

**RFDA 1994 p. 1019****Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science  
A propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 (1)****Bertrand Mathieu, Professeur à la Faculté de droit de Dijon ; Responsable du Groupe d'études constitutionnelles appliquées et comparées**\*  
\*\*

La décision du Conseil constitutionnel concernant les lois relatives à la bioéthique aurait pu être remarquable à plus d'un titre, elle est décevante à certains points de vue.

Elle présente, sous l'aspect formel, un certain nombre de caractéristiques qui peuvent être relevées.

D'abord, cette décision unique, mais affectée de deux numéros (343 et 344) porte sur deux lois : l'une relative au respect du corps humain, l'autre au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (2).

L'examen de cette loi résulte non seulement de la saisine de soixante-neuf députés, mais aussi du président de l'Assemblée nationale. Cette dernière saisine est originale car elle vise « eu égard à la portée déterminante de ces textes pour la mise en œuvre de libertés et de droits fondamentaux qui procèdent de principes et de règles à valeur constitutionnelle » à ce 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 édictent » (3). Aucun grief spécifique d'inconstitutionnalité n'est invoqué par le président Seguin (4).

Par ailleurs, comme dans la décision 325 DC (5), un considérant, sous forme de prologue à l'examen de la loi, énumère les normes de constitutionnalité applicables au contrôle de la loi déferée (6). Il est possible de considérer qu'une telle présentation est dorénavant employée, lorsque le Conseil est amené à examiner l'ensemble d'une loi qui, en outre, traite d'une question fondamentale (le statut des étrangers en France ou la bioéthique). En ce sens, alors que depuis 1993, le Conseil se borne généralement à se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions contestées et ne délivre plus systématiquement, dans le cadre du contrôle de la loi ordinaire, un brevet global de constitutionnalité au texte déferé, dans la présente décision, comme dans celle relative aux étrangers, il examine l'ensemble du texte législatif.

Ces quelques remarques de procédure et de forme apportées, il convient de s'attacher à examiner le contexte dans lequel ces lois ont été édictées et de relever l'importance des questions traitées.

Les trois lois relatives à la bioéthique ont fait l'objet d'une longue maturation. Leur examen a été commencé à l'Assemblée nationale le 19 novembre 1992 et achevé au Sénat le 23 juin 1994. Les débats parlementaires ont été riches et les clivages politiques se sont souvent effacés devant l'importance des questions morales et scientifiques soulevées. Un rapport rédigé par le professeur Mattéi, député en mission, à la demande du Premier ministre est venu enrichir la discussion (7). De nombreux débats ont eu lieu pour savoir si le législateur devait légiférer ou s'il fallait s'en remettre à la déontologie du Comité d'éthique et des médecins (8). Mais révolution rapide de la science et des questions éthiques en découlant (9) ont imposé de légiférer. Parmi les questions traitées : les conséquences de la fécondation *in vitro* sur l'embryon et sur le droit de la famille, les dons d'organes et le statut du corps humain, qui entre pour la première fois dans le code civil, le diagnostic prénatal (ou préimplantatoire) sur l'embryon et les manipulations génétiques.

La saisine du Conseil constitutionnel par le président de l'Assemblée nationale était, dans ce contexte, particulièrement opportune. Il demandait au Conseil constitutionnel, non seulement d'apprécier la constitutionnalité des dispositions législatives votées, mais aussi de dégager les normes constitutionnelles applicables, y compris celles qui pourraient être reprises dans le texte de loi. Cela revenait en fait à considérer que certaines de ces dispositions avaient valeur constitutionnelle.

La décision du Conseil constitutionnel apparaît, à ce titre, décevante. Cette appréciation ne résulte pas de considérations éthiques ou morales, mais du fait que, de cette décision, se dégagent des normes constitutionnelles imprécises, dont le respect fait l'objet d'un contrôle restreint et dont relèvent des principes incertains.

Enfin, en guise d'observation préliminaire à cette étude, il convient de relever qu'en la matière, il est tentant pour le juriste de défendre ses convictions morales sous le manteau de l'analyse juridique. Sans renoncer à toute observation relevant de l'éthique ou de la morale, notions auxquelles le juriste ne peut rester parfaitement étranger, il est cependant impératif de s'efforcer de ne pas encombrer l'analyse proprement dite de telles considérations.

**Des normes constitutionnelles imprécises dont le respect fait l'objet d'un contrôle restreint**

Dans un considérant, préambule à sa décision, le Conseil constitutionnel fixe les normes de constitutionnalité applicables. Cette détermination présente un double intérêt, d'une part, et sur la base du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel dégage un nouveau principe constitutionnel : la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, d'autre part, le Conseil utilise un principe souvent évoqué, la liberté individuelle, en le rattachant à un autre fondement que celui auquel il se réfère habituellement : la Déclaration de 1789. On remarquera cependant que l'explicitation de ces principes et de leur conciliation est assez sommaire (10), que d'autres principes constitutionnels auraient pu être évoqués et que le Conseil limite l'étendue et la portée du contrôle qu'il opère sur les dispositions soumises à son examen.

**Les normes constitutionnelles retenues****Le droit à la dignité**

Sur le fondement de la phrase préliminaire du Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame qu'« au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame, à nouveau, que tout être humain [...] possède des droits inaliénables et sacrés », le Conseil déclare que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle.

La reconnaissance du droit à la dignité est présente dans un certain nombre de textes de droit international et se trouve

inscrite dans certaines constitutions ou textes à valeur constitutionnelle.

Il en est ainsi de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et de la Déclaration des libertés et des droits fondamentaux adoptée par le Parlement européen le 12 avril 1989 (11).

La Charte québécoise des droits et libertés des personnes exprime le droit à la dignité (12). L'article premier de la Loi fondamentale de République fédérale d'Allemagne précise que la dignité de l'être humain est intangible. L'article 23 de la Constitution belge du 17 février 1994 prévoit que chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. En Espagne (art. 10 de la Constitution), comme au Portugal (art. 1<sup>er</sup> de la Constitution), la dignité de la personne humaine est l'un des fondements du système politique et social. En revanche, en Italie, la notion de dignité est évoquée dans un sens un peu différent, il s'agit de la dignité sociale (13). En Suisse, la protection de la dignité humaine a été introduite dans la Constitution fédérale le 17 mai 1992.

En France, le droit à la dignité ne figure expressément dans aucun texte constitutionnel et le Conseil constitutionnel ne s'y était jusqu'à présent jamais référé. Dans la perspective, notamment de l'évolution du droit de l'éthique biomédicale, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution avait souhaité inscrire dans le texte constitutionnel le droit de chacun à la dignité de sa personne (14), preuve, s'il en est besoin, que ce droit ne figurait pas déjà, de manière évidente, dans le bloc de constitutionnalité. Lors des débats sur le projet de loi relatif au respect du corps humain, le respect de la dignité humaine est invoqué comme l'un des objectifs du texte (15).

Fonder sur la phrase préliminaire du Préambule de 1946 le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine peut sembler quelque peu audacieux. En effet, les droits inaliénables et sacrés à nouveau proclamés renvoient (dans une conception plus large que celle qui prévaut en 1789) aux droits reconnus par la Déclaration de 1789, par les lois de la République et à ceux particulièrement nécessaires à notre temps (16). Or, aucun de ces droits n'est relatif aux questions de bioéthique dont il s'agit. Cependant la démarche est historiquement concevable. En effet, la dégradation de la personne humaine invoquée dans le Préambule de 1946 renvoie nécessairement et entre autres, aux expériences « médicales » et eugéniques conduites sous l'égide de l'Allemagne nazie. En outre, c'est la dignité de la personne humaine plus que celle de l'homme ou de l'individu qui doit être affirmée (17). Enfin, la condamnation constitutionnelle de la dégradation de la personne humaine entraîne nécessairement la reconnaissance de sa dignité.

Alors même qu'en l'espèce, le Conseil tire de cette reconnaissance des conséquences relativement limitées (cf. *infra*), l'affirmation est cependant importante car elle permettrait, dans l'avenir, au juge constitutionnel de censurer des dérives qu'il estimerait manifestement erronées.

### La liberté individuelle

La reconnaissance de la liberté individuelle comme principe constitutionnel fait partie d'une jurisprudence classique du Conseil constitutionnel. Elle est expressément affirmée dans la décision 75 DC du 12 juin 1977 (18). Les fondements de cette liberté sont des lois de la République (que le juge ne cite pas) et l'article 66 de la Constitution de 1958 qui prescrit que sa protection est assurée par l'autorité judiciaire.

Dans la présente décision le juge constitutionnel affirme que la liberté individuelle est proclamée par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Cette substitution de source n'est pas dépourvue d'effets potentiels et suscite un certain nombre d'interrogations (19).

En ne se bornant pas à interpréter la notion de liberté individuelle, inscrite à l'article 66 de la Constitution comme traduisant le concept de sûreté, le juge constitutionnel avait retenu une acception large de cette notion. Puis sa jurisprudence avait peu à peu distingué la liberté individuelle, dont la protection incombe au juge judiciaire, d'autres libertés de l'individu, telle la liberté personnelle ou la liberté d'entreprendre, fondées quant à elles sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et dont la protection ne relevait pas nécessairement du juge judiciaire (20). Cette distinction a pu sembler être remise en cause par la décision 325 DC (relative à la loi sur la maîtrise de l'immigration) (21).

L'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame l'égalité en droit, l'article 2 le caractère naturel et imprescriptible de la liberté et l'article 4 définit la liberté comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Affirmer que la liberté dont il s'agit est la liberté individuelle conduit alors à ce que cette liberté englobe l'ensemble des libertés de l'individu, tout du moins celles qui ne sont pas expressément prévues par un autre texte constitutionnel, et perde toute spécificité, notamment quant à sa protection par le juge judiciaire. Ainsi, par exemple la liberté d'entreprendre (22) devrait être incluse dans la liberté individuelle.

On relèvera qu'il existe une filiation entre la présente décision et celle du 15 janvier 1975 (54 DC), relative à l'interruption volontaire de grossesse. Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel avait affirmé que la loi soumise à son examen respecte la liberté des personnes dès lors qu'elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé par l'article 2 de la Déclaration de 1789. Mais alors, le Conseil constitutionnel parle de liberté et non de liberté individuelle. La notion de liberté, en cause dans ces deux décisions, est aussi bien celle de liberté individuelle (dans le sens que le Conseil constitutionnel lui donnait dans sa précédente jurisprudence), que celle de liberté personnelle (c'est-à-dire le droit de ne pas subir des contraintes excessives). Or, dans la décision commentée, la liberté individuelle peut être considérée comme l'expression de la liberté telle que le terme est employé dans la Déclaration de 1789. Sauf à considérer, ce qui obéirait à une certaine logique, mais la rédaction de la décision (la liberté individuelle est proclamée par...) n'y incite guère, que la liberté telle qu'elle est proclamée en 1789 engendre la liberté individuelle, mais aussi d'autres libertés de l'individu distinctes. Le recours à la Déclaration de 1789 plutôt qu'à un principe fondamental reconnu par les lois de la République solennise l'affirmation de la liberté individuelle mais pose un certain nombre de problèmes. En effet, la précédente jurisprudence du Conseil avait reçu l'aval de nombreux commentateurs qui affirmaient qu'elle respectait le texte de 1789 (23) et qu'elle dissipait toute équivoque en montrant que l'autorité judiciaire protège non seulement la sûreté, mais aussi une liberté individuelle de portée plus large (24).

Si l'on trace des perspectives, hasardeuses, à partir de cette nouvelle jurisprudence, on peut considérer qu'une interprétation stricte de l'article 66 de la Constitution et une interprétation très large de la liberté individuelle, pourraient, au terme d'une évolution jurisprudentielle imaginée, conduire à limiter la compétence exclusive du juge judiciaire aux atteintes à la sûreté au sens de la Déclaration de 1789. Ou encore, et la perspective est peut-être moins aléatoire, à réserver au juge judiciaire la connaissance des atteintes graves à la liberté individuelle, comme le Conseil constitutionnel l'a déjà admis pour les étrangers (25), et comme il le fait en matière de propriété (26). Cette évolution, qu'il est prématuré de dessiner, s'inscrirait alors dans le sens de l'atténuation de l'exigence d'une intervention du juge judiciaire et du renforcement de l'exigence d'une intervention d'une autorité juridictionnelle en matière de libertés.

En revanche, l'affirmation selon laquelle la liberté individuelle doit être conciliée avec d'autres principes à valeur constitutionnelle est classique (27). Elle pourrait s'appuyer sur l'article 5 de la Déclaration de 1789 (que le Conseil ne cite pas). Elle résulte plus généralement du fait qu'aucun principe constitutionnel n'est absolu et que le législateur doit opérer une conciliation entre eux. On relèvera cependant que ce rappel n'est formulé qu'en ce qui concerne la liberté

individuelle et que le Conseil ne précise pas, dans la suite de sa décision, quels sont, en l'espèce, les autres principes en cause. On peut alors supposer que certaines dispositions des lois examinées portent atteinte à la liberté individuelle, mais que ces atteintes sont justifiées au nom d'autres principes... peut-être la dignité.

### **Les droits de la famille et de l'individu aux conditions nécessaires à leur développement et à la santé**

Il s'agit du droit de la famille et de l'individu aux conditions nécessaires à leur développement et du droit de tous, notamment la mère et l'enfant, à la protection de la santé, affirmés par le Préambule de 1946.

La reconnaissance de ces droits ne présente pas en elle-même et dans cette décision de spécificité <sup>(28)</sup>. C'est l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel, quant à la définition de la famille et au droit de la filiation, qui retiendra par la suite notre attention (cf. *infra*). On relèvera seulement que le Conseil constitutionnel aurait pu rappeler dans l'explicitation de ces droits, le droit à une vie familiale normale. Il n'est pas, dans la matière qui nous intéresse, dénué de toute portée.

### **La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel**

« Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, en l'état des connaissances et des techniques, des dispositions ainsi prises par le législateur. »

Cette formule résume, en la matière, la position du Conseil. Elle est assez fréquemment usitée <sup>(29)</sup>. Elle exprime l'exercice par le juge constitutionnel d'un contrôle minimum, elle a en particulier été utilisée dans la décision de 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. Ici, cependant, ce contrôle est restreint, au regard de l'état des connaissances et des techniques. La portée du contrôle est donc susceptible d'évoluer. Cette référence à l'« état », qui justifie le contrôle minimum, se trouve déjà dans la décision de 1975 <sup>(30)</sup>. L'arbitrage n'est donc pas définitif.

De manière générale, le contrôle opéré, dans cette décision, par le Conseil constitutionnel, est particulièrement limité : d'une part les normes constitutionnelles de référence sont en nombre restreint, d'autre part, certaines dispositions législatives, dont la constitutionnalité mérite d'être au moins discutée, ne sont pas examinées.

Alors même qu'il est difficile de trouver dans les textes constitutionnels des principes susceptibles de s'appliquer à la bioéthique, il eût été possible au juge d'interpréter plus largement certains principes à portée générale. Ainsi, par exemple, si le droit naturel ne peut en tant que tel être utilisé comme norme de référence <sup>(31)</sup>, le juge n'aurait pas toujours eu un grand effort à faire pour considérer que tel texte à valeur constitutionnelle est en fait le vecteur d'un droit naturel, qu'il exprime ce droit et lui confère ainsi valeur constitutionnelle <sup>(32)</sup>. Par ailleurs, et encore à titre d'exemple, à propos de l'interdiction d'établir une filiation entre un enfant né d'un don d'embryon et ses ascendants génétiques, le juge constitutionnel aurait pu s'interroger sur la question de savoir s'il existe un droit à connaître ses origines, qui pourrait être rattaché au droit de mener une vie familiale normale et qui pourrait devoir être concilié avec un droit à la stabilité familiale déduit de la même source. Le Conseil aurait pu se prononcer sur la constitutionnalité du consentement présumé en matière de dons d'organe *post mortem*, alors que le Conseil d'Etat considère que le respect dû à la personne humaine se prolonge au-delà de la mort <sup>(33)</sup>, et que pourrait être invoqué un principe de solidarité <sup>(34)</sup>. Les examens génétiques ne sont pas pris en considération au regard du respect dû à la vie privée <sup>(35)</sup>. Il en est de même des différences de conditions, pour qu'il puisse être procédé à une assistance médicale à la procréation, entre les couples mariés et les couples non mariés <sup>(36)</sup>, au regard du principe d'égalité entre la famille naturelle et la famille légitime. Enfin, la disposition législative interdisant la réimplantation d'un embryon conçu par un couple, en cas de décès du père, aurait mérité d'être examinée au regard du principe de la liberté individuelle <sup>(37)</sup>.

Si le Conseil constitutionnel affirme que l'ensemble des dispositions de ces lois « mettent en oeuvre en les conciliant, et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables », cette affirmation manque pour le moins d'un étayage suffisant.

### **Des normes constitutionnelles dont relèvent des principes incertains**

Aux normes constitutionnelles posées au début de la décision, le Conseil constitutionnel rattache un certain nombre de principes dont la valeur et la portée sont incertaines.

### **Des principes dont la valeur est incertaine**

Appelé par la saisine du président de l'Assemblée nationale à examiner l'ensemble des dispositions des lois qui lui sont soumises, le Conseil constitutionnel, dans un considérant qui tient lieu d'épilogue, considère que certains des principes affirmés par le législateur tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

En effet, la loi relative au respect du corps humain inscrit dans le code civil un certain nombre de principes que le législateur juge fondamentaux. Ces principes sont la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain, l'intégrité de l'espèce humaine et l'interdiction de toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes.

Il s'agit de principes auxquels certains parlementaires reconnaissent une valeur constitutionnelle implicite ou qu'ils proposent d'inscrire ultérieurement dans une déclaration des droits <sup>(38)</sup> et auxquels le président de l'Assemblée nationale invite implicitement le Conseil constitutionnel à reconnaître valeur constitutionnelle.

Le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas expressément valeur constitutionnelle à ces principes. Il considère seulement qu'ils tendent à assurer le respect d'un principe constitutionnel, et qu'ils le mettent en oeuvre de manière adéquate. Il ne s'agit pas à proprement parler de droits constitutionnels dérivés <sup>(39)</sup> (ce qu'est le droit à la dignité), mais de principes nécessaires à la mise en oeuvre d'un droit constitutionnellement reconnu. Le flou entretenu sur la valeur de ces principes introduit encore plus de complexité dans la structure des droits et principes constitutionnels dont relèvent à la fois des principes qui bénéficient d'une protection renforcée (par exemple le droit à la libre communication, Déc. 181 DC), ceux qui bénéficient d'une protection atténuée (par exemple le droit de propriété), les objectifs à valeur constitutionnelle <sup>(40)</sup> et... les principes nécessaires à la mise en oeuvre d'un principe constitutionnel.

Si l'on regarde plus précisément le contenu de ces principes, l'ambiguïté ne se dissipe pas. Ainsi, par exemple, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie semble avoir valeur constitutionnelle depuis la décision de 1975 (54 DC). Par ailleurs, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'inviolabilité, de l'intégrité et de l'absence de caractère patrimonial du corps humain serait particulièrement nécessaire, alors que le juge judiciaire a partiellement affirmé ces principes sur la base de l'article 1128 du code civil <sup>(41)</sup>. *A contrario*, la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à l'intégrité de l'espèce humaine serait surprenante alors que le Conseil constitutionnel affirme que la protection du patrimoine génétique de l'humanité n'est consacrée par aucun principe ou disposition à valeur constitutionnelle.

Enfin, alors que la loi interdit toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes <sup>(42)</sup>, ce principe n'est pas relevé par le Conseil parmi les principes corollaires de la dignité de la personne humaine ; pourtant, peut-être plus que tout autre, il s'y rattache <sup>(43)</sup>. A ce propos, les députés requérants sollicitaient, audacieusement, du Conseil constitutionnel qu'il déclare que la protection du patrimoine génétique de chaque être humain et de l'humanité dans son ensemble, est un principe constitutionnel particulièrement nécessaire à notre temps. Ils contestaient, sur la base de ce principe, la possibilité de pratiquer une sélection des embryons par destruction de ceux produits en surnombre dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. Le Conseil constitutionnel, qui ne pouvait bien évidemment reconnaître *ex nihilo* un tel principe, admet, implicitement, qu'une sélection d'embryon n'est contraire à aucun principe constitutionnel. Il y a en ce domaine une lacune constitutionnelle <sup>(44)</sup> à combler, à moins qu'elle ne le soit par le droit européen <sup>(45)</sup>, ou que le Conseil constitutionnel rattache ce principe à celui de l'intégrité de l'espèce... dont la valeur est très incertaine.

Quant à la dignité de la personne humaine, qui figure avec les autres principes cités dans le texte de la loi, elle est expressément élevée au rang constitutionnel (cf. *supra*).

Abstraction faite de ce dernier principe, et alors même que les autres principes énumérés se verraient reconnaître une valeur constitutionnelle comme consubstantiels au principe de dignité, leur protection sera plus faible. En effet il est difficile de dire que la dignité de la personne humaine est un principe dont la portée peut être limitée (d'ailleurs, à son propos, le Conseil ne parle pas de conciliation avec d'autres principes). En revanche, la dignité de la personne humaine pourra, par ricochet, être mise en cause, au travers de dérogations à des principes qui en sont le corollaire.

### **Des principes dont la signification est incertaine**

La manière dont le Conseil apprécie *in concreto* la constitutionnalité des dispositions législatives qu'il examine, au regard des principes posés conduit également à relever la grande prudence du juge constitutionnel et le caractère souvent elliptique de son raisonnement. Ces questions relèvent plus spécialement d'une part du droit à la vie et d'autre part de la notion de famille et du droit qui lui est applicable.

#### **Le droit à la vie**

La question de la valeur et de la portée du droit à la vie n'est inconnue ni de la jurisprudence constitutionnelle française ni d'un certain nombre de jurisprudences étrangères. C'est en matière de bioéthique la seule question jusqu'alors constitutionnellement traitée au travers du problème de l'avortement, son enjeu moral et social est considérable. Elle fait l'objet de polémiques parfois violentes, auxquelles répondent la prudence du législateur et, plus encore, celle du juge. Néanmoins la décision commentée est importante sur ce point, en ce qu'elle reconnaît que certains embryons ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle.

A rencontre d'une disposition législative prévoyant que certains embryons congelés, produits en surnombre dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, peuvent, dans certains cas <sup>(46)</sup>, être détruits, les députés requérants invoquaient le droit à la vie tel qu'il est, selon eux, reconnu implicitement par les textes constitutionnels (Déclaration de 1789 et Préambule de 1946) et par le juge constitutionnel en 1975, ainsi que par les constitutions de plusieurs états occidentaux et la Convention européenne des droits de l'homme. Ils arguaient également de l'inconstitutionnalité, pour le même motif, de l'autorisation d'opérer des diagnostics prénataux afin de déceler des affections d'une particulière gravité, ces diagnostics pouvant déboucher sur un recours à l'avortement et à une sélection par destruction d'êtres humains potentiellement handicapés. Une telle disposition aurait, par ailleurs, été affectée d'une inconstitutionnalité tenant à la rupture de l'égalité entre des êtres humains selon leur héritage génétique et leur capital de santé <sup>(47)</sup>.

Le Conseil constitutionnel, après avoir relevé que la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* sont assorties de nombreuses garanties, considère que le législateur a pu estimer que ne doit pas être assurée en toute circonstance et pour une durée indéfinie la conservation de tous les embryons déjà formés, que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur est pas applicable, non plus par conséquent que le principe d'égalité, et ce, sans violer aucun principe constitutionnel. Il remarque également que les dispositions relatives au diagnostic prénatal n'autorisent aucun cas nouveau d'interruption volontaire de grossesse.

#### **Le droit à la vie : éléments de droit comparé**

Concernant la question de l'avortement et du droit à la vie, les juges constitutionnels européens sont hésitants et affichent des conceptions sensiblement différentes.

En Allemagne, le juge constitutionnel <sup>(48)</sup> a censuré une loi autorisant l'avortement pendant les douze premières semaines, aux motifs que la Loi fondamentale reconnaît à la vie de l'enfant à naître une valeur au moins égale à celle de la femme et que la dignité de la vie humaine vaut déjà pour la vie non enfantée. Il en a conclu que l'avortement était inconstitutionnel, mais que sa pratique pouvait être dépenalisée dans certains cas.

L'embryon est également protégé en Espagne, au Portugal et en Italie. Dans la plupart des Etats, on admet que les droits de l'embryon doivent être conciliés avec le droit non seulement à la vie, mais aussi à la santé de la mère. Mais ces droits ne sont pas équivalents (formule italienne) et la vie humaine *intra* utérine est moins protégée que la vie humaine d'une personne née (formule portugaise) <sup>(49)</sup>.

Certaines constitutions récentes s'intéressent à cette question.

En Espagne, lors de la rédaction de l'article 24 de la Constitution, il fut substitué à la formule « la personne a droit à la vie », celle plus complète, selon laquelle « tous ont droit à la vie », afin que l'embryon, qui n'est pas considéré comme une personne, puisse être protégé <sup>(50)</sup>.

En Irlande, l'article 40 de la Constitution reconnaît clairement le droit à la vie de l'enfant à naître, mais également le droit à la vie de la mère (8<sup>e</sup> amendement de 1983). En 1992 (13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> amendement), le constituant a admis que les Irlandaises puissent être informées des services d'interruption volontaire de grossesse existant à l'étranger et qu'elles puissent voyager pour avorter.

Aux Etats-Unis d'Amérique, où l'avortement est considéré comme un droit pour la mère, la Cour suprême admet que le fœtus en gestation puisse être considéré comme un être humain potentiel, mais non comme une personne dotée de droits constitutionnels (arrêt *Roe v. Wade* de 1973). Dans une décision récente du 29 juin 1992 (*Planned Parenthood of South Eastern of Pennsylvania v. R. P. Casey*) la Cour suprême reconnaît le droit pour la femme de choisir l'avortement avant la date de viabilité du fœtus et de l'obtenir sans intervention injustifiée de l'Etat, alors qu'après la période de viabilité, l'Etat peut limiter le droit à avorter, sous réserve de la protection de la santé et de la vie de la mère. En tout état de cause, l'Etat a des intérêts légitimes depuis le début de la grossesse à protéger la santé de la femme et la vie du fœtus, qui peut devenir un enfant <sup>(51)</sup>.

## **Le droit à la vie dans la jurisprudence constitutionnelle française antérieure à la décision commentée**

En France, le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du respect de tout être humain dès le commencement de la vie (Déc. 54 DC du 15 janvier 1975). En effet, le Conseil n'admet la validité des dispositions qui lui sont soumises et qui autorisent dans certains cas l'avortement, que parce que la loi rappelle ce principe et n'accepte qu'il lui soit porté atteinte qu'en cas de nécessité et selon certaines conditions (52). Dans le même sens, le Conseil d'Etat, admet que le droit de toute personne à la vie concerne l'embryon, mais ne le fait bénéficier que d'un droit à la vie relatif (53).

La femme ne dispose donc pas d'un droit constitutionnel à avorter à valeur constitutionnelle ; au contraire l'interdiction de l'avortement fondée sur le respect du droit à la vie est un principe constitutionnel qui peut voir sa portée atténuée dans certains cas (54). Le Conseil constitutionnel a cependant admis la dépénalisation de l'avortement opéré par la femme sur elle-même, ce qui aurait pu être considéré comme privant de garanties légales le droit à la vie (Déc. 317 DC) (55).

### **Selon le Conseil constitutionnel, l'embryon non implanté n'est pas un sujet de droits constitutionnels**

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel, pas plus qu'en 1975, n'indique expressément que le droit de tout être humain au respect de sa vie dès le commencement (56) est un principe constitutionnel. Il est cependant permis de penser qu'il est reconnu comme tel (57).

En revanche, le Conseil constitutionnel admet que le législateur écarte l'embryon non implanté du champ d'application de ce principe. Ces embryons ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle, le législateur peut donc théoriquement tout prévoir les concernant (58). En l'espèce, l'embryon n'est écarté de la protection constitutionnelle que sous deux conditions : la première concerne l'état des connaissances et des techniques (59) ; la seconde tient à ce que le Conseil constitutionnel, sans se prononcer sur d'autres cas, ne vise que les embryons conçus *in vitro* et non implantés.

Les justifications, ou tout du moins les explications, qui peuvent être données à cette distinction entre embryons implantés et embryons non implantés, ressortissent de l'intention du législateur.

La reconnaissance de la nécessité d'une protection pour l'embryon, potentialité de personne, est très présente dans les travaux préparatoires de la loi. En revanche, et malgré l'insistance de certains parlementaires (60), le législateur refuse d'accorder un statut à l'embryon, essentiellement car la définition de l'embryon est scientifiquement incertaine (61) et surtout pour une raison pratique : ce statut remettrait en cause l'utilisation du stérilet comme méthode contraceptive (62). C'est aussi le fait que la vie est un processus continu qui conduit à ne pas donner à l'embryon un statut spécifique, pas plus qu'à l'enfant ou au vieillard (63).

Il est alors quelque peu paradoxal de reconnaître un droit à la protection de la vie dès son commencement, d'affirmer que la vie est un processus continu dont l'origine est la fécondation d'un ovule par un spermatozoïde, et d'écarter certains embryons de ce droit.

Le problème de l'existence d'embryons surnuméraires est assez largement discuté, notamment au Sénat. Ainsi les sénateurs proposent-ils que les couples, acceptant de tenter une fécondation d'un nombre d'ovocytes supérieur à celui des embryons implantés en une seule fois, prennent l'engagement écrit d'implanter tous les embryons ainsi conçus dans le délai de cinq ans (64). Cette obligation est rejetée par l'Assemblée nationale, puis en commission mixte paritaire (65).

A partir du moment où existent des embryons surnuméraires, il convient de s'interroger sur leur destinée. Si le législateur permet la destruction, sous certaines conditions, d'embryons qui ne font plus l'objet d'un projet parental, c'est donc qu'il considère, comme le relève implicitement le Conseil constitutionnel, que ces embryons ne sont pas des sujets de droit, mais des objets.

Cette différence entre l'embryon implanté, sujet de droit, et l'embryon non implanté, objet du droit, est sous-jacente dans un certain nombre d'analyses. Ainsi, selon G. Braibant, l'embryon devient sujet de droit s'il est implanté (66). Pour J. Robert « l'affirmation de la loi du 17 janvier 1975 selon laquelle la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie vise l'embryon tel que l'envisage un projet d'interruption volontaire de grossesse, c'est-à-dire faisant corps avec sa mère » (67).

En Suisse, la Constitution fédérale, telle que modifiée le 17 mai 1992, prévoit, afin d'éviter de tels problèmes, que « ne peuvent être développés hors du corps de la femme et jusqu'au stade de l'embryon, que le nombre d'ovules humains pouvant être immédiatement implantés ».

Alors même qu'on admet la création d'embryons surnuméraires et d'autre part leur destruction, le raisonnement du Conseil constitutionnel aurait pu être autre. 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, il aurait pu, dans 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, 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 (68), à l'embryon implanté et au fœtus viable, par une conciliation différemment dosée des principes constitutionnels en cause (69).

En ce qui concerne la protection de l'intégrité de l'embryon, le Conseil constitutionnel ne répond pas directement aux députés auteurs de la saisine, il relève seulement que le législateur prévoit que les études qui pourront être menées, sous certaines conditions, sur des embryons non implantés, ne pourront pas porter atteinte à l'embryon (70). En effet, il peut difficilement reconnaître à ces embryons le droit à l'intégrité alors qu'il ne les considère pas comme constitutionnellement sujets de droit (71).

## **Le droit de la famille**

Un certain nombre des dispositions de la loi sont contestées en ce qu'elles portent atteinte au droit de la famille. Il en est ainsi des dispositions qui concernent la possibilité pour un couple d'accueillir l'embryon de tiers donneurs. Cette disposition est attaquée en ce qu'elle serait contraire à la conception de la famille telle qu'elle est reconnue par le Préambule de 1946. L'anonymat du don d'embryon tant à l'égard des parents biologiques et des parents d'accueil, que de l'enfant, est considéré comme contraire au droit de l'enfant à son développement et au droit de l'enfant à connaître sa filiation, le droit à l'identité étant un droit fondamental, nécessaire au libre épanouissement de la personnalité de l'enfant et donc à sa santé.

L'interdiction d'établir un lien de filiation en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation, est également contestée en ce qu'elle serait contraire au principe de la

responsabilité personnelle issue de l'article 1382 du code (responsabilité de celui qui donne la vie) et à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, acquis depuis la loi du 16 novembre 1912, selon lequel l'enfant peut toujours rechercher la paternité hors mariage si les conditions légales sont réunies.

Le Conseil constitutionnel rejette tous ces griefs, en considérant, d'une part qu'aucune disposition du Préambule de 1946 ne fait obstacle à ce que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons dans les conditions prévues par la loi et que, d'autre part, l'interdiction faite aux enfants ainsi conçus de connaître l'identité des donneurs n'est pas contraire à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par le Préambule de 1946 et, enfin, que la loi ne régit pas les conditions d'attribution de la paternité en cas de procréation médicalement assistée et qu'aucune disposition constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci.

### **L'élargissement de la notion de famille**

La famille est une entité reconnue par le Préambule de 1946. A plusieurs reprises le Conseil constitutionnel s'est référé à ce texte (72).

A la différence du code civil, la Constitution reconnaît de la même manière la famille légitime et la famille naturelle (73). En admettant que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons, le Conseil constitutionnel reconnaît que la notion de famille, constitutionnellement protégée, concerne également la famille « artificielle », c'est-à-dire celle où les enfants n'ont pas de liens génétiques avec leurs parents. Cette analyse est difficilement contestable à partir du moment où l'adoption crée un système familial, sur ce point, similaire, et ce, d'autant plus que la procréation médicalement assistée s'inscrit dans le cadre d'un projet parental entre un homme et une femme, formant un couple stable, vivant et en âge de procréer.

### **Le droit de filiation**

Ce droit est particulièrement bouleversé par l'impossibilité légale d'établir un lien de filiation entre un enfant issu d'une procréation médicalement assistée par tiers donneurs (gamètes ou embryon) et ses parents génétiques.

Deux types d'arguments sont invoqués à l'encontre de cette disposition : ceux qui concernent le droit de la filiation et ceux qui concernent le droit de l'enfant à la santé et à obtenir les conditions nécessaires à son développement.

Le Conseil constitutionnel ne rejette pas expressément (ni ne reconnaît) l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République permettant à l'enfant de rechercher sa paternité hors mariage (74). Il considère que la loi soumise à son examen n'a eu ni pour effet, ni pour objet de régir les conditions d'attribution de la paternité.

Le *distinguo* est particulièrement subtil, peut-être trop. Certes, il n'est pas prévu par le législateur que le consentement préalable du « père de la famille d'accueil » vaudra reconnaissance de l'enfant à naître, dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (75). Mais, même si la loi ne concerne pas directement les conditions d'attribution de la paternité, il n'en reste pas moins que l'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don, et la règle de l'anonymat interdisent, en fait et en droit, à l'enfant de rechercher sa paternité.

En ce qui concerne la responsabilité civile (76) du ou des géniteurs, cette responsabilité est nécessairement exclue à partir du moment où l'anonymat a pour corollaire l'irresponsabilité.

Le deuxième type d'arguments tient au droit à l'épanouissement et à la santé de l'enfant. Le rejet par le Conseil constitutionnel de ces motifs d'inconstitutionnalité, invoqués à l'encontre de certaines dispositions votées par le législateur, est un peu rapide. Encore une fois il ne s'agit pas, ici, de contester la solution retenue, mais seulement de relever qu'elle n'est pas d'une évidence aussi caractérisée que peut le laisser penser la rédaction de la décision.

En effet dans d'autres pays le parti adopté est différent (77). Ainsi, la Constitution fédérale suisse, dans sa rédaction du 17 mai 1992, stipule que le don d'embryon est interdit et que l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance est garanti. Aux Pays-Bas l'identification des donneurs de sperme est autorisée (78). Certaines dispositions internationales prévoient le droit pour l'enfant de connaître ses origines (79).

En toute hypothèse, la conciliation entre le droit de l'enfant à connaître ses origines, qui contribue à son épanouissement (80), et la nécessaire stabilité des familles (81), mérite d'être examinée. Dans le même ordre d'idée le garde des Sceaux, lors des débats parlementaires (82), avait affirmé que « la recherche des origines pourrait être érigée en principe fondamental si elle ne se heurtait pas à des droits d'une égale importance : la protection de la liberté individuelle et le respect de la vie privée ». Ces questions auraient pu faire l'objet d'une analyse plus fouillée par le juge constitutionnel.

En guise de conclusion, on se permettra, à propos d'un tel sujet, de faire quelques remarques plus générales et peut être plus subjectives.

Il est naturel que les scientifiques et les médecins tentent d'aller toujours plus avant dans la connaissance et la maîtrise de la science du vivant. Mais c'est aux juristes qu'il appartient de formaliser des règles. Or, le juriste est méfiant envers la morale et le plus souvent incompétent face à la biologie. En fait, lorsque la science ouvre des perspectives trop inquiétantes, le législateur et le juge tentent de colmater les brèches par des dispositions que les prochaines découvertes rendent obsolètes (83). Le droit court après la science du vivant sans jamais la rattraper.

Confronté aux lacunes du droit, à l'incertitude des principes moraux, aux progrès de la science, au foisonnement des exigences et des comportements individuels et collectifs, le juge, même tardivement secondé par le législateur, n'est pas à même de dégager les critères qui permettraient de faire des choix entre les innovations qui représentent un progrès social et humain et celles susceptibles de menacer l'espèce humaine dans son identité ou dans sa réalité.

En fait, et de manière très schématique, l'approche juridique des questions de bioéthique doit partir d'un constat et s'orienter vers une démarche fondamentale.

Le constat tout d'abord : manifestement les droits de l'homme dans leur sens traditionnel sont insuffisants à protéger l'homme en tant qu'espèce faute de références textuelles (la décision ici commentée en est la preuve). Face à cette situation, la tentation est grande de renvoyer aux normes internationales le soin de traiter de ces questions d'éthique. Cette démarche est pernicieuse : d'une part, sur certaines questions le consensus est impossible si l'on tient compte des différences religieuses et culturelles, d'autre part, en ce qui concerne le droit communautaire la logique économique est susceptible de prévaloir (par exemple directive de 1989 sur les produits dérivés du sang et du plasma). En fait, l'éthique est difficilement de l'objet négociations internationales. Il doit y avoir un droit international, très général (84), applicable à la bioéthique, mais en ce domaine la France doit d'abord poser ses propres règles si elle veut avoir l'ambition de servir

de modèle éthique.

Le législateur national ne peut, quant à lui, que donner des réponses de circonstances à des questions d'espèce. Cette démarche n'est pas toujours dénuée d'hypocrisie : ainsi, parle-t-on d'avortement thérapeutique, alors que la destruction d'un embryon peut difficilement être considérée comme le traitement d'une maladie ; ainsi interdit on l'eugénisme, tout en autorisant des pratiques susceptibles d'y conduire. De même, alors que la naissance est médicalement et psychologiquement banalisée (la date de la naissance est souvent fixée par le médecin et les parents peuvent connaître le sexe de leur enfant et même le voir sur un écran, *in utero*), on en fait le critère de l'existence d'une personne (l'embryon viable peut, dans certaines conditions, être détruit jusqu'à la naissance, juste après il s'agit d'un meurtre).

En la matière l'on ne peut se borner à suivre l'opinion dominante, à se fondre dans le conformisme ambiant et à adapter un semblant de morale aux exigences d'une société qui a perdu ses repères <sup>(85)</sup>. Les règles posées doivent être assez solides pour servir des garde-fous à une science, souvent soumise à ses seules lois, assez générales pour ne pas figer une situation qui apparaîtrait demain intenable. Il appartient à l'autorité, expression de la souveraineté nationale de traduire en règle de droit une conception morale trop incertaine et trop relative pour servir, en l'état, de modèle de conduite. C'est donc au niveau constitutionnel que certaines normes doivent être posées, et, dans ce cadre, le législateur et, subsidiairement, le juge, seront amenés à trancher les questions posées par l'évolution des connaissances et, éventuellement, à apporter aux principes, sous le contrôle du juge constitutionnel, les aménagements, que l'amélioration de la condition humaine peut exiger.

Comme la Déclaration de 1789 (qui a inspiré les déclarations internationales) a inscrit les droits de l'individu, comme le Préambule de 1946 (dont certaines dispositions ont été reprises par des constitutions étrangères) a fixé certains droits sociaux, notamment ceux des travailleurs, c'est aujourd'hui l'être humain et l'espèce humaine qui doivent être protégés. Après les droits de l'homme, il convient de proclamer les droits de la personne humaine.

On regrette que l'occasion n'ait pas été saisie. La science et la pratique médicale auront connu d'autres développements, sur lesquels il ne sera pas toujours possible de revenir, lorsque la question sera à nouveau posée. Le législateur s'est matériellement voulu constituant, il n'a pas pu l'être formellement. Par ailleurs, on peut reprocher au Conseil constitutionnel, garant, de fait, des libertés fondamentales, d'avoir été frileux, mais le pouvoir politique et, notamment, constituant ne peut se défaire sur lui des responsabilités qu'il n'ose pas toujours prendre.

#### Mots clés :

**SANTÉ PUBLIQUE** \* Bioéthique \* Contrôle de constitutionnalité

(1) JO 29 juill. 1994, p. 11024.

(2) Une troisième loi, relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé, n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel.

(3) Texte de la saisine. JO 29 juill. 1994, p. 11031.

(4) Le Premier ministre avait également saisi le Conseil, sans invoquer de grief à l'encontre de la loi, mais cette saisine ne concernait qu'un article de la loi (Déc. 39-261 DC, RJC-I-370). Le président de l'Assemblée nationale avait utilisé son pouvoir de saisine à deux reprises (Déc. 74 DC et 110 DC).

(5) Cf. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 47 et B. Mathieu et M. Verpeaux, *Les étrangers en France, Petites Affiches* 1994, n° 108, p. 4.

(6) La formule « normes de référence » utilisée dans la décision *Maastricht I* est, comme le souligne L. Favoreu et L. Philip (*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 47-4), préférable. Mais elle n'est pas, alors, employée dans un sens tout à fait similaire. Il s'agit dans un cas des normes au regard desquelles la loi sera examinée, dans l'autre cas des normes auxquelles le Conseil peut se référer dans le cadre du contrôle institué par l'article 54 de la Constitution.

(7) *La vie en question, pour une éthique biomédicale*. La Documentation française, 1994.

(8) Sur cette phase du débat, cf. B. Mathieu, *La difficile appréhension de la bioéthique par le droit constitutionnel ?*, *Petites Affiches*, 1993, n° 70, p. 4.

(9) Une lecture du journal *Le Monde* sur quelques mois, en 1993 et 1994, a permis de relever, parmi d'autres, les titres suivants : Clonage d'embryons humains ; Fetus « d'outre tombe » ; Fetus traités comme des déchets ; Prédire la maladie ; Légalisation rampante de l'euthanasie et identification des donneurs de sperme aux Pays-Bas ; Une Française sur deux favorable à l'euthanasie des nouveaux-nés gravement malformés ; mise en cause des conditions de prélèvement de tissus sur les cadavres ; Que faire des embryons humains congelés ? ; Le viol de l'ovule...

(10) Au regard, par exemple, des développements contenus dans la décision 325 DC précitée.

(11) Cf. P. Ardant, *Textes sur les droits de l'Homme*, PUF, 1993 ; en revanche la Convention européenne des droits de l'Homme ne fait pas explicitement référence à la dignité.

(12) Cf. Molinari, *La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux*, *Mélanges Auby*, p. 774.

(13) Cf. les textes des Constitutions de douze des pays de la Communauté européenne, sous la direction de H. Oberdorff, *La Documentation française*, 1994.

(14) Rapport publié au JO 16 févr. 1993, p. 2547.

(15) Cf. not. G. Cabanel, *Rapport au nom de la Commission des lois du Sénat*, n° 230-1993-1994 et déclaration du garde des Sceaux, débats Ass. nat., 7 avr. 1994, JO p. 633.

(16) Cf. M. Clapié, *De la consécration des principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, thèse dactyl., Montpellier, 1992.

(17) On notera que cette formule du Préambule de 1946 avait été invoquée en 1975 par les adversaires de l'avortement (cf. J. Robert, *RID comp.* 1975, p. 880).

L'utilisation potentielle de ce principe en matière de bioéthique a été relevé par L. Beauquel, *Bioéthique et droit constitutionnel*, Mémoire de DEA, Droit public, Dactyl., Dijon, 1993.

(18) Cf. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 25-5.

(19) On relèvera qu'une exception d'irrecevabilité soulevée par un député, J.-L. Beaumont, invoque la contrariété de certaines dispositions de la loi par rapport à la liberté telle que proclamée par la Déclaration de 1789 (débat Ass. nat., 7 avr. 1994, JO, p. 656). En revanche, cet argument n'est pas repris expressément dans la saisine des députés (Cf. JO 29 juill. 1994, p. 11031).

(20) Sur la distinction liberté individuelle-liberté personnelle, cf. B. Mathieu, M. Verpeaux, *Chron. Jurisp. constit.*, *Petites Affiches* 1993, n° 66, p. 5, obs. sous Déc. 316 DC.

(21) Cf. not. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 47-48 ; F. Fines, L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette *Revue* 1994.594 et B. Mathieu et M. Verpeaux, Les étrangers en France, *Petites Affiches* 1994, n° 108, p. 4.

(22) Sur cette notion, cf. not. B. Mathieu, *Les sources du droit du travail*, PUF, 1992, p. 27.

(23) Cf. J. Rivero, La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration, in *La Déclaration des droits de l'homme et la jurisprudence*, PUF 1989.

(24) Cf. T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, *Economica*, 1984, p. 518.

(25) *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 47-48, mais il est vrai, comme le relèvent les éminents commentateurs que la spécificité de la situation des étrangers peut justifier cette solution ; Cf. égal. F. Fines, art. préc.

(26) Cf. entre autres, B. Mathieu, *Droit constitutionnel civil*, *J.-Cl. Adm.*, fasc. 1449.

(27) Cf. not. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 31-18 ; Déc. 127 DC et 164 DC.

(28) Sur les droits de la famille. Cf. not. B. Mathieu, *Droit constitutionnel civil*, préc.

(29) Cf. égal., au titre du droit comparé, l'explication de cette formule par le juge constitutionnel portugais (AIJC, 1986, p. 122, Table ronde sur l'interruption volontaire de grossesse).

(30) Cette formule « en l'état », est plus imprécise par sa portée que dans la présente décision. Il s'agit alors de dérogations au respect de tout être humain dès le début de la vie, qui, en l'état (de la loi ou des connaissances ?) ne sont pas inconstitutionnelles. Cf. également la référence à l'« état du dossier » in Déc. 218 DC (*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 41-20).

(31) Cf. not. L. Favoreu, *Le juge constitutionnel et la vie*, *Droits* 1991, n° 13, p. 71.

(32) Sur cette question. Cf. B. Mathieu, La difficile appréhension de la bioéthique par le droit constitutionnel. *Petites Affiches*, 1993, n° 70, p. 5. Sur le droit naturel, cf. le « Que sais-je ? » de A. Sériaux, PUF, 1994.

(33) CE, 2 juill. 1993, *Milhaud*, concl. D. Kessler, cette *Revue* 1993.1002.

(34) Sur ce principe, cf. B. Mathieu, La République sociale, communication, au Colloque *La République au droit français*, Dijon, 1994, actes à paraître.

(35) Principe auquel le Conseil constitutionnel se refuse toujours à reconnaître valeur constitutionnelle.

(36) Dans cette hypothèse, le couple doit être formé depuis plus de deux ans.

(37) En effet, la volonté d'assurer à un enfant un cadre familial normal ne suffit pas à justifier cette mesure ; on n'oblige



pas une femme enceinte, devenue veuve, à avorter !

**(38)** Cf. not. le rapport Mattéi, préc. et débats Ass. Nat., 7 avr. 1994, *JO*, p. 651.

**(39)** Sur cette notion cf. B. Mathieu, *La difficile appréhension de la bioéthique par le droit constitutionnel*, préc.

**(40)** Sur cette notion, cf. not. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, p. 98 et *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 37-14.

**(41)** Cass. pl., 31 mai 1991. Cf. M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et le principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, *RTD civ.*, 1992.489. L'article 1128 du code civil précise qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet de conventions.

Dans la loi examinée, telle que s'y réfère le Conseil, ce n'est pas l'indisponibilité du corps humain qui est affirmée, mais sa non-patrimonialité. La notion d'indisponibilité est plus large que celle de non-patrimonialité. Ainsi il n'est pas interdit à l'homme de disposer de son corps, mais seulement le corps humain et ses éléments ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, autrement dit ils ne sont pas des marchandises et ne sauraient devenir des objets de commerce (cf. Rapport de G. Cabanel, préc., p. 24).

**(42)** Ce n'est pas à proprement parler l'eugénisme qui est condamné par la loi, mais certaines pratiques eugéniques. La différence est assez peu sensible, mais la rédaction proposée par le Sénat visait, plus largement, à « condamner tout agissement conduisant à des pratiques eugéniques ». Cf. Rapport G. Cabanel préc.

**(43)** Ce sont, en effet, en particulier les pratiques eugéniques qui ont, sous certains régimes, avant 1946, dégradé la personne humaine.

**(44)** Sur cette notion, Cf. B. Mathieu, *La difficile appréhension de la bioéthique par le droit constitutionnel*, préc.

**(45)** La Convention européenne relative à la bioéthique, en préparation, prévoit le principe de la protection de l'espèce humaine et de l'être humain, en particulier dans son appartenance à l'espèce humaine (*Le Monde*, 1<sup>er</sup> juill. 1994).

**(46)** Abandon de la demande parentale, accueil par un couple tiers impossible et durée de conservation au moins égale à cinq ans.

**(47)** La rupture du principe d'égalité est également invoquée entre les embryons qui seront réintroduits, ceux qui ne le seront pas et ceux qui seront, ou non, donnés à des couples tiers, ainsi qu'entre ceux qui, conçus avant l'entrée en vigueur de la loi peuvent être détruits et ceux qui conçus postérieurement, verront leur sort dépendre d'une prochaine loi.

**(48)** Déc. du 28 mai 1993 ; cf. A. Grosser, *Constitution et état de droit*, *Le Monde*, 9 juin 1993.

**(49)** Sur ces questions cf. Table ronde sur l'interruption volontaire de grossesse, AIJC, 1986, an particulier M. Fromont, p. 81 ; P. Bon, p. 119 ; G. Zagrebelsky, p. 169 ; J. Miranda, p. 185 ; F. Moderne, p. 220.

**(50)** Cf. P. Bon, AIJC, 1986, p. 124-125.

**(51)** Sur la jurisprudence de la Cour suprême, cf. F. Moderne, *La liberté ne trouve pas refuge dans une jurisprudence qui doute*, *RFD const.*, 1992, p. 583.

**(52)** Sur la jurisprudence française, cf. not. D. Turpin, AIJC et B. Mathieu, *Droit constitutionnel civil*, n° 100.

**(53)** CE, 20 déc. 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, concl. B. Stirn, cette *Revue* 1990.1065.

Le Conseil d'Etat s'appuie sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui reconnaît le droit de toute personne à la vie. La Commission européenne des droits de l'Homme a considéré, dans une décision du 13 mai 1980, que cette disposition ne concerne pas nécessairement le fœtus.

**(54)** Cf. égal. en ce sens : J. Rivero, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté...*, préc. p. 79.

**(55)** Cf. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, *Petites Affiches*, 1993, n° 66, p. 4.

**(56)** « Sa » vie est substitué dans la loi à « la » vie afin que ce principe puisse concerner chaque être humain dans sa singularité (Cf. Rapport Cabanel, préc.). Le Conseil constitutionnel semble reprendre à son compte cette nouvelle formulation.

**(57)** Entre autres raisons car ce droit est mis sur le même pied que l'égalité en ce qui concerne sa non-application à l'embryon *in vitro*.

**(58)** La remarque du iudex constitutionnel, qui relève que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la

conservation de ces embryons fécondés *in vitro* de nombreuses garanties, est alors dépourvue de portée.

**(59)** En effet, il résulte des débats parlementaires que la procréation médicalement assistée nécessite encore que des embryons potentiellement surnuméraires soient conçus.

**(60)** Cf. not. les interventions de C. Boutin, lors des débats à l'Assemblée nationale.

**(61)** Problème de détermination des dates où l'ouf fécondé devient embryon et l'embryon fœtus.

**(62)** Le stérilet a pour effet d'empêcher l'implantation d'embryons de 7 à 10 jours (cf. Rapport Mattéi, préc.).

**(63)** Cf. débats AN, en particulier, *JO* 15 avr. 1994.

**(64)** Cet engagement aurait été assez théorique car en cas de refus d'exécution, seule la responsabilité des couples concernés pourrait être engagée et sur un terrain très incertain.

**(65)** Cf. Rapport Chérioux au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat n° 236 et rapport au nom de la Commission mixte paritaire, n° 1369 (AN) et 497 (S).

**(66)** Cf. audition par la Commission des lois du Sénat, Rapport Chérioux, préc.

**(67)** *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Montchrestien, 1993, p. 215.

**(68)** Le législateur n'admet, *in fine*, malgré l'opposition de la majorité du Sénat, et en commission mixte paritaire, la destruction de certains embryons existant, seulement parce que leur chance de réimplantation est nulle (Cf. Rapport de la Commission mixte paritaire, préc.).

**(69)** Comme le relève J. Morange (*Génétique et droits de l'homme, Mélanges Auby*, p. 757) « un des plus grands risques, mais aussi un des plus ignorés, que courent nos civilisations réside peut être dans la multiplication de règles juridiques contradictoires à seule fin de satisfaire simultanément des intérêts particuliers opposés. Or un système de droit, quel qu'il soit, doit être cohérent. Lorsqu'un principe est affirmé, il convient si l'on introduit des exceptions de les justifier [...] faute de quoi c'est le principe lui-même qui est atteint ».

**(70)** Le projet de Convention européen sur la bioéthique, précité, prévoit que des recherches sur des embryons ne pourront être conduites au-delà du quatorzième jour.

**(71)** Pour être complet, on relèvera qu'à propos d'une disposition de la loi prévoyant que ces études doivent faire l'objet d'un avis conforme d'une commission administrative, le Conseil constitutionnel rejette l'argumentation des requérants selon laquelle la délégation de tels pouvoirs à cette commission portait atteinte au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Il relève en particulier que les règles générales de composition de cette commission sont définies par la loi.

Sur cette question, cf. Déc. 76-88 L (RJC-II-65) selon laquelle, s'agissant de la composition d'une commission administrative, le législateur ne peut renoncer à la fixer lui-même, dès lors que les pouvoirs conférés à la commission concernent l'exercice d'une liberté publique.

**(72)** Cf. par ex. Déc. 216 DC, RJC I-135.

**(73)** Sur cette question, cf. B. Mathieu, *Droit constitutionnel civil*, préc. n° 67 et 68.

**(74)** On relèvera que l'article 340 du code civil, issu de la loi du 8 janvier 1993, supprime la liste limitative des cas d'ouverture d'une telle action.

**(75)** Sur ce point cf. les observations de N. Catala, débats AN, 19 avr. 1994, *JO* p. 946.

**(76)** Sur la portée constitutionnelle de ce principe, cf. B. Mathieu, *Droit constitutionnel civil*, n° 116 et s.

**(77)** Sur les législations étrangères en la matière, cf. R. Andorno, *Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée, RID const.*, 1994, à paraître.

**(78)** Cf. *Le Monde*, 8 sept. 1993.

**(79)** Cf. not. la Convention européenne relative à la situation des enfants nés hors mariage de 1975 et la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant (qui n'est pas directement applicable en droit interne). Cf. C. Neirkink, *Commentaire sur les projets de loi relatifs à l'éthique biomédicale. Petites Affiches*, 1992, n° 75, p. 4.

**(80)** Marginalement, on peut remarquer que le problème de l'union de collatéraux par le sang, qui n'ont aucun lien à l'état civil, n'a pas été abordée.

**(81)** Ainsi, par exemple, en Italie, l'interdiction de reconnaissance de paternité en opposition à une filiation légitime a été admise au nom de la protection de la famille légitime (sentence 625-87, citée par F. Saja *in* AIDC, 1988, p. 447) ; cf., sur le premier des droits cités, J. Morange, préc. : « Un enfant doit pouvoir exiger de connaître son ascendance, sa véritable identité ».

**(82)** Débats AN 14 avr. 1994, JO, p. 821.

**(83)** Ainsi par exemple les présentes lois ne prennent pas en considération la technique de micro-injection de spermatozoïdes dans un ovule (cf. *Le Monde*, 27 juin 1994).

**(84)** Cf. le projet du Conseil de l'Europe précité et la création par l'UNESCO d'un Comité international de bioéthique (*Le Monde*, 16 sépt. 1993).

Certaines questions comme celles de la protection du patrimoine génétique et de l'interdiction de brevets sur les gènes humains doivent être traitées au niveau internationale.

**(85)** Ainsi J.-F. Mattéi, qui a joué un rôle éminent dans l'adoption de ces lois, parle d'« état d'anémie éthique généralisée » (Rapport préc., p. 22) et relève que « les discussions sur les droits de l'homme, de la femme, de l'enfant, et de proche en proche de la nature elle-même, ne tiennent pas lieu de réflexion éthique » (*ibid.*, p. 21).