu ne peut s’exclure de l’humanité. Cette indisponibilité est consacrée par le droit français (v. par exemple pour les juridictions administratives, *CE. 27 octobre 1995 commune de Morsang-sur-Orge*⁽⁴⁹⁾; et pour les juridictions judiciaires, *CA. Paris 28 mai 1996, X et autres c/ Sté Benetton*⁽⁵⁰⁾) et par le droit européen (v. par exemple *Cour EDH 22 nov. 1995, C. R. c/ Royaume-Uni*⁽⁵¹⁾).

A titre de précision, tout particulièrement à l’attention des lecteurs non juristes, et à titre illustratif, on rappellera que le Conseil d’Etat français dans le très célèbre arrêt commune de Morsang-sur-Orge (affaire dite du “lancer de nains”) a reconnu la légalité des arrêtés d’interdiction des spectacles de “lancer de nains”:

(48) Pour accéder au code de pénal français v. LEGIFRANCE. Code Pénal. Accessible en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20100508>>.

(49) V. supra note 30.; pour accéder à la jurisprudence du Conseil d’Eta v. CONSEIL D’ETA. Accessible en: <<http://www.conseil-etat.fr/cde/>>.

(50) Cour d’Appel de Paris, 28 mai 1996, Dalloz 1996, p. 617, note B. EDELMAN.

(51) Pour accéder aux arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme v. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. Accessible en: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>.

considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la personne humaine;

Le juge administratif a précisé ensuite que:

l'attraction de "lancer de nains" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine.

La dignité de la personne est en effet analysée comme une des composantes de l'ordre public. Cette jurisprudence apparaît fondamentale car il est important de rappeler que dans cette affaire le nain affirmait que ce travail (le fait de participer volontairement au spectacle de "lancer de nain" moyennant une rémunération) constituait pour lui un moyen d'insertion dans la vie professionnelle et invoquait les principes de liberté du travail et de liberté de commerce et d'industrie. Le Conseil d'Etat n'a pas suivi ce type d'arguments et considéra qu'en lui-même ce type d'activité portait atteinte à la dignité de la personne, peu importait que le nain se prête librement à cette exhibition. Le juge administratif a donc raisonné ainsi par rapport à l'idée d'humanité et non en termes de liberté.

CONCLUSION

Aux termes de cette contribution, qui n'avait d'autre ambition que de clarifier la notion même de bioéthique par rapport à diverses notions voisines qui entretiennent des rapports très étroits et intimes avec elle, on soulignera que la question bioéthique devient de plus en plus central dans le débat public, tant sont importants les enjeux sociaux, individuels et économiques. Les évolutions et avancées extraordinaires des sciences de la vie, avec les nouvelles perspectives qu'elles ouvrent, déstabilisent nos schémas traditionnels de pensée. L'homme, grâce à ces progrès, dispose désormais des moyens qui devraient lui permettre de percer les secrets de la vie. La compréhension du langage génétique ouvre des possibilités inimaginables il y a encore quelques décennies, et il devient possible "de corriger" certaines erreurs de la nature comme le montrent, par exemple, les potentialités ouvertes par les thérapies géniques. Mais ces progrès scientifiques et médicaux ont contribué à exacerber toute une série de questions dont fait l'objet le corps humain, et qui ont, de tout temps, été au centre de la réflexion éthique et

juridique: le corps de la personne doit — il être appréhendé comme le prolongement de la personne ou constitue-il une chose ?

Ces progrès de la biologie et des sciences de la vie en ouvrant de nouvelles perspectives d'intervention sur le corps humain nous invitent ainsi à repenser notre relation par rapport au "vivant", notre relation par rapport au corps et à la maladie, par rapport à la reproduction et à la filiation. Ils conduisent plus globalement à nous interroger sur notre responsabilité par rapport aux générations futures. Dans cette tourmente, nos sociétés ont ressenti le besoin, voire la nécessité de se fixer des balises d'ordre éthique. C'est ainsi, par exemple, que la France a été l'un des tous premiers pays à se doter d'un Comité consultatif national pour les sciences de la vie et de la santé, qui a pour mission d'apporter son éclairage aux autorités publiques sur les implications éthiques des évolutions dans le domaine biologique et médical des sciences et des techniques. Mais ces progrès, en bouleversant nos schémas traditionnels de la relation avec la vie, sont source de discussions permanentes. Cette situation a pour conséquence qu'il n'existe pas de consensus sur une croyance ou une éthique dans nos pays. Cette inexistence de consensus constitue par conséquent un obstacle à l'élaboration d'une théorie juridique du droit à la vie qui puisse être acceptée par la majorité des citoyens.

REFERENCES

AZOUX-BACRIE L. (Dir.), *Bioéthique, bioéthiques*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003.

BAUZON S. *La personne biojuridique*. Paris: PUF, Paris, 2006. (Coll. Quadrige).

BINET, R-J. *Le nouveau droit de la bioéthique*, Lexis Nexis LITEC, 2005. (coll. Carré droit).

CODE de déontologie médicale (Poche). Introduit et commenté par René (Ed.) Louis, préface de Paul Ricœur. Seuil, 1996. 205 p. (Coll. Points Essais).

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE (CCNE) (France). Disponible em: <<http://www.ccne-ethique.fr/francais/start.htm>>.

COMITÉ NATIONAL CONSULTATIF D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ. Disponible em: <<http://www.ccne-ethique.fr/>>.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994. Disponible em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1994/94-343/344-dc/decision-n-94-343-344-dc-du-27-juillet-1994.10566.html>>.

_____. Disponible em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>.

_____. Décision n. 74-54 du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Disponible em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1974/7454dc.htm>>.

CONSEIL D'ETA. Disponible em: <<http://www.conseil-etat.fr/cde/>>.

CONVENTION "BIOMÉDECINE" DU CONSEIL DE L'EUROPE. Disponible em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/164.htm>>.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Disponible em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>.

DOSSIER Législatif de l'Assemblée Nationale. Disponible em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/bioethique.aspv>>; <http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/eval_bioethique.asp>; <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i1325-tl.asp>>.

DOSSIER législatif du Sénat. Disponible em: <<http://www.senat.fr/dossierleg/pjl01-189.html>>.

DOSSIER Législatif sur Legifrance. Disponible em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>; <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=412A138D95732EC4945445F372DF2A1A.tpdjo09v_1?idDocument=JORFDOLE000017759387&type=general>.

DURAND, G. *Introduction générale à la bioéthique*. FIDES/Cerf, 1999. 565 p.

FEUILLET-LE MINTIER B. (Dir.). *Normativité et biomédecine*. Paris: Economica, 2003. (Coll. Etudes juridiques).

FIALAIRE J.; MONDIELLI E. *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris: Ellipses, 2005.

HOTTOIS, G. *Qu'est-ce que la bioéthique?* Paris: Vrin, 2004.

INSERM. Disponible em: <<http://infodoc.inserm.fr/ethique/Ethique.nsf/397fe8563d75f39bc12563f60028ec43/3b3eb52f24d1f908c125655900572465?OpenDocument>>.

J. ROY D., WILLIAMS J. R, M. DICKENS; BAUDOUIN J-L. *La bioéthique: ses fondements et ses controverses*. Montréal: Editions du Renouveau Pédagogique, 1995.

LA DOCUMENTATION FRANCAISE. Sur la révision des lois de bioéthique en 2010 v. /Dossier d'actualité — La Documentation française: <[http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossier_actualite/bioethique/ind\(...\)](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossier_actualite/bioethique/ind(...))>.

LEGIFRANCE. Code Civil. Disponible em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20100508>>.

_____. Code Pénal. Disponible em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20100508>>.

_____. Code de la Santé Publique. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20100508>>.

LENOIR N.; MATHIEU B. *Le droit international de la bioéthique (textes)*. Paris: PUF, 1998.

_____; _____. *Les normes internationales de la bioéthique*. Paris: PUF, 1998. (Que-sais-je?, n. 3356).

LISANTI C.; RESPAUD J.L. La bioéthique existe-t-elle? *Revue Générale de Droit Médical*, n. spécial (Dix ans de lois de bioéthiques en France), 2006.

MARTINEZ, E. Les rapports entre de l'éthique et du droit à propos des lois de bioéthiques. *Revue Générale de Droit Médical*, n. especial, (Dix ans de lois de bioéthiques en France), 2006.

MEMETEAU, G. *Cours de droit médical*. Editeur Etudes Hospitalières, 2006.

MONDIELLI, E. *L'essentiel de la bioéthique et du droit de la biomédecine*. Gualino LextensonEditions, (Coll. Les Carrés).

NYS H., Medical law and health law: from co-existence to symbiosis? In: INTERNATIONAL DIGEST OF HEALTH LEGISLATION, 49, p. 1-18, 1998.

OGIEN R., *L'éthique aujourd'hui*. Folio, 2007. (Coll. Essais).

PEDROT, Ph. (Dir.). *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*. Paris: Ellipses, 2006.

SAVATIER, R. et al. *Traite de droit medical*. Paris: Editeur Lib. Techniques, 1956.

VAN RENSSLAER POTTER. *Bioethics: bridge to the futur*, Englewoods Cliffs. New Jersey: Prentice-Hall, 1971. 205 p.

_____. Bioethics, the science of survival. *Perspectives in Biology and Medecine*, n. 14, p. 127-153, 1970.

WORLD MEDICAL ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.wma.net/en/10home/index.html>>.