UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

Propos constitutionnels sur la bioéthique

Marc VAN OVERSTRAETEN

Dissertation présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

JURY

Professeur Henri SIMONART (Président)
Professeur Francis DELPÉRÉE (Promoteur)
Professeur Bertrand MATHIEU
Professeur Michel DUPUIS
Professeur Marc VERDUSSEN
Professeur Geneviève SCHAMPS

Volume II

2005

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

TITRE II. LA MISE EN ŒUVRE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES DE RÉFÉRENCE

L'imprégnation constitutionnelle de l'approche bioéthique ne requiert pas seulement l'existence de normes constitutionnelles de référence. Le fait que la Constitution énonce des réponses aux questions biomédicales et que ces réponses puissent prétendre à une certaine autorité en la matière ne suffit pas à rendre possible son intervention dans la résolution des questions biomédicales. Une imprégnation constitutionnelle concrète exige encore que les normes de référence puissent être mises en œuvre dans le secteur : les réponses qu'elles énoncent doivent pouvoir être effectivement utilisées dans l'appréhension de ces questions.

L'impératif suppose tout d'abord que la Constitution – ses normes de référence – dispose de canaux qui lui permettent d'infléchir la résolution des questions biomédicales. En clair, elle doit s'imposer d'une manière ou d'une autre à des acteurs amenés à s'en saisir. Elle doit bénéficier d'un *ancrage* au cœur de l'approche bioéthique (Chapitre premier).

L'impératif requiert en outre que les normes constitutionnelles de référence puissent orienter d'une manière effective les acteurs qu'elles obligent au moment où ceux-ci se saisissent des questions biomédicales. Autrement dit, qu'elles puissent marquer pleinement l'approche bioéthique de leur *empreinte* (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER. L'ANCRAGE DE LA CONSTITUTION AU SEIN DE L'APPROCHE BIOÉTHIQUE

Pour imprégner la résolution des questions biomédicales, les normes constitutionnelles de référence doivent bénéficier d'une forme d'implantation au cœur de l'approche bioéthique. Elles doivent y trouver des *points d'ancrage* : des acteurs dans le chef desquels les normes de référence peuvent matériellement inspirer la réponse à donner aux questions biomédicales. De quelque façon que ce soit – en ce compris indirectement.

En toute logique doivent figurer, au rang de ces points d'ancrage, les protagonistes les plus immédiats de la biomédecine. Tant les professionnels de terrain que ceux désignés sous l'expression générique de tiers profanes – les patients, les sujets de recherche et leurs proches – doivent se voir imposer d'une quelconque manière les normes constitutionnelles de référence. À défaut de quoi il est évident que celles-ci ne seront pas en mesure d'orienter les pratiques, donc, d'assurer une imprégnation effective de la matière. On ne saurait pour autant en déduire que seuls ces acteurs de proximité doivent intégrer l'ancrage constitutionnel. Car leur action est inspirée, balisée ou dictée par d'autres intervenants – ceux-là mêmes qui forment avec eux l'approche bioéthique dont on a esquissé la configuration générale[1]. Une constitutionnalisation digne de ce nom exige donc que la Constitution puisse orienter l'action de ces autres acteurs, du moins de certains d'entre eux, tout autant que celles des premiers protagonistes.

Les normes constitutionnelles de référence bénéficient-elles de points d'ancrage dans le secteur de la biomédecine ? Si oui, comment et jusqu'où sont-ils tenus par leurs exigences ? La question doit être abordée sous deux angles distincts.

L'ancrage de la Constitution doit tout d'abord être appréhendé sous un angle théorique. C'est sa dimension *verticale* qui est alors prise en compte : par l'entremise de quels acteurs et dans quelle mesure les normes constitutionnelles de référence sont-elles susceptibles d'orienter la résolution d'une problématique biomédicale donnée, isolée pour l'analyse ? De ce point de vue, la Constitution peut présenter au sein de l'approche bioéthique un *ancrage contrasté* (Section 1).

L'ancrage de la Constitution doit ensuite être envisagé sous un angle plus pratique. Renvoi doit être fait à sa dimension *horizontale* : compte tenu des particularités qui affectent leur ancrage au regard d'une question biomédicale donnée, dans quelle mesure les normes constitutionnelles de référence parviennent-elles effectivement à s'implanter au sein de l'approche bioéthique envisagée dans sa globalité ? À cet égard, la Constitution tend à présenter un *ancrage fragmentaire* (Section 2).

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

[1] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2.

SECTION 1. LA DIMENSION VERTICALE : UN ANCRAGE CONTRASTÉ

Apprécier l'ancrage vertical de la Constitution au sein de l'approche bioéthique suppose de centrer l'attention sur une problématique biomédicale déterminée. Elle requiert de s'intéresser à un faisceau de questions bioéthiques indissociables les unes des autres, que l'on détache du reste du champ biomédical pour les besoins de la réflexion. Ce faisceau, que l'on désigne ici par l'expression révélatrice de *question repère*, peut recouvrir un ensemble de questions de fond : les questions soulevées par la pratique de l'avortement ou de l'euthanasie, par les techniques de clonage thérapeutique, etc. Il peut englober aussi une série de questions organisationnelles envisagées pour elles-mêmes, comme celles qui concerneraient la mise sur pied d'une banque d'organes et la définition de son rôle dans l'attribution de ceux-ci aux patients en attente d'une greffe. Sachant que, quelle que soit leur nature, les questions en cause – expresses – sont assorties des questions organisationnelles implicites qu'elles entraînent dans leur sillage : les unes relatives à l'identité des acteurs habilités à s'en saisir ; les autres relatives aux modalités de leur action à son égard[2].

Il est évident que les acteurs engagés dans l'approche de la question repère seront de ceux que l'on a évoqués en décrivant, dans la première partie de l'étude, la configuration générale de l'approche bioéthique. Ceci n'implique pas, toutefois, que l'ensemble de ces acteurs interviennent par hypothèse pour régler la question. L'existence d'un acteur donné et son implication dans l'approche bioéthique sont subordonnées à une série de conditions qui ne trouvent pas nécessairement à se réaliser dans tout contexte. Ainsi, certains acteurs peuvent ne pas avoir vu le jour dans l'ordre juridique concerné, là où d'autres, bien établis, peuvent s'abstenir d'intervenir dans le secteur spécifique de la biomédecine. En somme, l'approche bioéthique qui se développe autour de la question repère peut présenter une *ampleur variable*. Un facteur que l'analyse de l'ancrage constitutionnel ne saurait négliger, dès lors qu'il devrait inévitablement se traduire par des répercussions sur cet ancrage. Il importe donc de rendre compte des variations qui peuvent affecter l'approche de la question repère. Il faut mettre en lumière les principales configurations qu'elle est susceptible d'offrir du point de vue de celle-ci.

À cet égard, on peut admettre comme une évidence que les situations auxquelles la biomédecine cherche à remédier se présentent au cœur de la société politique en cause. Donc, que les activités biomédicales s'y déploient pour y remédier. Les maladies, malformations et autres dysfonctionnements sont en effet le lot de l'humanité depuis ses origines, et il n'est pas une société où leur combat n'est pas une priorité, quand bien même les moyens qu'elle leur alloue peuvent être limités. De telles circonstances sont à l'origine de la question repère elle-même. En l'occurrence, elles autorisent à présenter comme une certitude l'existence des professionnels de terrain d'une part, celle des tiers profanes d'autre part. Sachant que l'on peut aussi tenir pour acquis que les uns et les autres sont confrontés à la situation qui fait naître la question repère – les uns du fait de leur pratique professionnelle, les autres en raison d'un concours de circonstances.

Dans le même ordre d'idées, on peut prendre pour hypothèse que la Constitution est effective dans la société politique qu'elle régit : assortie de mécanismes de protection, elle est également assurée d'une légitimité générale. Telle est la supposition que l'on a formulée en son temps pour lui reconnaître, *a priori*, une certaine autorité dans le domaine biomédical[3]. À ce stade de l'analyse, la même supposition permet de présumer l'existence des autorités

[2] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 3, A.
[3] *Supra*, Titre premier, introduction du Chapitre II.

constituées. Dans la foulée, on considère que ces dernières ont pris l'initiative, conformément à la Constitution, de faire adhérer l'État à des organisations internationales compétentes en matière bioéthique et de l'associer à des enceintes internationales informelles elles aussi compétentes.

Aucun autre facteur, par contre, ne paraît faire figure d'acquis absolument évident. On ne peut notamment tenir pour certain que les autorités constituées d'une part, les organisations et enceintes internationales d'autre part, appréhendent les questions biomédicales. De ce fait, l'approche de la question repère paraît pouvoir être conceptualisée de la manière suivante.

Les professionnels de terrain et les tiers profanes peuvent être considérés d'office comme des acteurs de cette approche. Ils en forment la base inamovible, qui intervient dans quelque cas de figure que ce soit.

Pour le reste, une première alternative doit être prise en compte, qui concerne les autorités constituées, les organisations internationales et les enceintes internationales. Soit celles-ci appréhendent la question repère, soit elles ne l'appréhendent pas. La proposition se formule comme telle pour les acteurs internationaux. Elle doit être décomposée en ce qui concerne les autorités constituées, pour le motif que ces autorités ne sont pas toutes mises en mouvement d'une même manière. Ainsi, les autorités investies de la fonction de gouvernement ou de la fonction de contrôle politique disposent du pouvoir d'initiative inhérent à ces fonctions[4]. Elles peuvent *se saisir* de toute problématique qui leur paraît mériter l'attention. Les autres doivent quant à elles *être saisies* sur la base d'une initiative extérieure. Les autorités d'administration le seront soit par les autorités de gouvernement, qui seules peuvent les habiliter à réglementer, soit par les particuliers qui les sollicitent en vue d'obtenir une décision individuelle sur le fondement d'une législation générale. Quant aux autorités de contrôle juridictionnel, elles seront le plus souvent amenées à intervenir à la requête de tout qui justifie d'un intérêt.

En principe, plusieurs cas de figure devraient donc être envisagés du côté des autorités constituées. Un élément supplémentaire entre néanmoins en ligne de compte. L'intervention ou la non-intervention des autorités de gouvernement, en tant qu'elle concerne spécifiquement la question repère, exerce une influence non négligeable sur la mise en mouvement et l'action des autres autorités.

D'une part, c'est autour de cette intervention ou de cette abstention que les autorités de contrôle politique sont appelées à articuler leurs actions propres. D'autre part, l'abstention des autorités de gouvernement en rapport avec la question repère devrait réduire de beaucoup les hypothèses où l'intervention des autorités d'administration demeure concevable, celles-ci risquant de ne pas trouver un fondement juridique suffisant sur lequel asseoir les normes qu'elles entendraient adopter[5]. Enfin, cette même abstention devrait soit impliquer l'inaction des autorités juridictionnelles, et notamment celle du juge constitutionnel dénué de matériau à contrôler, soit une modification de la nature de leur intervention, dès lors qu'il ne leur

[4] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 1, b.

[5] Ainsi, en Belgique, la compétence du Roi pour organiser « le prélèvement, le contrôle sanitaire, la conservation, la distribution, la mise à disposition de sperme humain provenant d'un donneur anonyme en vue d'une insémination artificielle » a été vivement contestée par la section de législation du Conseil d'État en 1991: le Conseil a estimé « que la loi du 7 févr. 1961 [relative aux substances thérapeutiques d'origine humaine] ne procur[ait] aucun fondement légal à l'arrêté royal tel qu'il a été envisagé » (Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 22 oct.1991, sur un projet d'arrêté royal réglementant le prélèvement, le contrôle sanitaire, la conservation, la distribution, la mise à disposition de sperme humain provenant d'un donneur anonyme en vue d'une insémination artificielle, *in* Projet de loi relatif au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 1048/2, p. 28).

appartiendrait plus de se prononcer sur l'application et l'interprétation d'une norme spécifique à la question repère. En filigrane de ces constats de bon sens se profile une distinction commode pour appréhender les divers cas de figure évoqués. L'alternative qui se dessine du point de vue des autorités constituées peut être ramenée à celle qui tient au fait que les autorités de gouvernement se saisissent ou non de la question repère, c'est-à-dire intègrent ou non l'approche bioéthique qui se développe à son sujet.

Quant aux autres acteurs potentiels de l'approche bioéthique – ceux que l'on n'a pas encore mentionnés jusqu'ici : groupements professionnels, comités d'éthique, voire autorités administratives spécialisées –, ils soulèvent une difficulté inverse à celle propre aux acteurs de la précédente catégorie. Dès l'instant où ils ont vu le jour, en effet, ils devraient tôt ou tard se trouver confrontés à la question repère, du fait même de leur mission qui en fait des acteurs spécialisés ou semi-spécialisés de l'approche bioéthique. Ainsi, les associations et ordres professionnels, les comités d'éthique locaux, voire le comité d'éthique national, devraient à un moment ou l'autre être interpellés par les professionnels de terrain au sujet de cette question. Le comité national devrait aussi être amené à se prononcer à l'initiative des autorités constituées, car on voit mal celles-ci le mettre sur pied et ne pas le saisir de demandes d'avis. Les autorités administratives spécialisées, quant à elles, devraient être amenées à agir aussi bien à la demande des autorités constituées qui les ont mises sur pied qu'à l'initiative des professionnels qui la solliciteraient dans le respect des procédures prévues.

Ce qui demeure incertain, en l'occurrence, c'est l'existence même de ces intervenants. Il se pourrait très bien qu'ils n'aient pas été mis sur pied dans un ordre juridique déterminé[6]. Une deuxième alternative entre donc en ligne de compte concernant l'ampleur que présente l'approche de la question repère : soit les groupements professionnels, les comités d'éthique et les autorités administratives spécialisées existent bel et bien, soit ils n'existent pas. Avec cette précision : l'existence des trois catégories d'acteurs ne tient pas aux mêmes conditions. Celle des ordres professionnels est fonction d'une initiative des autorités de gouvernement qui ne requiert pas de ces dernières une appréhension préalable des questions biomédicales. Le seul souci d'organiser les professions concernées suffit dans leur chef. L'existence des associations professionnelles et des comités d'éthique, de son côté, dépend d'une initiative des professionnels de la santé[7] ou des autorités de gouvernement qui passe par une appréhension générale des questions biomédicales, mais non par une appréhension spécifique de la question repère. L'existence des autorités administratives spécialisées, enfin, est subordonnée à une initiative des autorités de gouvernement en rapport étroit avec cette question, dès lors que les premières ne sauraient valablement s'en saisir sans y être habilitées par les secondes.

Pareille gradation n'est pas innocente. Elle atteste que les groupements professionnels et les comités d'éthique pourraient très bien voir le jour en l'absence de toute intervention des autorités de gouvernement sur la question repère. Ce qui n'est pas le cas, par contre, des autorités administratives spécialisées. L'alternative qui tient à l'existence ou à l'inexistence de ces dernières n'est donc qu'un développement particulier de celle liée au fait que les autorités de gouvernement se saisissent de la question repère ou ne s'en saisissent pas. Conséquence : il convient de ne pas la reprendre ici. Seule la présence ou l'absence de groupements

[6] Même si, au stade actuel du développement de l'approche bioéthique, une telle hypothèse devrait se raréfier, à tout le moins en ce qui concerne les groupements professionnels et les comités d'éthique.

[7] Une initiative tenant à la mise en œuvre de la liberté d'association en toute logique consacrée par la Constitution, qui permet aux professionnels de se regrouper en associations d'après leurs spécialités. Associations dont l'activité pourrait consister par exemple à mettre en place des comités d'éthique appelés à éclairer les praticiens de terrain en matière clinique ou de recherche.

professionnels et de comités d'éthique entre en ligne de compte, en tant que donnée neuve, au niveau de la deuxième alternative mise en relief.

En somme, si l'approche de la question repère englobe en toutes circonstances l'action des professionnels de terrain et celle de tiers profanes, elle peut ou non recouvrir celle des organisations et enceintes internationales, d'une part, celle des autorités de gouvernement – élément déclencheur de l'intervention d'autres autorités internes –, d'autre part. En outre, elle peut ou non se compléter de l'action des groupements professionnels, tout comme elle peut ou non intégrer celle des comités d'éthique.

C'est au regard d'une approche bioéthique ainsi conçue qu'il faut s'atteler à la question de savoir en quoi la Constitution dispose de points d'ancrage dans le secteur biomédical. En d'autres termes, pour chacune des formes que cette approche peut présenter, il faut préciser si et comment les acteurs qui cherchent à régler la question sont tenus par les normes constitutionnelles. Ceci afin d'apprécier la *consistance* de l'ancrage constitutionnel : son *étendue*, d'une part, sa *qualité*, c'est-à-dire le type de constitutionnalisation qu'il rend possible, d'autre part.

À cet égard, un premier élément de réponse s'impose d'emblée. Il tient au fait que les organisations et enceintes internationales ne sont pas contraintes en tant que telles d'observer les Constitutions nationales, la seule obligation qui leur incombe étant celle de se conformer aux dispositions du traité qui les établit[8]. Ainsi, quand bien même ces intervenants se mueraient en acteurs de l'approche bioéthique, ils n'apparaîtraient pas au cœur de celle-ci comme des points d'ancrage de la Constitution. Ils ne pourraient y accroître le degré de pénétration des normes constitutionnelles de référence. Cela ne veut pas dire que la constitutionnalisation ne se ressent d'aucune manière de l'implication des organisations et enceintes internationales : l'action que ces dernières déploient au sujet de la question repère peut exercer une influence sur d'autres acteurs qui s'en saisissent, amenés quant à eux à observer la Constitution. Mais c'est là un autre problème, à examiner à un stade ultérieur de la réflexion[9].

En l'occurrence, l'analyse peut donc se permettre d'ignorer l'action des acteurs internationaux et, de ce fait, les cas de figure qui tiennent à leur implication ou non au regard de la question repère. L'intervention ou l'abstention des autres acteurs, de même que la manière dont ils sont tenus d'observer la Constitution doivent par contre retenir l'attention.

À leur niveau, on constate que l'étendue et la qualité de l'ancrage constitutionnel varient suivant que les autorités investies de la fonction de gouvernement intègrent l'approche de la question repère ou ne l'intègrent pas : l'appréhension par elles de cette question offre à la Constitution un *ancrage ferme* (§ 1er) tandis que leur abstention ne lui assure qu'un *ancrage fragile* (§ 2). Et ce, aussi bien lorsque les groupements professionnels et les comités d'éthique existent que lorsqu'ils n'existent pas. L'implication des autorités de gouvernement fait donc figure de condition nécessaire à une réelle imprégnation constitutionnelle des réponses données à la question repère (§ 3).

---

[8] On observera de ce point de vue qu'en théorie, le traité constitutif d'une organisation internationale est censé ne pas être contraire aux Constitutions des États qui l'ont signé et ratifié: les autorités constituées qui lui permettent de voir le jour sont contraintes de respecter les normes constitutionnelles structurantes et directrices.

[9] *Infra*, Section 2, § 2, B ; Chapitre II, Section 1, § 2, B et Section 2, § 2, B, 2.

§ 1ER. L'ANCRAGE FERME CORRÉLATIF À L'IMPLICATION DES AUTORITÉS INVESTIES DE LA FONCTION DE GOUVERNEMENT

Dans un premier temps, on prend pour hypothèse que les autorités de gouvernement interviennent pour régler la question repère. Cette hypothèse ne requiert pas qu'elles élaborent à son sujet un ensemble touffu de règles attentives aux moindres difficultés du terrain. Leur intégration à l'approche bioéthique, entraînant dans son sillage celle des autorités d'administration et des éventuelles autorités administratives spécialisées, est déjà une réalité lorsqu'elles se contentent d'énoncer les principes qui doivent guider la matière.

En l'occurrence, l'action des autorités de gouvernement est d'abord envisagée isolément. On part du principe que les groupements professionnels et les comités d'éthique sont inexistants : du point de vue de l'ampleur de l'approche, c'est la deuxième branche de la seconde alternative qui est retenue. Dans ce cas, l'ancrage de la Constitution apparaît tel qu'il autorise une *constitutionnalisation en cascade* de l'approche bioéthique (A). On affine ensuite l'analyse : on braque les projecteurs sur les éventuels groupements professionnels et autres comités d'éthique susceptibles d'intégrer l'approche de la question repère. On constate qu'à ce niveau, l'ancrage dont la Constitution peut bénéficier rend possible une *constitutionnalisation complémentaire* de l'approche (B).

A. Une constitutionnalisation en cascade

On prête attention à l'étendue de l'ancrage constitutionnel (1) avant d'apprécier sa qualité (2).

1. L'étendue de l'ancrage

Il est dans la logique même de la Constitution de s'imposer aux autorités qu'elle crée, plus généralement à l'ensemble des autorités publiques. C'est là une évidence : les autorités constituées et les autorités administratives spécialisées font office de points d'ancrage de la Constitution au cœur de l'approche de la question repère. Mieux : elles peuvent être qualifiées de *relais* de la Constitution.

Le terme « relais » renvoie ici à l'acteur de l'approche bioéthique à qui le message constitutionnel est adressé directement, avec l'obligation de le matérialiser dans son action régulatrice ou décisionnelle qui se trouve ainsi orientée – imprégnée – par la Constitution. Il désigne en somme le point d'ancrage de la Constitution qui présente la particularité d'être en mesure de faire une *application directe* de celle-ci. Sachant qu'en l'occurrence, cette dernière expression n'est pas employée dans le sens traditionnel qu'elle reçoit au regard des normes de droit international. Elle ne désigne pas la faculté de créer « des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir directement devant leurs juridictions [...], c'est-à-dire sans que n'en soit nécessaire l'exécution préalable par une autorité publique »[10]. Une conception d'ailleurs de plus en plus contestée par les spécialistes du droit international eux-mêmes, en raison de son caractère réducteur[11]. Dans la présente étude, on donne à la notion une portée plus vaste, qui tient à ce que l'application de la norme en cause n'est pas envisagée du point de vue de ses bénéficiaires mais dans le chef de ceux qu'elle oblige. Ainsi comprise, l'application directe

[10] H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *Rev. b. dr. int.*, 1995, p. 35.
[11] C. SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 349.

d'une norme, et plus précisément de la Constitution, s'entend de sa faculté à s'imposer sans intermédiaire, c'est-à-dire « sans que des mesures d'exécution soient nécessaires », et ce « quel que soit le résultat de l'application »[12].

L'application directe de la Constitution se conçoit dans le chef des autorités constituées et des éventuelles autorités administratives spécialisées, sous réserve des modalités que leur impose l'exercice de leur fonction propre[13]. Il leur revient en règle de procéder à une imprégnation constitutionnelle des actes dont elles sont les auteurs – normes législatives ou réglementaires, décisions administratives ou juridictionnelles pour l'essentiel –, en veillant à les poser dans le respect des normes constitutionnelles qui s'imposent à elles. Étant entendu que l'application de la Constitution est garantie à ce stade par un ensemble de contrôles de constitutionnalité, et qu'en assurant ces contrôles, les autorités compétentes agissent dans le respect des normes constitutionnelles qui s'imposent à elles. De sorte qu'elles imprègnent non seulement les actes dont elles sont les auteurs mais aussi les actes qu'elles contrôlent, qui font ainsi l'objet d'une double imprégnation[14].

Par contre, l'application directe de la Constitution n'est pas à l'ordre du jour, en principe du moins[15], en ce qui concerne les professionnels de terrain et les tiers profanes. Une théorie traditionnelle en droit constitutionnel conduit à rejeter une telle application dans le chef des particuliers. Il n'y a là rien de surprenant : l'une des préoccupations essentielles de la Constitution, on l'a noté déjà, est de poser des limites à l'exercice du pouvoir au sein de la société politique. Les normes constitutionnelles cherchent donc moins à obliger les particuliers qu'à les protéger contre les excès de pouvoir. De sorte qu'en règle, elles ne les contraignent pas directement : elles ne leur imposent pas d'obligations, notamment dans les relations dites horizontales qu'ils entretiennent avec d'autres particuliers. Quelques Constitutions rappellent expressément cette donnée de base. L'article 32 de la Charte canadienne des droits et libertés stipule ainsi qu'elle s'applique « (a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement [...] ; (b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature »[16]. De la même manière, l'article 35, § 2 de la Constitution suisse indique que les droits fondamentaux énoncés par celle-ci s'imposent à « quiconque assume une tâche de l'État ».

A priori, une telle conception s'avère problématique en matière bioéthique. Car elle semble dénoter l'impuissance de la Constitution à appréhender l'essentiel des questions biomédicales. Dès l'instant où ni les professionnels de terrain, ni les patients ou sujets de recherche, ni leurs proches ne font figure de relais des normes constitutionnelles, celles-ci paraissent en effet déconnectées des principaux protagonistes de la biomédecine.

Une telle perception de la réalité s'avère toutefois tronquée. C'est un principe tout aussi traditionnel en droit constitutionnel que de considérer que la Constitution peut avoir des répercussions sur les particuliers – sans quoi elle serait vide de sens – par l'intermédiaire des

---

[12] *Ibid.*, p. 349.

[13] De toute évidence, en effet, il faut tenir compte de l'impact des normes adoptées par certaines autorités sur l'action d'autres autorités. Voy. sur ce point *infra*, 2

[14] Dans la foulée, on notera qu'un troisième type d'imprégnation est concevable, plus potentielle que réelle: celle que les autorités de consultation assure au regard des actes qui leur sont soumis pour avis.

[15] Voy. les nuances apportées *infra*, B, 1.

[16] Sachant que, pour la C. supr. Can., la Charte peut s'appliquer à des entités non gouvernementales dans certaines circonstances », c'est-à-dire « à l'égard de certains actes de nature intrinsèquement gouvernementale » (*Eldridge c. C.-B. (A.G.)* [1997]).

actes des autorités publiques qui les leur rendent applicables – autorités elles-mêmes tenues, parce que relais de la Constitution, à observer cette dernière. En somme, si les protagonistes immédiats de la biomédecine ne peuvent être qualifiés de relais de la Constitution, ils n'en demeurent pas moins des *points d'ancrage* de celle-ci au sein de l'approche bioéthique. Cette caractéristique conforte l'option retenue plus haut, qui consiste à rechercher l'ancrage de la Constitution non seulement auprès des professionnels de la santé et autres tiers profanes, mais aussi auprès des acteurs extérieurs susceptibles de baliser leur action.

Il en va ainsi en ce qui concerne les *normes structurantes* de la Constitution. Certes, l'application directe de celles-ci aux protagonistes immédiats de la biomédecine n'est pas inconcevable d'un point de vue intellectuel. À défaut d'une observation de ces normes par tous les membres de la société politique, la structure étatique qu'elles mettent sur pied ne serait-elle pas dépourvue d'effectivité ? Un indice confirme néanmoins que l'application directe n'est pas de mise. Cette application supposerait en effet qu'au cas où soit les professionnels, soit les tiers profanes méconnaîtraient les normes structurantes de la Constitution, par exemple en s'autorisant à exercer une fonction qui incombe aux seules autorités constituées, leur responsabilité au regard de l'ensemble de la société – leur responsabilité pénale – pût être engagée sans qu'une norme intermédiaire soit nécessaire. À tout le moins dans les circonstances d'une particulière gravité. Or, une telle responsabilité est inconcevable en l'absence de dispositions législatives énonçant les incriminations et les peines : *nullum crimen sine lege* ; *nulla poena sine lege*. La plupart du temps, la Constitution elle-même rappelle ces principes fondateurs. Les professionnels de terrain comme les tiers profanes ne sauraient donc passer pour des relais des normes constitutionnelles structurantes. Ils en sont par contre des points d'ancrage. Car les normes de ce type peuvent leur être rendues applicables par le biais de lois pénales qui ont pour objet spécifique d'en garantir le respect[17]. Plus généralement, les normes structurantes les obligent *de facto*, à travers chacun des actes des autorités constituées qui en assurent la concrétisation et qui s'imposent à eux sous la menace d'une contrainte effective.

L'absence d'application directe s'impose aussi au niveau des *normes constitutionnelles directrices*. De ce point de vue, elle se traduit d'une manière plus manifeste à travers celles de ces normes qui ne servent pas de fondements à des droits subjectifs[18]. L'impossibilité pour un individu d'invoquer ces garanties devant le juge de ceux-ci[19] atteste en effet qu'un particulier ne saurait être contraint de s'y conformer par un autre particulier dans les relations qu'il entretient avec lui. Elle accrédite donc l'idée que ces normes obligent les autorités et elles seules. En quelque sorte, de telles normes ont « un débiteur – l'État – mais [...] pas de véritable créancier »[20]. Elles constituent comme des « droits objectifs »[21], ou mieux, des

[17] Voy. par exemple C. pén. belge, Livre II, Titre premier, Chapitre premier, « Des attentats et des complots contre le Roi, contre la famille royale et contre la forme du gouvernement » (art. 101 à 112).

[18] On notera que l'attribution de la qualité de droit subjectif à une norme constitutionnelle directrice n'est pas fonction de la formulation qu'adopte celle-ci (sur cette formulation: *supra*, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la Section 2). Nombre de garanties constitutionnelles énoncées sous la forme d'interdictions, d'obligations ou de principes sont comprises comme consacrant des droits subjectifs. Au contraire, certaines garanties consacrées par la Constitution sous la forme de droits et de libertés ne se voient pas reconnaître pareille valeur. On relèvera aussi qu'il n'y a pas de règle absolue en ce domaine: des conceptions divergentes peuvent se dessiner d'un ordre juridique à l'autre au sujet d'une garantie constitutionnelle ayant un même objet.

[19] On rappelle que le droit subjectif, qui vise à protéger spécifiquement un intérêt individuel, se caractérise notamment par le fait qu'il possède un titulaire susceptible de l'invoquer devant un juge (L. FAVOREU *et alii*, *op. cit.*, p. 737 ; P. MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 1995, p. 9).

[20] B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 435.

[21] *Ibid.*, p. 435.

garanties objectives[22]. Des normes qui demeurent justiciables, c'est-à-dire protégées par des recours juridictionnels capables d'assurer leur respect, mais seulement à travers les contrôles relevant du contentieux objectif.

Les normes de ce type se présentent bien souvent comme des garanties de caractère économique, social ou culturel relevant de la deuxième, parfois de la troisième génération de droits. En Espagne notamment – pour s'en tenir à cette seule illustration –, les droits et les devoirs fondamentaux pour lesquels les individus ne bénéficient ni d'un recours devant les tribunaux ordinaires, ni d'un recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel sont pour l'essentiel les garanties que le constituant espagnol qualifie de « principes directeurs de la politique sociale et économique » (Chapitre III du Titre premier)[23]. On y trouve par exemple le droit à la protection de la santé (art. 43, § 1er), le droit de jouir d'un environnement approprié pour développer sa personnalité (art. 45, § 1er) et le droit de disposer d'un logement digne et approprié (art. 47, § 1er).

Quelle que soit leur nature, les garanties objectives se caractérisent par le fait qu'elles imposent aux autorités des *obligations de prestation* sans lesquelles elles seraient dénuées de sens. Obligations qu'il incombe à ces autorités de mettre en œuvre par l'adoption de normes adéquates[24]. De telles garanties, en somme, ont vocation à « inspir[er] la législation positive », pour reprendre l'expression du constituant espagnol[25]. Or, les mesures à adopter dans cette optique ne concernent pas seulement les rapports verticaux que les autorités entretiennent avec les particuliers. L'obligation de donner suite aux garanties objectives peut contraindre les premières de veiller à ce que ces garanties trouvent à se concrétiser aussi dans les rapports horizontaux qui se nouent entre particuliers. Il leur revient alors d'imposer les obligations requises aux catégories d'individus appropriées, qui se voient ainsi tenues par les exigences constitutionnelles *via* les mesures législatives et réglementaires adoptées à cet effet – mesures susceptibles d'être invoquées à leur encontre devant le juge[26] [27]. Un tel schéma n'est pas inconcevable dans le secteur biomédical. Il pourrait trouver à se réaliser en particulier pour faire écho à une garantie comme le droit à la protection de la santé.

Les normes directrices qui fondent des droits subjectifs, quant à elles, se présentent avant tout comme des garanties classiques d'inspiration libérale : droits de la première génération auxquelles s'adjoignent quelques droits de la deuxième génération tels que la liberté syndicale ou le droit de grève. À l'instar des garanties objectives, elles ne s'imposent pas aux individus dans leurs relations mutuelles. Elles ne sont pas pour autant dénuées d'effets à ce niveau.

---

[22] Cette dernière expression est privilégiée afin d'éviter toute confusion avec les droits subjectifs d'une part, avec le droit objectif d'autre part, et pour englober aussi les normes constitutionnelles directrices qui prennent la forme de directives constitutionnelles déterminant les contours de la politique à mener dans un secteur donné (*supra*, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la Section 2).

[23] Const. espagnole, art. 53, § 2.

[24] Les garanties objectives qui présentent un caractère économique, social ou culturel illustrent la fonction de prestation qui incombe à l'État aux côtés des fonctions de police et de relations internationales (*supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, A, 2). Plus généralement, les garanties objectives – quelle que soit leur nature – indiquent autant de manières de contribuer activement à l'épanouissement de l'homme au sein de la société et d'assurer ainsi la réalisation d'un certain bien public (*supra*, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la Section 2).

[25] Const. espagnole, art. 53, § 3.

[26] Const. espagnole, art. 53, § 3: les principes directeurs de la politique sociale et économique « ne pourront être allégués que devant la juridiction ordinaire conformément aux dispositions des lois qui les développent ».

[27] Sur l'ensemble de la question des garanties objectives, voy. P. BON, *op. cit.*, p. 71 ; IDEM, « Le Tribunal constitutionnel espagnol. Présentation du tribunal », *Cahiers Cons. const.*, 1996, n° 2, *www.conseil-constitutionnel.fr*, p. 14 ; F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 279 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, pp. 435-436 et 471 ; M. VERDUSSEN, Exposé devant la Commission des affaires institutionnelles du Sénat, Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-465/4, p. 57.

L'article 35, § 3 de la Constitution suisse le rappelle en indiquant que « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux[28], dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ».

Dans la lecture traditionnelle qui en est faite, les normes constitutionnelles énonçant des droits subjectifs imposent aux autorités constituées des *obligations d'abstention*. Elles interdisent aux autorités de porter atteinte à la garantie qu'elles énoncent, de quelque manière que ce soit, dans le chef des individus. Elles leur défendent donc, entre autres, d'obliger les particuliers à adopter vis-à-vis d'autres particuliers un comportement contraire à cette garantie. De sorte que celle-ci se trouve consacrée jusqu'à un certain point dans les relations horizontales, il est vrai sans être le fait d'une obligation corrélative dans le chef d'un autre particulier.

Par ailleurs, on ne saurait perdre de vue une deuxième lecture des droits subjectifs, que la jurisprudence et la doctrine contemporaines mettent à jour avec de plus en plus d'insistance. Il s'agit d'une lecture dynamique objective, qui conduit à y déceler des valeurs à préserver activement dans la société politique concernée et en déduit dès lors, à charge des autorités, des *obligations de prestation*. Ainsi conçue, la garantie constitutionnelle n'est pas orientée seulement vers la préservation d'intérêts individuels qui se trouveraient menacés par le pouvoir. Elle est aussi un « élément[...] d'ordre de valeur objectif », une « décision fondamentale de la Constitution en faveur de ces valeurs »[29]. Elle impose aux autorités de prendre toutes les mesures nécessaires à sa préservation[30].

Ces mesures concernent les rapports verticaux qu'elles nouent avec les particuliers, bien sûr, mais aussi les rapports horizontaux qui s'établissent entre ceux-ci. Les autorités peuvent recourir à des normes pénales, à des normes impératives, à des clauses générales telles que celle relative au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, pour imposer à certains particuliers des obligations à assumer vis-à-vis d'autres particuliers[31] [32]. Dans le secteur biomédical, un tel schéma devrait trouver à se concrétiser au départ de la plupart des garanties constitutionnelles dont on a relevé la pertinence dans le secteur : droit à la vie, droit à l'intégrité physique, doit au développement de la personnalité, liberté de conscience, droit au respect de la vie privée, etc.[33].

---

[28] Le constituant suisse distingue les droits fondamentaux (art. 7 à 36) des « buts sociaux » (art. 41), ceux-ci correspondant aux garanties objectives évoquées dans la présente étude dès lors qu'« aucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut [en] être déduit directement » (art. 41, § 4).

[29] R. ARNOLD, *op. cit.*, p. 439.

[30] Il y a là aussi des indications qui doivent guider les autorités sur la voie de l'épanouissement de l'individu au sein de la société et, par conséquent, vers la réalisation d'un certain bien public (*supra*, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la Section 2).

[31] L'intervention constitutionnelle dans les rapports horizontaux peut également prendre la forme d'une interprétation constitutionnelle conforme des règles de droit civil.

[32] Sur l'ensemble de la question, voy. C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, P.U.F., 1997, pp. 119-121 ; P. BON, « Le Tribunal constitutionnel espagnol... », *op. cit.*, p. 14 ; F. DELPÉRÉE, « La constitutionnalisation... », *op. cit.*, p. 226 ; F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel..., op. cit.*, pp. 278-280 ; L. FAVOREU *et alii*, *op. cit.*, pp. 737-738 et 753-755 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 436 et 471 ; M. VERDUSSEN, Exposé devant la Commission..., *op. cit.*, pp. 57-58.

[33] L'art. 10 de la loi belge relative aux droits du patient offre à cet égard un exemple particulièrement clair du souci des autorités de faire écho aux normes directrices de la Constitution au cœur des relations entre particuliers. Son § 1er impose en effet au praticien professionnel de respecter la vie privée du patient lors de chacune de ses interventions. Il transpose de cette manière, au cœur de la relation de soin, l'art. 22 de la Constitution, qui renvoie à l'art. 8 de la CEDH. Le souci de transposition est tel que, dans la foulée, le § 2 va jusqu'à ajouter que le droit du patient ne peut faire l'objet d'aucune ingérence, « sauf si cela est prévu par la loi et est nécessaire pour la protection de la santé publique ou pour la protection des droits et des libertés de tiers ». Le Conseil d'État observe à cet égard que l'indication n'a pas à figurer dans la loi, puisqu'elle s'adresse à l'autorité et que « c'est par la loi [...] elle-même que l'autorité satisfera à cette exigence » (Avis de la section de

Des autorités publiques considérées comme autant de relais de la Constitution. Des professionnels et des tiers profanes qui, sans bénéficier de cette qualité, font toutefois figure de points d'ancrage de celle-ci, tenus par ses exigences à travers les normes et les décisions des autorités. Au cœur de l'approche de la question repère telle qu'elle est conçue à ce stade, l'ancrage constitutionnel apparaît *étendu*. Il convient néanmoins de vérifier si, compte tenu de sa configuration, il peut aussi être considéré comme un ancrage de qualité.

2. *La qualité de l'ancrage*

De manière générale, l'ancrage constitutionnel tend à présenter, dans l'hypothèse envisagée, un ensemble de caractères qui ont pour effet de le rendre *efficace*. Cela ne signifie pas qu'il implique *de facto*, en toutes circonstances, l'imprégnation constitutionnelle de l'approche développée autour de la question repère. Cette imprégnation est fonction non seulement de l'ancrage dont la Constitution dispose en son sein mais aussi de la mesure dans laquelle celle-ci est à même de la marquer de son empreinte[34]. En l'occurrence, l'efficacité de l'ancrage tient à ce qu'il *ouvre la voie* à une imprégnation constitutionnelle de l'ensemble des réponses données à la question repère. Il rend possible une *constitutionnalisation en cascade* de ces réponses : il amène les professionnels de terrain et les tiers profanes à faire une application effective de solutions spécifiques qu'ils peuvent difficilement ignorer, solutions pleinement imprégnées des exigences structurantes et directrices de la Constitution.

Il est clair, en effet, que les particuliers intervenant sur le terrain biomédical ne se voient pas imposer des actes qui se présentent en ordre dispersé, faisant chacun une application propre de la Constitution au risque de se révéler contradictoires. Les autorités qui les obligent sont celles qu'évoque le modèle constitutionnel de l'approche bioéthique : des autorités investies de fonctions différentes qui les amènent à articuler leurs actions respectives, c'est-à-dire à intervenir en tenant compte de l'action conduite ou à conduire par d'autres[35]. Le processus s'analyse à trois niveaux distincts.

Au premier niveau se situent les *autorités investies de la fonction de gouvernement*. Celles-ci interviennent avant toute autre autorité, en raison même de la fonction qui est la leur. En pratique, elles ont l'obligation d'exercer cette fonction en observant les normes structurantes et les normes directrices de la Constitution. Elles doivent en faire une application directe, en leur qualité de relais de celle-ci. Décidées à apporter une solution à la question repère, elles sont donc supposées décoder les normes constitutionnelles de référence sous l'angle particulier de la matière biomédicale, mettant ainsi en lumière les modèles que la Constitution leur livre en ce domaine. Dans la foulée, elles sont censées s'appuyer sur ces normes pour régler la question. C'est-à-dire donner à celle-ci une réponse imprégnée des exigences constitutionnelles à un double point de vue[36].

Tout d'abord, les autorités de gouvernement doivent observer la Constitution au regard des questions organisationnelles intrinsèquement liées à la question repère : ces questions relatives à l'identité des acteurs habilités à la résoudre et aux modalités d'intervention qu'ils doivent privilégier pour ce faire.

---

législation du Conseil d'État, du 4 déc. 2001, sur un projet de loi relatif aux droits du patient, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 2001-2002, n° 1642/1, p. 69).

[34] *Infra*, Titre II.

[35] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 2.

[36] On rappelle que la mesure dans laquelle les autorités se conforment à pareilles obligations est examinée dans un chapitre à part, qui évalue l'empreinte de la Constitution sur l'approche bioéthique (*infra*, Chapitre II).

En l'occurrence, la question de l'*identité* se résout d'elle-même. Le simple fait que les autorités de gouvernement appréhendent la question repère est en accord avec les normes structurantes de la Constitution[37]. Il y a là un premier facteur de constitutionnalisation.

La question des modalités, elle, s'avère un peu plus complexe. Concrètement, il revient aux autorités de gouvernement de donner à leur action la *forme* – l'expression est entendue au sens large du terme – requise par la Constitution. En clair, une *nature*, une *portée* et une *ampleur* qui correspondent aux prévisions de ses normes structurantes. Nature et portée de l'action ne requièrent pas de longs développements. Les autorités de gouvernement doivent faire usage du type de normes auxquelles la Constitution leur permet de recourir : normes de type juridique, souvent législatives, parfois réglementaires[38]. L'ampleur de l'action, par contre, retient davantage l'attention. Les autorités de gouvernement doivent agir dans les limites que leur impose l'éventuelle répartition des compétences opérée entre les collectivités fédérale et fédérées[39]. Surtout, elles doivent exercer valablement la fonction de gouvernement qui leur incombe.

À cet égard, il leur appartient d'assumer pleinement le rôle de premier plan qui leur incombe au sein de l'approche bioéthique[40] en vue d'assurer en ce domaine la réalisation du bien public[41]. Il leur revient en même temps de conserver à leur intervention le caractère mesuré qu'impose ce bien public dans le contexte spécifique de la question repère. Entrent ici en ligne de compte les considérations relatives à l'exigence de polyphonie normative que l'on a dégagée plus haut. À tout le moins celles de ces considérations qui concernent l'intervention d'acteurs appelés à agir après que les autorités se soient saisies de la problématique[42] : c'est la nécessité de préserver la sphère intime des individus[43] ; c'est aussi la possibilité de procéder à des délégations mesurées au profit des professionnels de la santé.

Dans le même ordre d'idées, les autorités de gouvernement doivent éviter d'empiéter sur le domaine qui relève des autorités investies de la fonction d'administration[44]. Elles doivent s'abstenir de régler dans le détail les facettes de la question repère sur lesquelles l'intervention des autorités constituées se conçoit dans une optique de polyphonie normative. La mise en œuvre des choix de principe qu'elles formulent appartient aux autorités d'administration et aux éventuelles autorités administratives spécialisées.

Dès lors que les autorités de gouvernement veillent à observer ces différents types d'exigences en leur faisant écho dans le contexte spécifique de la question repère, elles fournissent un ensemble d'*indications formelles* propres à cette dernière. Indications qui demeurent implicites, se dégageant à la fois du type et du contenu des normes adoptées. Sauf lorsque les autorités de gouvernement confient expressément à d'autres acteurs de l'approche, tels que les autorités d'administration ou un groupement professionnel, le soin de régler une facette déterminée de la problématique qu'elles appréhendent.

---

[37] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er et § 2 ; Chapitre II, Section 1, § 1er, A.
[38] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 2, b.
[39] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 2, b.
[40] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 2.
[41] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, A, 1.
[42] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, B.
[43] On rappellera que, sur ce point, les normes constitutionnelles directrices qui veillent à garantir la liberté de l'individu tendent à appuyer les normes structurantes limitant l'intervention des autorités constituées à ce qui est nécessaire pour réaliser le bien public.
[44] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 2.

Ensuite, les autorités de gouvernement doivent apporter une solution constitutionnalisée à la question repère proprement dite. C'est le *contenu* de leur réponse qui est ici en cause. Tel est en effet l'objet même de leur intervention : prendre position sur la matière de cette question, c'est-à-dire définir les options qui semblent à leurs yeux devoir guider sa résolution. Les normes énoncées par les autorités de gouvernement comportent à titre principal un ensemble d'*indications matérielles*, explicites par définition. Il est évident que ces indications doivent elles aussi être imprégnées des exigences constitutionnelles. Tantôt des normes directrices de la Constitution, si la question repère est une question de fond[45]. Tantôt des normes structurantes de la Constitution, pour l'essentiel, si la question repère est une question organisationnelle envisagée pour elle-même[46]. Dans ce dernier cas, les indications matérielles fournies à titre principal portent en grande partie sur la nature, la portée et l'ampleur – en clair, sur la forme – que doit revêtir l'action d'un acteur de l'approche bioéthique que les autorités de gouvernement mettent sur pied.

À quelque point de vue que ce soit, la question repère est donc traitée *au plus près de la Constitution*. De ce fait, elle peut recevoir une réponse directement inspirée de celle-ci. Une réponse centralisée, dès lors qu'elle est formulée non par une multitude d'intervenants mais par les seules autorités de gouvernement. Une réponse qui présente aussi l'avantage d'être énoncée par des acteurs sensibilisés au respect de la Constitution et accoutumés à son maniement – en principe du moins – : compte tenu de la fonction qu'elles exercent et de la position qu'elles occupent en conséquence au regard des normes constitutionnelles, les autorités de gouvernement ont vocation à faire une application directe de celles-ci en toute matière.

Il faut ajouter qu'une soupape de sécurité est prévue pour les cas où les autorités de gouvernement se fourvoieraient dans leur application des exigences constitutionnelles : bien souvent, d'autres relais de la Constitution sont autorisés à vérifier leur action au regard de ces exigences. C'est le juge habilité à contrôler la constitutionnalité des règlements, pour les cas où l'exercice de la fonction de gouvernement passerait par le recours à ceux-ci. C'est aussi et surtout – dans les systèmes où il existe – le *juge constitutionnel* habilité à contrôler la constitutionnalité des lois, lorsque l'exercice de la fonction de gouvernement débouche, comme ce devrait être le plus souvent le cas en matière bioéthique, sur l'adoption de normes législatives. Un tel juge est en mesure de sanctionner les normes adoptées par les autorités de gouvernement qui s'avéreraient inconstitutionnelles, incitant celles-ci à remettre l'ouvrage sur le métier afin de corriger le tir. Les autorités de gouvernement voient ainsi leur action articulée à celle d'un autre acteur qui contribue à son imprégnation constitutionnelle.

L'articulation n'en reste pas là. Un deuxième niveau entre en ligne de compte. Des autorités sont amenées à intervenir pour assurer que la réponse constitutionnalisée donnée à la question repère soit applicable dans le chef des professionnels de terrain et des tiers profanes. Soit les *autorités d'administration* et les *autorités administratives spécialisées*, qui ont vocation à mettre en œuvre les choix initiaux inscrits dans les normes issues de l'exercice de la fonction de gouvernement.

De telles autorités font figure de relais de la Constitution, à l'instar de l'ensemble des autorités publiques. Elles sont habilitées à en faire une application directe. Mais le propos, formulé pour évaluer l'étendue de l'ancrage constitutionnel, gagne ici à être complété et nuancé. Car il est évident que les autorités d'administration et les autorités administratives

[45] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2.
[46] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1.

spécialisées, en raison même de la fonction qui leur est assignée par ou en vertu de la Constitution, sont contraintes de respecter les normes adoptées par les autorités de gouvernement. Dès lors qu'il leur appartient seulement de fixer les moyens aptes à mettre ces normes en œuvre, elles ne peuvent les méconnaître à travers leurs actes propres.

Les autorités d'administration et les autorités administratives spécialisées ne se trouvent donc pas dans la position caractéristique des autorités de gouvernement et du juge constitutionnel, à qui il revient en toutes circonstances de faire une application directe de la Constitution et qui peuvent de ce fait être qualifiés de *relais principaux* de celle-ci. Elles se présentent comme des *relais annexes* de la Constitution. Bien souvent, elles sont tenues de l'observer par l'intermédiaire d'une norme qui s'impose à eux, elle-même conforme à la Constitution, dont le respect est garanti dans leur chef par un ensemble de contrôles de légalité. Étant entendu qu'elles continuent à se différencier des acteurs qui n'ont pas la qualité de relais : là où, en l'absence de toute norme supérieure applicable, ces derniers ne sont pas tenus par la Constitution, elles ont quant à elles vocation à en faire une application directe.

En ce qui concerne la question repère proprement dite, les autorités d'administration et les éventuelles autorités administratives spécialisées sont donc appelées à inscrire leur action dans le prolongement des normes spécifiques qu'ont adoptées les autorités de gouvernement.

Elles doivent observer les *indications formelles* qui s'attachent implicitement – parfois explicitement – à ces normes. En particulier au moment de définir l'*ampleur* de leur intervention propre. À cet égard, il revient aux autorités investies de la fonction d'administration de ne pas empiéter sur le domaine que les autorités de gouvernement se sont réservé en adoptant sur un point réglé par celles-ci une solution différente de celle qu'elles ont retenue. Il leur incombe également de donner à leur action propre une ampleur qui correspond à celle de l'intervention des autorités de gouvernement. Elles ne sauraient prendre prétexte de cette dernière pour étendre indûment sa portée, que ce soit en réglant dans le détail des questions qui ne présentent qu'un lien ténu avec la question repère, en empiétant sur la sphère intime des individus ou en se saisissant de facettes de la problématique que les autorités de gouvernement entendaient réserver aux professionnels de la santé. Les indications formelles sous-jacentes à l'action des autorités d'administration doivent être en phase avec les indications formelles inhérentes aux normes adoptées par les autorités de gouvernement.

Les autorités d'administration et les autorités administratives spécialisées doivent également donner à la question repère des réponses complémentaires dont le *contenu* est conforme aux *indications matérielles* inscrites dans les normes des autorités de gouvernement. En clair, là où elles interviennent sur un point que ces autorités les ont chargées d'appréhender, elles ne peuvent poser des choix qui auraient pour effet de méconnaître les principes posés par celles-ci. Les indications matérielles qu'elles formulent pour leur part ont vocation à enrichir de tels principes, c'est-à-dire à préciser, développer et compléter ceux qui le requièrent de façon à rendre possible leur mise en œuvre. Le cas échéant, elles sont appelées à les appliquer à travers des décisions individuelles et concrètes. Mais elles ne sauraient les altérer.

En procédant de la sorte, les autorités d'administration et les autorités administratives spécialisées font écho aux exigences constitutionnelles qui imprègnent les normes adoptées par les autorités de gouvernement en rapport avec la question repère. *Elles prolongent la constitutionnalisation opérée au niveau de celles-ci.* Elle la renforce, même. Car il leur revient dans le même mouvement d'observer les dispositions législatives générales qui

s'avéreraient pertinentes au regard de la question, elles aussi constitutionnalisées. Il leur appartient en outre de se conformer directement aux exigences de la Constitution dans toute la mesure laissée disponible par les autorités de gouvernement. Bref, il leur incombe de prêter attention à un ensemble d'indications – *indications matérielles* dès lors qu'elles forment l'objet principal et explicite des normes constitutionnelles et législatives évoquées – dont il n'est pas exclu qu'elles puissent les orienter tant du point de vue de la *nature*, de la *portée* et de l'*ampleur* de leur intervention qu'en ce qui concerne le *contenu* de leurs réponses complémentaires à la question repère.

Le tout s'opère moyennant des contrôles qui doivent assurer la réalité de l'imprégnation constitutionnelle. À cet égard, un juge est en principe habilité à sanctionner l'inconstitutionnalité et l'illégalité des actes accomplis par les autorités d'administration comme par les autorités administratives spécialisées. Les particuliers peuvent faire valoir devant un juge le droit subjectif qui leur est reconnu par la Constitution ou par les normes adoptées dans son prolongement et qui se trouverait méconnu par les actes de ces autorités. Enfin, compte tenu de leur statut, les autorités administratives spécialisées sont en principe soumises aussi à des contrôles de tutelle capables d'assurer la constitutionnalité des normes et des décisions qu'elles adoptent.

Un troisième niveau, enfin, doit être pris en considération. Car les actes des autorités de gouvernement et des autorités d'administration s'imposent aux *juridictions* habilitées à contrôler leur respect dans le chef des particuliers, qu'elles se prononcent au pénal ou au civil. Ici encore en raison de la nature de la fonction en cause : tout contrôle postule dans le chef de l'autorité qui l'exerce l'observation des actes dont elle est censée assurer le respect par un tiers[47]. En l'occurrence, le juge compétent pour contrôler la conduite des particuliers peut s'assurer qu'au terme du parcours, les professionnels de terrain et les tiers profanes ont observé les normes spécifiques des autorités de gouvernement ainsi que les normes et décisions adoptées dans leur prolongement par les autorités d'administration et les éventuelles autorités administratives spécialisées. Autrement dit, qu'ils ont donné à leur action une *ampleur* et un *contenu* conformes aux indications formelles et matérielles précises qui s'attachent à l'ensemble de ces actes. Indications toutes imprégnées, directement ou non, des exigences structurantes et directrices de la Constitution. De sorte que *l'intervention du juge a pour effet de prolonger la constitutionnalisation opérée aux niveaux antérieurs*, jusque sur le terrain même où se développe la pratique biomédicale.

Certes, cette intervention s'opère *a posteriori*, non *a priori*. C'est-à-dire, le cas échéant, « quand le mal est fait ». Ceci peut soulever des difficultés dans un domaine tel que la biomédecine, où nombreux sont les actes posés qui s'avèrent irréversibles et rendent dès lors la réparation en nature difficile à pratiquer. En outre, cette intervention juridictionnelle conserve une portée limitée : le juge n'est appelé à dire le droit que dans un cas d'espèce. Il reste que ce juge devrait être saisi lorsque cela s'avère nécessaire, soit par le ministère public chargé d'agir au pénal, soit par un professionnel, un patient, un sujet de recherche ou un proche lésé. Car les normes relatives à la question repère, dont on postule l'existence à ce stade de l'analyse, sont affectées d'une visibilité particulière du fait de leur spécificité. Plus généralement, elles sont le résultat d'un débat que la société tout entière a mené en rapport avec cette question précise, de sorte que le souci de les faire respecter devrait être partagé par le plus grand nombre. En l'occurrence, cette intervention probable du juge en cas de violation

[47] Sous réserve, bien sûr, des cas où cette autorité combine à ce contrôle celui des actes en cause au regard des normes hiérarchiquement supérieures, ce qui peut l'amener à les écarter en tant qu'ils sont non valides.

des normes ou des décisions applicables joue un rôle dissuasif efficace. Elle incite au respect de celles-ci. Elle parachève bel et bien le tableau de la constitutionnalisation.

Une seule exception doit être signalée. Elle concerne l'hypothèse où la question repère a été saisie par les autorités de gouvernement à une époque qui, sans être toujours ancienne, s'avère néanmoins antérieure à celle du plein essor de la biomédecine. Une telle hypothèse peut trouver à se vérifier au regard de questions comme l'avortement ou la contraception, qui demeureraient sous l'empire d'un régime juridique adopté avant les années septante. Concrètement, elle se rapproche à plus d'un égard des situations caractérisées par l'absence de normes spécifiques à la question bioéthique repère. On ne saurait dès lors détailler ici l'ensemble de ses implications en termes d'ancrage constitutionnel : renvoi est fait – *mutatis mutandis* – à l'analyse consacrée à la configuration de l'ancrage dans ces autres situations[48]. On se contente de relever à ce stade que la parenté à établir avec les situations caractérisées par l'abstention des autorités de gouvernement n'est pas neutre. Elle atteste que l'ancrage de la Constitution, dans l'hypothèse particulière évoquée, ne saurait s'avérer aussi efficace qu'il ne l'est au cœur de la cascade que l'on a décrite : l'abstention des autorités de gouvernement, on l'a déjà signalé, va de pair avec un ancrage constitutionnel fragile.

Il reste qu'une telle hypothèse est appelée à demeurer relativement exceptionnelle, vu le faible nombre de normes adoptées avant que ne se déploie la biomédecine sur des questions aujourd'hui qualifiées de bioéthiques. Le plus souvent, les autorités de gouvernement seront intervenues au cœur du contexte nouveau, en tenant compte de ses particularités. Une conviction s'impose ainsi au terme de l'analyse. Elle consiste à affirmer que, lorsque les autorités de gouvernement ont appréhendé la question repère, la Constitution est en mesure d'infléchir largement l'approche de cette question. Car les points d'ancrage constitutionnels sont nombreux. Ils sont appelés à interagir de telle façon que leurs actes se trouvent constitutionnalisés à quelque niveau que ce soit, en ce compris dans le chef des professionnels de terrain et des tiers profanes confrontés à la question. Le tout au départ d'une même source, à savoir les autorités de gouvernement qui assument le rôle de relais principaux. En somme, l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche bioéthique se présente ici comme un ancrage *ferme*. Il le restera tant que les normes spécifiques des autorités de gouvernement demeureront en phase avec les normes constitutionnelles. C'est-à-dire, concrètement, avec le « consensus social fondamental »[49] qui porte sur l'interprétation de ces normes, et singulièrement de ses normes directrices[50]. Un consensus au respect duquel les autorités pourront veiller en amendant si nécessaire, au moment voulu, les normes spécifiques qu'elles ont pris soin d'adopter.

B. Une constitutionnalisation complémentaire

À ce stade de l'analyse, l'ensemble des intervenants n'ont pas été pris en compte parmi ceux qui sont susceptibles d'appréhender la question repère. Il faut compléter la perspective en s'intéressant à l'action des associations professionnelles, des ordres professionnels, des comités d'éthique. Autant d'intervenants dont l'existence ne s'impose pas d'elle-même dans un ordre juridique donné, mais qui est désormais présumée pour les besoins de la réflexion.

---

[48] *Infra*, § 2, A, 2.

[49] M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, *op. cit.*, p. 84.

[50] Pour davantage de précisions concernant un tel consensus, voy. *infra*, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 2, a, quant à sa prise en compte par le juge constitutionnel, et Troisième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er, concernant sa prise en considération par le constituant.

Car lorsqu'ils existent, ils ont eux aussi vocation à infléchir l'action des protagonistes de la biomédecine, et plus particulièrement des professionnels de terrain.

L'intervention de ces acteurs n'hypothèque-t-elle pas l'efficacité de l'ancrage tel qu'il se conçoit au niveau des autorités constituées et des éventuelles autorités administratives spécialisées ? Ne risque-t-elle pas de faire obstacle à la constitutionnalisation en cascade que celles-ci assurent au regard de la question repère ? C'est ce que l'on vérifie successivement du point de vue des groupements professionnels (1) et des comités d'éthique (2) qui interviendraient sur la question repère.

1. La constitutionnalisation par l'entremise des groupements professionnels

Les ordres professionnels, d'origine publique, et les associations professionnelles, créées à l'initiative des praticiens concernés, ont pour vocation d'assurer et de promouvoir la moralité de la profession dont ils sont issus, sa qualité et, par là, sa bonne renommée. Dans cette optique, on le rappelle, ils sont amenés à adopter des régulations qui prennent tantôt la forme de *guidelines* non contraignantes, tantôt la forme de règles déontologiques obligatoires pour les membres de la profession. Ils peuvent également énoncer des décisions disciplinaires qui se prononcent sur l'éventuelle violation dont les règles déontologiques auraient fait l'objet[51].

Lorsqu'ils développent une telle action régulatrice et décisionnelle, les groupements professionnels sont-ils vecteurs de constitutionnalisation ? Tout dépend du point de savoir s'ils peuvent ou non être considérés comme des points d'ancrage de la Constitution. Or, une réponse évidente ne s'impose pas à première vue. Car une telle qualité suppose que l'application de normes juridique se conçoive dans leur chef. Et il n'est pas manifeste que cela soit le cas. Leur qualificatif même le laisse entendre : les groupements professionnels présentent la particularité d'évoluer dans des sphères extérieures au droit. Il convient donc de vérifier dans quelle mesure ils peuvent voir leur action infléchie par la règle juridique (a) avant de se prononcer sur la configuration de l'ancrage constitutionnel à leur niveau (b).

a. Le respect de la règle de droit

La question des rapports à établir entre normes professionnelles et normes juridiques n'est pas neuve. Aujourd'hui encore, elle fait l'objet de positions tranchées en faveur de la prépondérance des premières sur les secondes[52]. On en tient pour preuve cette résolution que le Conseil de l'Association médicale mondiale a adoptée lors de sa réunion de mai 2003, en réaction à une modification projetée du Code de déontologie médicale belge visant à permettre aux médecins de participer à un acte d'euthanasie conformément à la loi du 28 mai 2002. Le Conseil adopte une position sans nuance : « les valeurs éthiques et les principes légaux sont habituellement étroitement liés mais les obligations éthiques dépassent normalement les devoirs légaux. [...] Lorsque la loi est en conflit avec l'éthique médicale, les médecins devraient travailler à changer la loi. Dans le cas d'un tel conflit, les responsabilités éthiques supplantent les obligations légales ».

Si l'on part du principe que les expressions « valeurs éthiques », « obligations éthiques », « responsabilités éthiques » et « éthique médicale » renvoient ici notamment à des règles professionnelles, ce qui est le cas vu que la régulation dénoncée est un Code de déontologie, on constate que l'Association médicale mondiale défend effectivement la primauté des règles

[51] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B, 2 et C.
[52] B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.* , p. 549.

adoptées par la corporation des médecins sur la règle de droit. On trouve là une manifestation concrète de cette méfiance qui imprègne les relations entre la science et le droit[53].

En réalité, la question des rapports entre normes juridiques et normes professionnelles n'est rien d'autre qu'une traduction de la problématique qui se développe autour de l'autorité du modèle constitutionnel de l'approche bioéthique, c'est-à-dire de la légitimité dont les autorités constituées sont revêtues pour mener une action de premier plan en matière bioéthique. Le fait pour un groupement professionnel de se soumettre aux normes juridiques revient en effet, dans son chef, à admettre le rôle prépondérant des autorités constituées qui en sont l'auteur, donc, à admettre le modèle constitutionnel. Quant aux positions tranchées que l'on vient d'évoquer, elles sont un écho des contestations dont celui-ci fait l'objet par rapport au modèle concurrent de l'approche professionnelle.

Or, on a montré que ces contestations ne reposent pas sur des arguments convaincants et qu'elles doivent en conséquence être rejetées[54]. Très logiquement, un même raisonnement et une même conclusion s'imposent au regard de la question ici abordée. Ainsi, il faut relever que la norme juridique est l'instrument octroyé aux autorités constituées pour assumer les fonctions politico-sociales, et notamment la fonction de police, qui doivent permettre de réaliser le bien public au sein de la société politique concernée. Elle a vocation à poursuivre la matérialisation du bien de tous au sein du groupe social. Par contre, qu'elle soit ou non contraignante, la norme professionnelle est l'instrument attribué à une profession donnée, ou que celle-ci s'est elle-même attribuée, pour faire écho aux intérêts de la profession. La norme professionnelle, et la décision disciplinaire qui s'inscrit le cas échéant dans son prolongement, ont pour vocation première de satisfaire des intérêts particuliers. Quand bien même elles pourraient tenir compte d'intérêts extérieurs, et notamment de ceux des patients, elles demeurent suspectes, jusqu'à un certain point, du fait de leur provenance. Elles ne peuvent être assimilées à un instrument visant à réaliser le bien public[55].

Dès lors que la réalisation du bien de tous ne peut être entravée au nom des intérêts de quelques-uns, il faut admettre que, dans le chef des groupements professionnels, les normes juridiques l'emportent sur les actes de nature professionnelle. Ceux-ci demeurent subordonnés aux règles de droit. Les *guidelines*, les règles déontologiques et les décisions disciplinaires des groupements professionnels doivent être conformes aux indications que leur imposent les autorités constituées. À commencer, pour ce qui est des ordres professionnels, par celles contenues dans les normes juridiques qui les mettent sur pied. C'est ce principe que rappelle notamment le Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses, adopté le 12 décembre 1996 : le préambule de ce Code stipule sans ambiguïté que « la législation fédérale ou cantonale [...] prime dans tous les cas » ses propres dispositions.

Une seule réserve paraît s'imposer, mais elle tient au bon sens : il faut que le contenu des normes juridiques en cause s'avère pertinent du point de vue des groupements professionnels. Ainsi, l'application aux autorités disciplinaires des normes qui énonceraient des garanties procédurales – ces « droits garanties » tels que le droit à un tribunal indépendant et impartial et les droits de la défense – suppose que les procédures disciplinaires soient considérées comme portant sur des contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil ou

[53] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er.
[54] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er.
[55] Certes, faire écho à aux intérêts en cause peut contribuer à réaliser le bien public. C'est la raison pour laquelle l'intervention des associations et des groupes professionnels est admise sur certains points. Mais il ne saurait passer en toutes circonstances par la satisfaction des intérêts professionnels au sein de la société politique.

sur des accusations en matière pénale. Or, tel n'est pas nécessairement le cas, comme en témoignent les hésitations qu'a suscitées l'application à ces procédures de l'article 6 de la CEDH[56].

On rappellera aussi que les règles déontologiques énoncées au sein d'un ordre professionnel peuvent elles-mêmes se trouver élevées au rang de règles de droit. Comme on l'a noté, en effet, leur caractère contraignant dépend dans certains ordres juridiques de l'intervention des autorités constituées[57]. Dans ce cas, il est bien évident que, revêtues de la force du droit, les règles déontologiques s'imposent à l'ordre professionnel au sein duquel elles ont vu le jour au même titre que toute autre norme juridique. Elles obligent tant ses autorités régulatrices que ses autorités disciplinaires. C'est ainsi que, dans l'hypothèse où le Code de déontologie médicale recevrait force obligatoire en Belgique, les conseils provinciaux de l'Ordre des médecins, investis de la mission disciplinaire, seraient tenus de sanctionner les comportements contraires à ceux qu'il érige en infractions dès l'instant où ils seraient avérés[58].

b. L'ancrage constitutionnel

La solution retenue quant aux rapports entre normes juridiques et normes professionnelles permet de se prononcer sur la problématique de l'ancrage constitutionnel telle qu'elle se présente dans le chef des groupements professionnels.

Il apparaît en effet que, lorsque ceux-ci sont amenés à appréhender la question repère, par exemple sur la saisine de certains de leurs membres, ils doivent observer les normes juridiques qui s'y rapportent : les normes spécifiques à cette question – celles adoptées par les autorités investies de la fonction de gouvernement, complétées le cas échéant par les autorités d'administration et par les éventuelles autorités administratives spécialisées –, les normes générales qui leur sont applicables, les éventuelles règles déontologiques qui ont été élevées au rang de normes juridiques. Pour autant qu'ils se plient à cette exigence, les groupements professionnels s'ouvrent ainsi au message constitutionnel dont ces règles juridiques assurent la transmission en cascade. Message des normes structurantes de la Constitution, qui dessinent l'essentiel du modèle de l'approche bioéthique dont ils admettent la légitimité en se pliant aux règles de droit. Message des normes directrices de la Constitution, aussi, qui esquissent un modèle de l'homme à promouvoir en biomédecine. En clair, les groupements professionnels qui se rangent aux arguments évoqués se font points d'ancrage de la Constitution au sein de l'approche bioéthique. Leur intervention en rapport avec la question repère est synonyme d'*extension de l'ancrage constitutionnel* : leurs normes et décisions, bien que non juridiques, sont appelées à s'imprégner des exigences constitutionnelles.

Mieux : l'intervention des groupements professionnels devrait *conforter l'efficacité de l'ancrage constitutionnel* constatée au niveau des autorités constituées. Ceci en raison de la manière dont ces groupements acquièrent le statut de points d'ancrage de la Constitution. Dans l'hypothèse envisagée, en effet, cette dernière s'impose à eux très largement, sinon

[56] Voy. *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 2, B, 2, note 212.
[57] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 2, B, 2, note 210 et texte.
[58] Il y aurait là un changement marquant par rapport à la situation existante: à l'heure actuelle, les conseils provinciaux peuvent citer les dispositions du Code ou y faire référence mais non les appliquer directement, leur mission étant de faire respecter les règles de la déontologie médicale (A.R. n° 79 du 10 nov. 1967 relatif à l'Ordre des Médecins, art. 6, 2°) et non celles énoncées par un texte dépourvu d'effets (H. NYS, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, n° 145).

exclusivement[59], par l'intermédiaire des normes adoptées par les autorités de gouvernement et d'administration. Ils ne sauraient donc donner à la question repère une réponse constitutionnalisée propre qui risquerait de court-circuiter celle fournie par les autorités. Ils l'inscrivent dans le droit fil de cette dernière. Ils articulent autour d'elles les normes ou décisions qu'ils adoptent. Bref, ils *prolongent la cascade* que forment les interventions successives des autorités constituées. Ils renforcent ainsi l'emprise de ces interventions, donc de la Constitution qui les imprègne, sur les professionnels de terrain.

Un tel schéma n'est pas idéaliste. Dans l'hypothèse retenue, en effet, les groupements professionnels se voient adresser un message constitutionnel exprimé en des termes clairs : à bien y regarder, ils bénéficient au sujet de la question repère de *quatre catégories d'indications* qui leur permettent de baliser précisément l'action à conduire à son sujet.

Les deux premières catégories recouvrent des indications relatives à la *forme* de l'action. Elles aident les groupements professionnels à préciser leur réponse propre aux questions organisationnelles qui sont intrinsèquement liées à la question repère. Plus précisément à celles d'entre elles qui concernent la nature, la portée et l'ampleur de leur intervention.

D'un côté, il s'agit d'*indications générales* fournies par des règles qui ne concernent pas directement la question repère. Elles sont relativement centralisées en ce qui concerne les ordres professionnels : il s'agit pour l'essentiel des *indications matérielles* explicites énoncées par les normes dont l'objet spécifique est de mettre ces ordres sur pied. Elles demeurent plus diffuses en ce qui concerne les associations professionnelles : elles tiennent avant tout aux *indications formelles* implicitement attachées à l'ensemble des normes juridiques qui s'appliquent à ces associations à quelque titre que ce soit.

Dans l'un et l'autre cas – de façon plus claire dans le premier que dans le second –, ces indications renseignent les groupements professionnels sur la *nature* et la *portée* de l'action qu'ils peuvent mener au regard de la question repère. Elles leur rappellent qu'ils ne peuvent prétendre donner aux instruments dont ils font usage les caractères de la règle de droit, sauf délégation expresse et limitée en ce sens. En outre, elles peuvent aider les groupements professionnels à cerner l'*ampleur* de leur action. Les domaines de compétences définis par les normes qui régissent les ordres professionnels, notamment, peuvent contribuer à définir les facettes de la question repère que ceux-ci sont habilités à aborder – même si l'utilité de pareille contribution risque de demeurer limitée compte tenu du caractère général des indications fournies. Le tout s'opère dans le respect de la Constitution, dès lors que l'ensemble des règles de droit applicables sont censées être compatibles avec les normes constitutionnelles structurantes.

D'un autre côté, des *indications formelles spécifiques* entrent également en ligne de compte : celles-là mêmes qui sous-tendent les normes propres à la question repère qu'ont adoptées les autorités de gouvernement et, dans la foulée, les autorités investies de la fonction d'administration. Dans l'hypothèse ici examinée, en effet, les autorités ont effectivement appréhendé cette question bien précise. Elles ont ainsi défini la mesure dans laquelle elles estiment devoir se prononcer à son sujet au nom de la société. Au moins implicitement. Parfois explicitement lorsqu'elles stipulent dans une ou plusieurs dispositions expresses que telles facettes de la question doivent être réglées par les groupements professionnels.

[59] Une application directe de la Constitution pourrait se concevoir dans le chef des ordres professionnels: organismes de droit public, ceux-ci devraient logiquement être tenus d'observer la Constitution sur les points où aucune norme législative ou réglementaire ne s'imposerait à eux pour traduire les exigences de cette dernière.

Ces derniers trouvent dans de telles indications une explicitation des indications matérielles générales. L'*ampleur* que peut prendre leur intervention s'impose à eux avec netteté, les contours de la sphère où ils peuvent intervenir en tenant compte des intérêts de la profession étant précisés dans le contexte particulier de la question repère. Or, ces contours sont définis dans le respect des normes constitutionnelles structurantes, et au plus près de celles-ci, par des autorités qui en sont des relais principaux. Lorsqu'ils veillent y à cantonner leur action, les groupements professionnels conduisent donc une action constitutionnalisée. Une action qui présente la caractéristique de s'ajuster aussi parfaitement que possible à celle, constitutionnalisée elle aussi, développée par les autorités constituées. Du point de vue des questions organisationnelles intrinsèquement liées à la question repère, l'intervention des groupements professionnels tend donc à *parachever la constitutionnalisation* réalisée par le biais des autorités constituées et des éventuelles autorités administratives spécialisées. Sous cet angle, il y a place pour une *constitutionnalisation complémentaire* de l'approche de la question repère.

Les deux autres catégories d'indications qui s'adressent aux groupements professionnels concernent quant à elles le *contenu* de la réponse à donner à la question repère proprement dite. Ces groupements doivent s'y conformer lorsqu'ils agissent dans la sphère qui demeure ouverte à leur intervention. Concrètement, ils doivent veiller à ce que les éléments de réponse qu'ils procurent à la question repère n'aient pas pour effet de mettre en cause ceux qu'ont formulés les autorités constituées : ils ne peuvent énoncer à destination de leurs membres que des règles ou des décisions qui n'entrent pas en contradiction avec les normes juridiques.

Or, les indications en cause sont des *indications matérielles générales* énoncées dans des dispositions qui ne concernent pas spécifiquement la question repère. Mais ce sont aussi et surtout des *indications matérielles spécifiques*. Celles qui figurent dans les normes propres à cette question que les autorités de gouvernement, et à leur suite les autorités investies de la fonction d'administration, ont adoptées conformément à la Constitution[60]. De sorte qu'ici encore, les groupements professionnels se voient imposer des orientations constitutionnelles explicites, définies au plus près de la Constitution par des autorités qui en sont des relais principaux. En se conformant aux règles juridiques qui les obligent, ils donnent à leur action une dimension constitutionnelle effective. Les règles qu'ils imposent ou suggèrent aux professionnels de terrain s'inscrivent elles aussi dans le prolongement de la Constitution. De surcroît, elles demeurent en phase avec les règles constitutionnalisées qu'ont formulées les autorités constituées, dès lors que c'est de celles-ci qu'elles tiennent les indications relatives à la mise en œuvre de la Constitution. Du point de vue de la question repère envisagée pour elle-même, l'intervention des groupements professionnels tend donc également à *parachever la constitutionnalisation* de l'approche bioéthique. Une *constitutionnalisation complémentaire* de cette approche est ici aussi à l'ordre du jour.

Un exemple illustre le propos. On imagine que les autorités de gouvernement se saisissent de la question de savoir dans quels cas une personne inconsciente, parce que malade, accidentée ou victime de complications opératoires, doit faire l'objet d'une réanimation. À cet égard, elles s'efforcent de prendre en compte deux types d'exigences constitutionnelles.

[60] On peut y ajouter les indications spécifiques ou semi-spécifiques fournies par les éventuelles règles déontologiques élevées au rang de normes juridiques. De telles indications peuvent conforter la réponse apportée par les autorités de gouvernement. Tel sera le cas dans l'hypothèse où elles portent directement sur la question repère, ce qui peut se présenter notamment dans le domaine des droits du patient. De manière plus générale, elles peuvent éclairer ces indications en fournissant des éléments complémentaires pour appréhender la question.

D'une part, le droit à la libre disposition du corps, qu'elles déduisent par exemple du droit au respect de l'intégrité physique attaché au droit au respect de la vie privée. D'autre part, les exigences qui tiennent au principe de dignité. Elles stipulent dans cette optique que la réanimation doit avoir lieu en toutes circonstances, pour autant que deux conditions soient remplies. Tout d'abord, le patient doit n'avoir pas manifesté une volonté contraire dans une déclaration anticipée rédigée en présence de deux témoins qui ne sont pas médecins. Ensuite, les moyens requis par la réanimation ne doivent pas être disproportionnés au regard des suites qui seront les siennes, appréciées tant au regard de l'espérance de vie du patient que du point de vue de la qualité de son existence.

Amenés à mettre en œuvre un tel dispositif, les médecins pratiquant en unité de soins intensifs requièrent de l'association professionnelle qui les regroupent qu'elle énonce des *guidelines* susceptibles de les éclairer sur la manière de mettre en œuvre le principe de proportionnalité consacré par la loi.

En ce qui concerne l'ampleur de son intervention, l'association trouve dans les normes adoptées par les autorités de gouvernement des indications formelles précisant le rôle que ces dernières ont entendu jouer en rapport avec la question repère. Elle constate que ces autorités se sont abstenues de se prononcer sur les critères précis à prendre en compte pour apprécier la durée et la qualité de la vie restante du patient réanimé. Ces autorités ont fixé un principe, jouant par là le rôle prépondérant que leur imposent les normes structurantes de la Constitution. Mais elles n'en ont pas déterminé les tenants et aboutissants dans chaque cas pratique. Une facette de la question demeure donc vierge d'intervention de la part des autorités constituées. L'association professionnelle est en mesure de se prononcer sur ce point. À l'inverse, il ne lui revient pas d'investir le terrain occupé par les autorités de gouvernement. En l'occurrence, elle ne pourrait, par exemple, se mêler de régler la validité de la déclaration anticipée en indiquant que cette déclaration est valable si elle a été reçue par un membre du personnel médical ou du personnel soignant. En s'en tenant à ces balises, l'association conduit une action qui demeure conforme aux prévisions de la Constitution matérialisées dans les dispositions adoptées par les autorités de gouvernement.

L'association trouve également, dans ces dispositions, un ensemble d'indications matérielles relatives à la question repère à proprement parler. Lorsqu'elle intervient dans la sphère qui lui demeure accessible, elle ne peut mettre ces indications en cause. En l'occurrence, elle ne saurait stipuler par exemple que les moyens mis en œuvre pour pratiquer la réanimation doivent être tenus pour disproportionnés dans toutes les hypothèses où le souhait du patient de ne pas être ramené à la conscience apparaît probable au vu des circonstances, quand bien même il ne l'aurait pas exprimé dans une déclaration anticipée. Concrètement, l'association n'est habilitée à se fonder que sur des considérations d'ordre médical. Il lui revient en particulier de préciser le type d'affections pour lesquelles la durée et la qualité de la vie du patient ont de grandes chances d'être gravement affectées en cas de réanimation. En intervenant sur ce terrain, elle ne s'inscrit pas en faux contre la Constitution : elle prolonge les exigences de celle-ci en précisant comment mettre en œuvre les normes juridiques qui s'en font l'écho.

De manière générale, et pour compléter le tableau, il faut ajouter que des recours juridictionnels tendent à appuyer la constitutionnalisation appelée à s'opérer par le biais des groupements professionnels.

Tout d'abord, il faut rappeler qu'un juge disciplinaire est en mesure de sanctionner le comportement des professionnels – et d'eux seuls – qui s'avérerait contraire aux normes déontologiques. Dès lors que ces normes, pour les raisons que l'on a exposées, sont censées être conformes aux exigences constitutionnelles, il y a là une garantie de constitutionnalisation assurée au stade ultime des professionnels de terrain.

En outre, l'imprégnation constitutionnelle des normes et des décisions professionnelles tend elle-même à être garantie par des recours juridictionnels qui assurent l'application de la règle de droit dans leur chef. Certes, l'intensité et l'efficacité de ces recours peuvent varier d'un système juridique à l'autre et, au sein d'un même système, suivant le fait que le groupement en cause est un ordre d'origine publique ou une association d'origine privée[61]. Ils devraient néanmoins assurer une forme de « garantie de constitutionnalisation ».

Ainsi, en Belgique, le Conseil d'État est compétent pour sanctionner les normes adoptées par l'Ordre des médecins lorsqu'elles se donnent une portée réglementaire qu'elles ne peuvent avoir[62]. La Cour de cassation peut connaître des recours dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les conseils provinciaux et par les conseils d'appel de l'Ordre – érigés en autorités disciplinaires par l'A.R. n° 79 du 10 nov. 1967 –, ceci pour contravention à la loi ou violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité[63]. Par ailleurs, la responsabilité civile de l'Ordre des médecins ou d'une association professionnelle pourrait être mise en cause du fait des règles et des décisions qu'ils ont adoptés : l'incitation des membres de la profession à suivre une ligne de conduite illégale pourrait faire figure de faute que le groupement professionnel se devrait de réparer au cas où elle aurait causé un dommage.

Au terme du parcours, il apparaît que l'intervention des groupements professionnels en rapport avec la question repère, loin de porter atteinte à la *fermeté* de l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche de celle-ci, est amenée à l'assurer un peu plus encore : en principe, elle étend cet ancrage en confortant son efficacité. En principe, car la conclusion suppose bien évidemment que des résistances ne se manifestent pas dans le chef des groupements professionnels quant à l'obligation qui leur incombe d'appliquer les règles de droit – résistances semblables à celles que l'on a évoquées au niveau de l'Association médicale mondiale. Plusieurs remarques doivent être formulées sur ce point.

En premier lieu, et de manière générale, il est vraisemblable que les groupements professionnels se montrent plus sensibles à la place qui leur revient au sein de la société politique, donc au respect du droit, que les professionnels agissant isolément sur le terrain. En témoigne un texte comme le Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses, dont

---

[61] Voy. notamment la question que pose L. Garlicki de savoir si la Cour constitutionnelle polonaise peut vérifier la constitutionnalité du Code d'éthique médicale adoptée par le Congrès polonais des médecins (L. GARLICKI, *op. cit.*, p. 201).

[62] Concrètement, l'Ordre ne dispose pas en tant que tel d'un pouvoir réglementaire. Nul acte dont il est l'auteur (avis des conseils provinciaux, avis du conseil national, ...) ne peut revêtir un caractère réglementaire. Pas même le Code de déontologie élaboré par le Conseil national: celui-ci ne peut recevoir force obligatoire que par le biais d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, inexistant à l'heure actuelle. Dans ce contexte, soit la règle ordinale ne peut être considérée comme un acte réglementaire dans la mesure où elle ne revêt pas l'apparence d'un acte de ce type. Le Conseil d'État doit alors se déclarer incompétent. Mais, dans ce cas, le respect des normes juridiques structurantes est un fait. Soit cette règle revêt l'apparence d'un acte réglementaire. Dans cette hypothèse, la juridiction administrative est compétente pour en connaître, étant entendu qu'elle doit l'annuler puisqu'il n'appartient pas aux instances de l'Ordre d'adopter de tels actes. L'intervention du juge administratif a pour effet de faire respecter les attributions exclusives dont disposent les autorités investies, dans la société politique, des fonctions de direction et d'administration (Voy. à titre d'exemples: C.E., 29 janv. 1993, n° 41.825 ; C.E., 9 juin 1993, n° 43.258 ; C.E., 23 déc. 1993, n° 45.471).

[63] A.R. n° 79, art. 23, al. 1er ; Code judiciaire, art. 614, 2°.

on a signalé plus haut qu'il confirme pleinement la prépondérance de la règle de droit sur la règle professionnelle.

Ensuite, il est probable que la formulation par les autorités de gouvernement d'une réponse spécifique à la question repère tende à faire fléchir, *de facto*, l'éventuelle opposition qui se dessine dans les milieux professionnels à l'encontre du droit. La violation patente de normes juridiques spécifiques à cette question devrait en effet apparaître comme une contradiction trop radicale avec la règle de droit pour être admise au sein même des professions concernées[64]. N'est-ce pas dans cette optique que s'inscrivait l'Ordre belge des médecins en adoptant l'attitude critiquée par l'Association médicale mondiale, c'est-à-dire en envisageant de modifier le Code de déontologie dans le sens voulu par la loi relative à l'euthanasie ? Il y a là un facteur d'importance, qui plaide dans le sens d'une concrétisation effective de la constitutionnalisation dans l'hypothèse retenue.

Enfin, des mesures concrètes peuvent être adoptées pour asseoir le respect du droit dans les milieux professionnels. De ce point de vue, renvoi doit être fait, à nouveau, à l'indispensable formation des professionnels de la santé, susceptible d'aider ceux-ci à prendre conscience des enjeux qui se cachent derrière la norme juridique. En outre, un élément d'ordre factuel ne doit pas être négligé. Il se peut en effet que les résistances au respect du droit se présentent davantage au niveau des associations professionnelles d'origine privée qu'au niveau des ordres professionnels d'origine publique. Ceci en raison même de leur statut d'institutions de droit public. Si tel est effectivement le cas, la mise sur pied d'ordres professionnels pourrait contribuer à diminuer les menaces qui pèsent sur la constitutionnalisation de la matière biomédicale. D'une part, parce qu'elle aurait pour effet de restreindre l'ampleur de l'intervention des associations professionnelles[65]. D'autre part, parce que l'action de ces ordres pourrait inciter les associations à demeurer dans le cadre de l'orthodoxie juridique et constitutionnelle.

2. *La constitutionnalisation par l'entremise des comités d'éthique*

L'analyse requiert ici d'opérer une distinction entre les comités d'éthique locaux (a) et le comité d'éthique national (b).

a. Les comités d'éthique locaux

On l'a relevé : tantôt d'origine publique, tantôt d'origine professionnelle, les comités d'éthique locaux sont le plus souvent amenés à exercer une fonction bioéthique de décision en émettant un avis consultatif ou obligatoire. Plus rarement, il leur est demandé d'énoncer des *guidelines* pour l'hôpital ou l'ensemble d'hôpitaux dont ils relèvent, c'est-à-dire d'exercer une fonction bioéthique de régulation éthique[66]. Comme au niveau des groupements professionnels, il faut se poser la question de savoir si, à travers de telles activités, les comités

---

[64] Les solutions consacrées par les normes applicables pourraient par contre faire l'objet de critiques de la part des professionnels, qui pourraient en conséquence chercher à obtenir leur modification. Il va de soi qu'une critique de ce genre, lorsqu'elle est présentée de manière constructive, s'avère bénéfique au cœur d'une société démocratique.

[65] Dans les systèmes juridiques où les ordres professionnels font défaut, les associations professionnelles tendent à assumer, avec les moyens dont elles disposent, une partie des missions qui incomberaient à ces ordres. Elles prennent en charge, notamment, l'énonciation de normes déontologiques et la mission disciplinaire qui l'accompagne. Ainsi la Fédération des médecins suisses, association de droit privé, a-t-elle édicté le Code de déontologie déjà évoqué, plusieurs fois remanié. Elle a également constitué en son sein des autorités disciplinaires (voy. Chapitre VII du Code du 12 déc. 1996).

[66] Sachant que le débat qu'ils conduisent à cet effet peut en rester au stade de la clarification. Voy., sur l'ensemble de ces considérations, *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, C.

d'éthique sont tenus par la règle de droit (1), avant d'aborder la question de l'ancrage constitutionnel proprement dite (2).

1) Le respect de la règle de droit

Confrontés à la question repère, les comités d'éthique locaux sont naturellement amenés à prêter une attention particulière à un ensemble de *normes professionnelles*. Parce que ces normes s'adressent aux professionnels de terrain qu'ils sont appelés à seconder. Et parce que leur organisation même s'y prête : la plupart du temps, les comités sont majoritairement composés de professionnels de la santé. Y compris lorsqu'ils sont d'origine publique[67].

Les comités d'éthique locaux sont également amenés à prendre en compte des *normes éthiques*. C'est là, probablement, leur raison d'être première. Leur appellation même le laisse entendre : ils se présentent comme des « lieu[x] de discussion éthique »[68]. Leur intervention vise à mettre l'accent sur la dimension éthique d'une pratique expérimentale ou clinique dominée par la technique et, de ce fait, parfois tentée d'oublier la personne humaine au profit de laquelle elle se déploie. À cet égard, il ne faut pas voir un hasard dans le fait qu'ils sont nés dans le sillage des premières difficultés et des premiers scandales qui ont marqué les développements de la recherche et des pratiques biomédicales au tournant des années septante[69]. L'optique est implicitement confirmée par une autorité telle que la section de législation du Conseil d'État de Belgique, qui laisse entendre que les comités d'éthique se présentent au moins comme des lieux d'expression où des professionnels de terrain ont la possibilité de formuler un point de vue à la lumière de normes éthiques[70].

En exerçant leurs missions, les comités locaux sont amenés à se fonder sur les règles éthiques particulières que leurs membres estiment pertinentes au regard de la question qu'ils appréhendent. Il y a là un élément de relativité incontournable. Il faut toutefois noter la tendance qu'ont les comités à se rapporter à un faisceau de règles éthiques plus générales, qui tendent à former comme la toile de fond de leur réflexion. Ils y trouvent des points de repère bienvenus face à des questions d'une grande complexité et d'une grande densité humaine. C'est ce qui autorise le Comité consultatif de bioéthique de Belgique, pour s'en tenir à ce seul exemple, à signaler que « le cadre de référence des comités d'éthique [de la recherche] s'appuie sur quatre principes fondamentaux »[71] : le principe de pertinence, qui suppose de vérifier en quoi l'expérimentation en projet peut nourrir le progrès des connaissances[72] ; le principe de rigueur scientifique, qui exige tant l'adéquation du milieu où l'expérimentation est réalisée que l'exactitude et la précision de la méthodologie mise en œuvre pour la mener à bien ; le principe dit de *primum non nocere*, qui introduit une règle de proportionnalité imposant de « limiter les risques encourus [par le sujet] afin de les maintenir en relation avec

[67] Ainsi, en Belgique, l'annexe de l'A.R. du 23 oct. 1964 portant fixation des normes auxquelles les hôpitaux et leurs services doivent répondre, telle que modifiée par un A.R. du 12 août 1994, stipule que les comités d'éthique hospitaliers sont composés de minimum 8 et maximum 15 membres, dont une majorité de médecins attachés à l'hôpital, au moins un médecin généraliste non attaché à l'hôpital et au moins un membre du personnel infirmier de l'hôpital (A, III, 9°*ter*).

[68] M-H. PARIZEAU, v° *comité d'éthique*, *in* G. HOTTOIS et J.-N. MISSA (dir.), *op. cit.*, p. 191.

[69] *Supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, § 1er. Voy. par exemple G. DURAND, *Introduction générale...*, *op. cit.*, pp. 491-523 ; M-H. PARIZEAU, v° *comité d'éthique*, *op. cit.*, p. 192.

[70] Avis de la section de législation du Conseil d'État, des 22, 25 et 30 juin 1998, sur un projet de loi portant des dispositions sociales, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1997-1998, n° 1722/1, pp. 179-180.

[71] Avis n° 13, du 9 juill. 2001, relatif aux expérimentations sur l'homme, p. 7.

[72] « Pas d'intérêt scientifique, pas de légitimité éthique » (Rapport introductif à l'avis n° 13, du 9 juill. 2001, relatif aux expérimentations sur l'homme, p. 15).

le bénéfice escompté »[73] ; le principe d'autonomie, enfin, qui impose l'information du sujet et l'obtention de son consentement libre[74].

Ces dernières indications l'attestent : la prise en compte de règles éthiques peut conduire le comité d'éthique local à se prononcer très concrètement au regard de *critères scientifiques*, tout comme elles peuvent l'amener à vérifier la présence d'une série d'*éléments de fait*. Ainsi, comment évaluer la pertinence d'une expérimentation sans tenir compte des acquis scientifiques sur lesquels elle se fonde, notamment pour déterminer si elle n'est pas prématurée ? Comment juger de sa rigueur sans procéder à une analyse critique de son protocole, c'est-à-dire des moyens que se donne l'expérimentateur ; sans évaluer la qualité et les compétences de celui-ci ; sans apprécier en quoi l'environnement où elle doit être menée permet de réagir aux éventuels effets indésirables[75] ?

Manifestement, donc, les comités d'éthique locaux évoluent sur plusieurs plans. Ils tiennent compte de différents critères de référence, en une alchimie subtile marquée par l'incertitude quant au contenu de certaines règles auxquelles ils prêtent attention. Sont-ils pour autant habilités à ignorer les *règles de droit* applicables au cas d'espèce ou à l'ensemble de cas d'espèce qu'ils cherchent à appréhender ? De telles règles peuvent faire écho aux normes éthiques[76] ou professionnelles que les comités sont amenés à prendre en compte. Mais tel n'est pas toujours le cas. Des frictions, voire des conflits peuvent se produire. Dans ce cas, les comités d'éthique peuvent-ils méconnaître la norme juridique au nom de considérations éthiques ou professionnelles prépondérantes à leurs yeux ?

Comme au niveau des associations et des ordres professionnels, on ne saurait ignorer ici l'importante problématique de l'autorité du modèle constitutionnel de l'approche bioéthique. Admettre qu'un comité d'éthique méconnaisse les règles de droit applicables au nom des normes professionnelles et éthiques que ses membres estiment devoir observer équivaut à rejeter, dans le ou les cas concernés par son intervention, le rôle prépondérant que la Constitution confie aux autorités constituées dans l'approche des questions biomédicales. Condamner cette solution, c'est au contraire assurer le respect du modèle constitutionnel. C'est maintenir le comité d'éthique dans le rôle second qui lui incombe au même titre qu'à tout acteur qui n'est pas défini directement par la Constitution.

L'autorité du modèle constitutionnel a été admise, tout particulièrement au regard des groupements professionnels. Elle doit ici encore être défendue, pour les mêmes motifs. Tout avis que les comités d'éthique sont amenés à formuler, toute *guideline* qu'ils sont conduits à énoncer au profit de l'institution hospitalière à laquelle ils se rattachent, demeure en effet marqué du sceau des intérêts propres aux membres qui les forment. De sorte que le comité

---

[73] Avis n° 13, du 9 juill. 2001, relatif aux expérimentations sur l'homme, p. 7.
[74] *Ibid.*, p. 7.
[75] Rapport introductif à l'avis n° 13, du 9 juill. 2001, relatif aux expérimentations sur l'homme, pp. 14-15 et 16.
[76] Ainsi, l'art. 11, § 4 de loi belge du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine, qui fait écho à la Dir. (C.E.) n° 2001/20 du Parlement européen et du Conseil, du 4 avr. 2001, stipule notamment que le comité d'éthique compétent pour émettre un avis sur une expérimentation donnée formule cet avis en tenant compte de divers facteurs qui renvoient aux principes dégagées par le Comité consultatif de bioéthique: « la pertinence de l'expérimentation et de sa conception » ainsi que le « bien-fondé des conclusions, particulièrement sur le plan thérapeutique et en matière de santé publique » (1 et 2° – principe de pertinence) ; le « caractère satisfaisant de l'évaluation des bénéfices et des risques attendus » (2° – principe *primum non nocere*) ; le protocole, « la brochure destinée [aux] investigateur[s] », « la compétence de l'investigateur et de ses collaborateurs » et « la qualité des installations » (3°, 5°, 4° et 6° – principe de rigueur scientifique) ; « l'adéquation et l'exhaustivité des informations écrites à fournir ainsi que la procédure à suivre pour obtenir le consentement éclairé », « la justification de la recherche sur des sujets incapables de donner leur consentement ou dont le consentement ne peut être recueilli du fait de l'urgence quant à leur participation à une expérimentation, ls « modalités de recrutement des participants » (11° – principe d'autonomie).

d'éthique doit s'estimer contraint d'observer les règles de droit, vecteurs que se donne la société, par l'intermédiaire de la Constitution, pour tendre à la réalisation du bien de tous. Une trace de semblable obligation peut être trouvée dans le fait que bon nombre de comités comptent un juriste au rang de leurs membres.

Il est vrai qu'en règle, les comités d'éthique locaux sont à la fois pluridisciplinaires – l'observation que l'on vient de formuler le rappelle – et pluralistes. Concrètement, plusieurs professions médicales et paramédicales y sont représentées, aux côtés d'autres professions, juridiques ou non. Leurs avis et *guidelines* ne devraient donc pas être inspirés uniquement par les intérêts particuliers d'une catégorie donnée de professionnels de la santé. D'un autre côté, et sur un autre plan, les membres du comité sont en principe choisis pour refléter des sensibilités différentes du point de vue éthique. Leur action devrait dès lors traduire le souci de réaliser, à travers la solution donnée à un cas précis, le bien de la communauté des hommes – l'éthique ayant vocation à être universelle. Mais de tels motifs ne permettent pas d'estimer que les prises de position du comité pourraient faire fi des règles de droit. Trois arguments plaident en ce sens.

D'une part, la plupart des membres du comité d'éthique sont choisis en tant qu'ils appartiennent à une profession donnée. Pour beaucoup, en fonction de leur appartenance à telles ou telles professions de la santé, majoritaires au sein du comité. Tel est leur premier critère de sélection. Il demeure donc qu'à l'instar de toute intervention professionnelle, leur action, même guidée par les meilleurs sentiments, doit être considérée comme suspecte au sens que l'on a retenu dans la présente étude : il n'est pas impossible qu'elle oriente les avis ou les *guidelines* formulés, même inconsciemment, même partiellement, dans le sens des intérêts professionnels. Tout au plus peut-elle être considérée comme une synthèse de plusieurs types d'intérêts professionnels différents. Encore que, même à ce niveau, le caractère pluridisciplinaire des comités locaux doive être relativisé. Les médecins y représentent généralement une large majorité des membres issus des professions de la santé, de sorte que leurs intérêts sont susceptibles d'influencer la réflexion du comité à plus d'une reprise.

D'autre part, sur le plan éthique cette fois, il apparaît que les choix énoncés au niveau des comités locaux doivent être considérés comme ceux des membres qui le forment. Ils traduisent ce qui est susceptible de réaliser la perfection des hommes et le bien de l'humanité aux yeux de ces individus particuliers, et d'eux seuls. Une conception dont la concrétisation ne garantit pas nécessairement le bien d'un public qui, dans les sociétés contemporaines, a perdu une large part de son homogénéité idéologique et pourrait dès lors ne pas y adhérer. En clair, le bien qui apparaît universel aux yeux des membres du comité peut faire figure de bien particulier aux yeux d'autrui[77]. Le constat se vérifie lorsque le comité affiche un caractère réellement pluraliste. Il est plus vrai encore lorsque ce caractère est moins marqué, comme cela peut être le cas lorsque le comité relève d'une institution de soins guidée par une éthique plus ou moins homogène. Dans ce cas, les courants qui s'expriment en son sein ont des chances de refléter diverses sensibilités qui se dessinent au cœur de l'éthique de référence plutôt que des éthiques différentes.

Enfin, il faut noter dans la foulée que le bien public à réaliser au sein de la société ne se contente pas de la perfection de chaque membre de cette société, objectif ultime des règles

[77] Voy. dans le même sens l'argument avancé à l'encontre du droit naturel que certains verraient bien supplanter les normes constitutionnelles directrices en tant que références suprêmes en matière bioéthique: *supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 2.

éthiques. Des considérations rationnelles et utilitaires entrent également en ligne de compte, qui constituent des exigences propres à l'existence matérielle des individus et donc à la vie en société[78]. Compte tenu de cet élément, il semble que la recherche éthique menée au sein du comité local ne saurait suffire à réaliser le bien de tous à l'instar de la règle juridique[79].

Ces diverses considérations insistent sur le nécessaire respect du droit par les comités d'éthique locaux. Elles ne signifient pas, par contre, que de tels comités seraient dans l'impossibilité de contribuer à une appréhension adéquate de la matière bioéthique, de sorte que leur intervention n'aurait pas sa place au cœur de l'approche bioéthique. Au contraire : à la condition de transcender les querelles d'influence qui peuvent naître entre leurs membres, de formations et de sensibilités diverses, les comités peuvent développer une réflexion qui, tout en demeurant respectueuse de la règle de droit, est à même d'approfondir l'approche des questions biomédicales. Dans les cas concrets dont ils sont saisis, ils peuvent assurer un prolongement aux normes juridiques en s'efforçant de dégager la voie qui permettra en l'espèce de sauvegarder autant que possible les valeurs en cause. Le droit et l'éthique ne sont pas inconciliables. La seconde peut non seulement inspirer le premier, à tout le moins partiellement[80], mais aussi s'inscrire naturellement dans son sillage. On renvoie ici aux développements consacrés à la polyphonie normative que les autorités constituées doivent s'efforcer d'assurer en matière bioéthique[81].

2) L'ancrage constitutionnel

Le nécessaire respect de la règle de droit par les comités d'éthique locaux n'est bien évidemment pas dénué de conséquences sur l'ancrage de la Constitution dans l'approche de la question repère. Il signifie que ces comités, amenés à se prononcer sur une telle question, doivent tenir compte des normes juridiques spécifiques et générales qui lui sont applicables, c'est-à-dire s'ouvrir aux exigences constitutionnelles – structurantes et directrices – dont ces normes sont porteuses. L'intervention des comités d'éthique locaux, comme celle des groupements professionnels, équivaut ainsi à une *extension de l'ancrage constitutionnel* au sein de l'approche, qui a pour effet de *conforter l'efficacité* de cet ancrage. Un schéma assuré par le fait que, dans l'hypothèse retenue, le message constitutionnel parvient aux comités d'éthique locaux, comme aux groupements professionnels, sous une forme précise qui le décline en plusieurs catégories d'indications.

Les unes concernent, ici aussi, la *forme* que doit revêtir l'action des comités d'éthique.

Il s'agit d'*indications générales* qui précisent la *nature* et la *portée* de cette action – éventuellement son *ampleur* à travers la définition du domaine de compétences attribué aux comités. Indications *matérielles* du point de vue des comités de création publique, expressément fournies par les normes qui mettent ceux-ci sur pied. Indications *formelles* pour les autres types de comités, telles qu'elles se dégagent implicitement de l'ensemble des normes juridiques qui s'appliquent à eux.

---

[78] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B, 1.

[79] Voy. en ce sens les considérations de J. Habermas quant à la relative supériorité de la normativité juridico-politique envisagée sous l'angle de l'effectivité. Considérations reprises ici telles que résumées par Stéphane Haber: « dans le droit positif [...], toute norme véritable peut porter la trace de l'usage de l'ensemble des registres de la rationalité pratique », « la trace d'un processus d'apprentissage [...] où une large palette de raisons et d'intérêts de différentes espèces a été utilisée, ce qui n'est pas requis d'une façon aussi nette dans le cas de la délibération morale [...], laquelle 'observe tout sous le projecteur de l'universabilité' » (S. HABER, *op. cit.*, p. 207).

[80] Voy. *infra*, Chapitre II, Section 1, § 1er, A.

[81] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, B.

Il s'agit aussi des *indications formelles spécifiques* qui s'attachent aux normes adoptées par les autorités investies des fonctions de gouvernement et d'administration au sujet de la question repère proprement dite. De telles normes permettent quant à elles de cerner avec précision l'*ampleur* que les comités d'éthique peuvent donner à leur action dans le contexte particulier de cette question. Elles définissent clairement l'espace réservé à leur intervention. Dans le respect des exigences constitutionnelles. En s'y conformant, les comités conduisent donc une action imprégnée de la Constitution, qui s'articule comme il se doit avec l'action constitutionnalisée des autorités constituées. De sorte que leur intervention conduit elle aussi à *parachever la constitutionnalisation* de l'approche de la question repère réalisée par les autorités constituées et par les éventuelles autorités administratives spécialisées. La constitutionnalisation opérée dans leur chef fait figure de *constitutionnalisation complémentaire*.

Les autres indications pertinentes concernent sans surprise le *contenu* de la réponse à donner à la question repère proprement dite : *indications matérielles générales* inscrites dans des normes juridiques qui ne concernent pas la biomédecine en tant que telle, mais aussi et surtout *indications matérielles spécifiques* à la question repère, énoncées par des normes adoptées dans le respect de la Constitution. À l'instar des groupements professionnels, les comités d'éthique locaux doivent respecter ces indications lorsqu'ils agissent dans la sphère qui leur est réservée. Ils ne peuvent mettre en cause, sur la base des règles éthiques et professionnelles qu'ils prennent pour références, les choix posés par les autorités. En se conformant à ces choix, ils s'inscrivent dans le prolongement de la Constitution tout en demeurant en phase avec la réponse constitutionnalisée formulée par les autorités. Ils tendent donc, une fois encore, à *parachever la constitutionnalisation* opérée au niveau de celles-ci en procédant à une *constitutionnalisation complémentaire* de l'approche de la question repère.

Des contrôles viennent appuyer cette double imprégnation constitutionnelle, dès lors qu'ils tendent à assurer l'application des règles de droit par les comités d'éthique. Il ne s'agit pas avant tout de contrôles relevant du contentieux objectif[82]. On vise plutôt un contrôle assuré à travers l'éventuelle mise en cause de la responsabilité civile du comité ou de ses membres, que justifierait par exemple un avis incitant à adopter un comportement illégal. Sachant qu'une telle responsabilité devrait s'avérer plus lourde dans le chef des comités dont l'avis est obligatoire.

Il découle de ce qui précède qu'à l'instar de l'action des groupements professionnels, l'intervention des comités d'éthique locaux ne devrait pas porter atteinte à la *fermeté* de l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche bioéthique. À supposer, bien évidemment, que des résistances ne se manifestent pas en leur sein à l'encontre de l'application de la règle de droit. En l'occurrence, toutefois, la précision des indications fournies par celle-ci au regard de la question repère devrait grandement les inciter à s'y conformer. D'autant que le juriste présent dans bon nombre de comités locaux devrait les aiguiller en ce sens. Par ailleurs, sur un plan plus prospectif, il faut insister à nouveau sur l'importance d'assurer la formation et l'information des professionnels concernés sur le terrain même où ils sont amenés à développer leur action.

[82] Un tel contrôle pourrait toutefois se concevoir au niveau du comité d'origine publique qui se verrait confier la compétence d'énoncer des avis obligatoire, en matière de recherche par exemple.

b. Le comité d'éthique national

C'est un rappel : le comité national exerce une mission distincte de celle qui incombe aux comités locaux[83]. Il est chargé à la fois de développer au sein de la société la réflexion éthique propre aux questions biomédicales et de faciliter les débats politiques et juridiques relatifs à ces questions en dégageant à leur égard, dans toute la mesure du possible, un ensemble de principes éthiques pertinents. C'est dans cette optique qu'il est créé par les autorités constituées. Raison pour laquelle celles-ci le veulent lui aussi pluridisciplinaire et pluraliste : elles s'efforcent de le rendre représentatif des diverses sensibilités professionnelles et idéologiques interpellées, au sein de la société, par les questions biomédicales. Cette particularité participe à sa définition même[84]. En l'occurrence, conduit-elle à considérer que le comité d'éthique national peut échapper au respect des règles de droit ?

Un premier élément de réponse entre en ligne de compte. La représentativité propre au comité national n'est pas d'une nature telle qu'elle autoriserait ses membres à déterminer les conditions et les modalités de son action, c'est-à-dire à jouer à son égard le rôle structurant que les autorités constituées ont assumé en lui donnant le jour. Même représentatif, le comité national n'est rien d'autre que l'émanation de milieux et d'intérêts particuliers qui ne présentent pas la qualité voulue pour déterminer le rôle qu'il doit jouer au sein de la société politique. Il n'est pas comparable aux autorités constituées dotées de la qualité et des instruments voulus pour réaliser le bien public sous quelque facette que ce soit.

Il appartient donc au comité national d'agir en observant les règles que les autorités qui l'ont créé imposent à son fonctionnement. Il doit tenir compte des *indications matérielles générales* qui concernent la nature, la portée et l'ampleur de son action. Ce qui l'amène à exercer une fonction de consultation, et seulement une fonction de consultation. Il lui appartient d'aider les autorités à assumer les fonctions qui sont les leurs, tout particulièrement en formulant à leur intention des avis éclairés au sujet des questions biomédicales. En aucune manière il ne lui revient de réglementer les questions dont il est saisi[85]. En se conformant à cet impératif, le comité national fait figure de *point d'ancrage* de la Constitution au sein de l'approche bioéthique. Et l'action qu'il mène, conforme aux prévisions de cette dernière telles qu'elles lui sont imposées par les normes législatives ou réglementaires qui lui sont applicables, est une action constitutionnalisée.

Pour le reste, la question se pose de savoir si le comité national est habilité à se prononcer sur le terrain du droit. En tant que comité d'éthique, doit-il de tenir compte des normes constitutionnelles, législatives et réglementaires dans la formulation de l'avis qu'il consacre à la question repère ? Doit-il plutôt se contenter de suggérer aux autorités des options organisationnelles et de fond, en laissant à ces autorités le soin d'examiner leur conformité aux règles juridiques existantes et d'adopter les normes qui s'avéreraient nécessaires pour les consacrer en droit ?

---

[83] Le comité d'éthique national devrait néanmoins être assimilé aux comités locaux dans les cas où il serait amené à appréhender une question sur laquelle un tel comité s'est déjà penché, c'est-à-dire dans les hypothèses où il devrait statuer sur une sorte de « recours » introduit à l'encontre de l'avis formulé par ce dernier. Une telle hypothèse a déjà été partiellement envisagée par le Comité consultatif de bioéthique de Belgique, dans le rapport introductif à son avis n° 13, du 9 juill. 2001, relatif aux expérimentations sur l'homme: « pour certains membres du Comité consultatif, lorsqu'un comité d'éthique émet un avis négatif sur un protocole de recherche, il faut prévoir une possibilité d'appel » [p. 14].

[84] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B, 1.

[85] Sachant qu'en agissant de la sorte, il peut assumer au sein de l'approche bioéthique non seulement une fonction de clarification mais aussi une fonction de régulation éthique: *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B, 1.

À première vue, le comité national n'a pas pour mission de se prononcer sur les options à défendre quant aux facettes juridiques de la problématique dont il se saisit. Non seulement son appellation même le suggère, mais il est aussi composé de telle manière qu'il ne paraît guère en mesure de développer valablement de telles facettes : les juristes y sont bien souvent très minoritaires. Seule l'éthique paraît être de son ressort, qu'il s'agisse de dégager les divers courants qui se dessinent au sujet de la question repère ou, un cran plus loin, de formuler les règles éthiques que ces courants sont en mesure d'accepter en la matière. En ce sens, on peut signaler que, d'après le Code de la santé publique français, « le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur *les problèmes éthiques et les questions de société* soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé »[86]. Lorsqu'il agit effectivement dans cette optique, le comité national *ne peut être considéré comme un point d'ancrage* de la Constitution au sein de l'approche de la question bioéthique repère.

Cette position n'est cependant guère réaliste. D'une part, le comité s'adresse à des autorités chargées d'élaborer des règles de droit. D'autre part, l'énoncé de règles éthiques propres à une question peut naturellement conduire à rechercher la formulation qui devrait leur être donnée si elles étaient traduites en règles de droit. Enfin, les autorités qui établissent le comité peuvent lui confier expressément le soin de se prononcer sur des questions juridiques. L'accord de coopération portant création, en Belgique, d'un Comité consultatif de bioéthique stipule ainsi que ce Comité donne son avis sur les problèmes relevant de sa compétence en les examinant « sous leurs aspects éthiques, sociaux *et juridiques,* en particulier sous ceux *du respect des droits de l'homme* »[87]. On voit ainsi certains comités nationaux tenir compte largement des règles juridiques qui se rapportent à la problématique qu'ils examinent. Leurs avis eux-mêmes, parfois, adoptent une forme quasi juridique. Tel est le cas des avis rendus par le Comité consultatif français, et ce malgré l'énoncé adopté par le Code de la santé publique relativement à sa mission.

Dans le cas de figure ici examiné, le comité d'étique national pourrait donc *tenir compte* des normes spécifiques à la question repère qu'ont adoptées, par hypothèse, les autorités investies de la fonction de gouvernement. Cela ne veut pas dire, cependant, qu'il devrait *observer* ces règles, c'est-à-dire se conformer aux *indications formelles et matérielles spécifiques* qu'elles comportent. De même, il ne devrait pas observer les *indications matérielles générales* propres aux normes juridiques pertinentes adoptées hors du contexte biomédical. Car quel sens la mission consultative du comité aurait-elle encore si ce dernier estimait ne pas pouvoir suggérer aux autorités la moindre modification des normes juridiques existantes ? Par définition, le comité s'inscrit dans une démarche de type *de lege ferenda*. De sorte que, dans ce cas de figure non plus, le comité *ne saurait être considéré comme un point d'ancrage* de la Constitution au sein de l'approche bioéthique.

Faut-il déduire de l'ensemble de ces considérations que l'activité du comité d'éthique national est à même d'ébranler l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche de la question repère ? En aucune manière. Certes, par hypothèse, l'avis du comité intervient une fois que les autorités de gouvernement ont réglé cette question. Probablement dans l'optique d'une adaptation des normes juridiques existantes aux évolutions dont celle-ci a fait l'objet. De surcroît, cet avis devrait porter sur l'ensemble des facettes appréhendées par les autorités de

[86] Art. L 1412-1 issu de la L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. C'est nous qui soulignons.
[87] Accord de coopération portant création d'un Comité consultatif de bioéthique conclu à Bruxelles le 15 janvier 1993 entre l'État, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, art. 1er. C'est nous qui soulignons.

gouvernement elles-mêmes, au risque de suggérer des solutions différentes. Mais il reste que le comité est contraint, conformément à la Constitution, de s'en tenir à une mission d'ordre consultatif. De sorte qu'en principe, son avis *n'est pas à même de porter atteinte à la constitutionnalisation en cascade* opérée à travers les interventions successives des autorités constituées et des éventuelles autorités administratives spécialisées. Il n'est pas admis à remettre en cause la *fermeté* de l'ancrage constitutionnel.

Bien sûr, l'avis du comité national pourrait influencer l'interprétation qu'un juge donne aux normes spécifiques à la question repère, au risque de faire insidieusement sortir celles-ci du cadre constitutionnel. Il est peu probable, toutefois, que ce juge admette de se prononcer *contra legem* pour observer l'avis du comité national. Et quand bien même ce serait le cas, le recours exercé contre sa décision devrait permettre de rétablir le droit, à tout le moins au stade de la Cour suprême.

§ 2. L'ANCRAGE FRAGILE CORRÉLATIF À L'ABSTENTION DES AUTORITÉS INVESTIES DE LA FONCTION DE GOUVERNEMENT

Dans un second temps, on présuppose que les autorités de gouvernement ne règlent pas la question repère, c'est-à-dire qu'elles demeurent hors de l'approche qui se développe à son sujet. Du point de vue de l'ampleur de cette approche, la première alternative qui a été mise en évidence trouve ici à se résoudre par la négative. Sachant que cette abstention se répercute sur le juge habilité à contrôler la constitutionnalité des normes adoptées par les autorités de gouvernement. Elle implique aussi, très largement, l'abstention des autorités d'administration. Enfin, elle suppose que les autorités administratives spécialisées demeurent inexistantes au regard de la question repère.

En quoi ceci affecte-t-il l'ancrage constitutionnel ? La réponse donnée à la question repère peut-elle encore être orientée par la Constitution ? Du point de vue des professionnels de terrain et des tiers profanes, bases inamovibles de l'approche bioéthique, il apparaît que l'ancrage dont bénéficie la Constitution ne permet plus d'assurer qu'une *constitutionnalisation médiocre* de l'approche de la question (A). En outre, dans l'hypothèse où les groupements professionnels et les comités d'éthique auraient vu le jour au sein de l'ordre juridique concerné, l'ancrage constitutionnel n'ouvre plus la voie qu'à une *constitutionnalisation incertaine* de l'action de ces intervenants (B).

A. Une constitutionnalisation médiocre

En écho à l'analyse développée plus haut, on se penche successivement sur l'étendue de l'ancrage constitutionnel (1) et sur son efficacité (2).

1. L'étendue de l'ancrage

Traditionnellement, on l'a relevé, les particuliers ne sont pas considérés comme des relais, même annexes, des normes constitutionnelles. Si l'on s'en tient à cette optique classique, les professionnels de la santé et les tiers profanes ne peuvent ici faire figure de points d'ancrage de la Constitution que si des dispositions législatives et réglementaires la leur rendent applicables. Soit des dispositions générales, qui ont vocation à s'appliquer bien au-delà du champ biomédical. Soit d'éventuelles dispositions propres à des questions bioéthiques qui ne s'identifient pas à la question repère mais qui entretiennent une parenté avec celle-ci.

Dans une première étape, on prend pour hypothèse que de telles dispositions existent du point de vue de la question repère. Le présupposé n'est pas irréaliste. Il se vérifie au regard de plus de questions biomédicales qu'il n'y paraît. Le vide législatif bien souvent dénoncé en matière biomédicale n'est parfois qu'un mythe. Ainsi, il peut très bien se concevoir d'appliquer certaines dispositions traditionnelles du droit de la filiation aux situations nouvelles engendrées par les techniques d'assistance médicale à la procréation. De la même manière, il est envisageable d'appliquer les dispositions pénales générales qui incriminent l'homicide volontaire aux questions relatives à l'euthanasie et au suicide assisté.

Quel visage l'ancrage constitutionnel offre-t-il dans un tel cas de figure ? Il englobe les professionnels de terrain et les tiers profanes, tenus par les exigences constitutionnelles – structurantes et directrices – dont les dispositions applicables sont porteuses. Mais il s'étend également aux *juridictions habilitées à contrôler leurs comportements* : relais annexes de la Constitution, qui peuvent en même temps faire office de relais principaux au cas où et dans la mesure où elles sont investies du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. En l'occurrence, ces juridictions ne peuvent pas appliquer les normes constitutionnelles directement aux particuliers, une telle application ne se concevant pas dans la lecture traditionnelle de la Constitution que l'on retient à ce stade. Par contre, elles peuvent leur appliquer les dispositions législatives et réglementaires qui s'avèrent pertinentes, avec la charge constitutionnelle dont celles-ci sont porteuses.

Il n'est pas exclu, par ailleurs, que l'ancrage constitutionnel intègre aussi des *autorités d'administration*. Dans de rares cas, en effet, des autorités de ce type peuvent être habilitées par une législation générale à prendre une décision qui se rapporte à l'une des facettes de la question repère. Décision qui concerne par exemple l'octroi d'un brevet relatif à une invention développée dans le secteur biomédical. Ces autorités forment des relais annexes de la Constitution. Saisies d'une demande en ce sens, elles doivent adopter une décision conforme à la législation qui les habilite à intervenir, en principe constitutionnelle, le cas échéant enrichie de compléments et de précisions eux aussi constitutionnels. Sachant que l'ancrage constitutionnel englobe alors, dans la foulée, les *juridictions habilitées à contrôler les actes administratifs*, relais annexes de la Constitution qui pourraient être amenés à vérifier si les autorités d'administration ont décidé conformément à la législation applicable.

Ainsi conçu, l'ancrage de la Constitution dans l'approche de la question repère s'avère donc *peu étendu*. Certes, il est un peu plus ample lorsqu'une intervention des autorités d'administration trouve à se réaliser. Dans l'une et l'autre éventualité, cependant, il demeure moindre que ce qu'il est en cas d'intégration des autorités de gouvernement à l'approche bioéthique.

Dans une deuxième étape, on tient pour acquis qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne s'avère applicable à la question repère. Celle-ci présente des spécificités telles que le recours à des dispositions législatives et réglementaires générales ne permet pas de les appréhender. Les principes sous-jacents à ces dispositions demeurent irrémédiablement équivoques, et donc silencieux, sur le point de savoir en quoi une pratique donnée doit être permise ou interdite, ou sur les modalités dont elle doit être affectée. C'est l'hypothèse du *vide législatif* évoquée plus haut, qui, moins répandue qu'il n'y semble à première vue, n'en demeure pas moins une réalité au regard de certaines questions de fond.

En pareille situation, les professionnels de terrain et les tiers profanes ne font pas figure de points d'ancrage de la Constitution. Aucune norme juridique n'oriente à proprement parler

leur approche de la question repère, de sorte que rien ne leur impose d'adopter, dans la pratique qu'ils développent à son sujet, une conduite en phase avec les normes structurantes et directrices de la Constitution. Quant aux juridictions habilitées à contrôler leurs comportements, elles ne peuvent pas leur appliquer les normes constitutionnelles, mais elles sont également bien en peine de se référer à des normes législatives et réglementaires présentant au moins un rapport indirect avec la problématique. Elles sont donc contraintes de définir une solution prétorienne. Une solution qu'elles s'efforceront très probablement d'inscrire dans le prolongement des principes généraux de l'ordre juridique, éclairés par les normes constitutionnelles. Un certain ancrage de la Constitution se conçoit donc par leur intermédiaire. Mais il demeure ténu. Si l'on ajoute que, par définition, les autorités d'administration ne sauraient intervenir au regard de la question repère faute d'habilitation les autorisant à le faire, force est de constater que, dans l'hypothèse, l'ancrage constitutionnel demeure particulièrement *minime*, quand il n'est pas *inexistant*.

Jusqu'ici, néanmoins, la présente étude s'est appuyée sur le principe qui veut que les particuliers ne puissent se voir appliquer directement les normes constitutionnelles, à quelque titre que ce soit. Or, on ne saurait ignorer qu'une lecture moins traditionnelle de la Constitution est parfois opérée de ce point de vue. On touche ici à la problématique dite de la *Drittwirkung*, c'est-à-dire de l'application directe des normes constitutionnelles, et plus particulièrement des normes constitutionnelles directrices, dans les relations horizontales entre particuliers.

Cette problématique est traitée différemment d'un ordre juridique à l'autre. Certains systèmes demeurent en tous points fidèles au principe d'une appréhension constitutionnelle indirecte des relations horizontales, se fiant aux autorités constituées pour assurer l'application de la Constitution au cœur de celle-ci[88]. D'autres, par contre, témoignent d'une ouverture à la *Drittwirkung*. Mais cette évolution ne connaît pas partout la même ampleur. Elle peut concerner l'ensemble des normes constitutionnelles directrices ou seulement certaines d'entre elles. Par ailleurs, elle peut emprunter des canaux différents en fonction des ordres juridiques.

Ainsi, l'application directe peut faire l'objet d'une reconnaissance expresse de la Constitution. Celle-ci précise elle-même que tout ou partie des normes directrices qu'elle énonce sont d'application horizontale. Tel est le cas de la Constitution portugaise, dont l'article 18, § 1er stipule que « les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables et s'imposent aux entités publiques et privées ». Dans d'autres cas, la reconnaissance constitutionnelle peut être implicite. Une garantie donnée est énoncée de telle manière qu'elle est ou doit être comprise comme étant d'application horizontale[89]. La mise en œuvre de la *Drittwirkung* peut encore être admise par le juge constitutionnel, qui reconnaît des effets horizontaux à telles normes directrices qu'il désigne. Le Tribunal constitutionnel espagnol, notamment, a agi en ce sens à plusieurs occasions[90]. Enfin, elle peut être le fait du juge ordinaire, qui se réfère directement à une norme constitutionnelle pour régler le litige dont il est saisi[91].

---

[88] F. DELPÉRÉE, « La constitutionnalisation... », *op. cit.*, p. 226 ; IDEM, *Le droit constitutionnel...*, pp. 278 et 279-280.

[89] À cet égard, il faut relever qu'une application directe dans le chef des particuliers ne peut se concevoir que là où les normes directrices reçoivent une formulation qui autorise sa prise en compte en dehors de toute mesure d'exécution.

[90] Voy également la jurisprudence du Trib. féd. suisse, qui considère que l'art. 8, § 3, 3e phrase de la Constitution suivant lequel « l'homme et la femme on droit à un salaire égal pour un travail de valeur égal » s'applique directement dans les relations horizontales entre particuliers (Trib. féd. suisse, 14 févr. 1992, *S.X. c. Canton de Soleure et Tribunal administratif du Canton de Soleure*).

[91] L. FAVOREU et *alii*, *op. cit.*, pp. 754-755.

Lorsqu'une telle optique est adoptée, les particuliers ne passent pas seulement pour des bénéficiaires des normes directrices de la Constitution. Ils en sont aussi des débiteurs : ils sont contraints de les observer vis-à-vis des autres particuliers. Dans leur chef, il y a matière à une application directe des obligations corrélatives. Ils font donc figure de *relais* des normes constitutionnelles. Des *relais annexes*, bien évidemment, dans la mesure où ils doivent observer toute disposition législative qui s'inscrit dans le prolongement de ces normes[92].

Quel impact l'admission de la *Drittwirkung* peut-elle avoir sur l'étendue de l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche bioéthique ?

Lorsque des normes générales s'avèrent applicables à la question repère, un raisonnement semblable à celui développé dans l'hypothèse d'une intervention spécifique des autorités de gouvernement peut être tenu. L'application de ces normes l'emporte dans le chef des particuliers. L'impact de la théorie demeure quasi nul[93] : l'ancrage demeure, sans être pour autant aussi étendu que ce qu'il est en cas d'intégration des autorités de gouvernement à l'approche bioéthique.

Par contre, lorsqu'aucune norme ne se révèle applicable à la question repère, les professionnels de terrain et les tiers profanes doivent être considérés malgré tout comme des points d'ancrage de la Constitution. Ils doivent imprégner leur action des exigences constitutionnelles directrices qui leur sont directement applicables. Et les juridictions habilitées à contrôler leurs comportements peuvent veiller à cette imprégnation. L'impact de l'admission de la *Drittwirkung*, cette fois, n'est pas insignifiant. Un tel ancrage n'en demeure pas moins plus restreint que ce qu'il est en cas d'intégration des autorités de gouvernement à l'approche bioéthique : non seulement il ne concerne pas toutes les normes constitutionnelles directrices, mais encore il ne bénéficie pas aux normes constitutionnelles structurantes.

2. La qualité de l'ancrage

À ce stade, on rassemble d'abord, dans une même analyse, l'ensemble des cas de figure où des normes législatives et réglementaires sont applicables à la question repère. Que les particuliers soient ou ne soient pas considérés comme des relais de la Constitution : ce dernier facteur, on l'a relevé, n'a pas de réel impact sur l'étendue de l'ancrage constitutionnel.

Dans les hypothèses ainsi circonscrites, il apparaît qu'une *constitutionnalisation en cascade* est en principe appelée à s'opérer par l'entremise des autorités constituées, d'une manière analogue à celle que l'on a décrite plus haut sous l'angle de la question repère. Car lorsqu'elles ont adopté les normes en cause, les autorités investies de la fonction de gouvernement et les autorités d'administration ont en principe veillé à les inscrire dans le prolongement des exigences constitutionnelles pertinentes. Dans le chef de ces autorités, le souci d'observer la Constitution n'est pas réservé aux seuls cas où elles appréhendent spécifiquement la question repère. Il reste que la « cascade constitutionnelle » présente ici deux particularités que l'on ne saurait négliger.

---

[92] Raison pour laquelle les considérations relatives à la *Drittwirkung* n'ont pas été exposées dans l'hypothèse où était présupposée une intervention des autorités de gouvernement spécifiquement consacrée à la question bioéthique repère.

[93] Sous réserve de l'observation formulée *infra*, 2, concernant l'hypothèse où ces normes seraient écartées par le juge en raison de leur inconstitutionnalité.

Tout d'abord, une nuance doit être apportée. Elle concerne les normes applicables à la question repère qui demeurent générales, c'est-à-dire qui ont été adoptées en dehors du contexte de la biomédecine. En particulier celles d'entre elles qui datent d'une période où cette dernière n'avait pas encore vu le jour. Le fait que de telles dispositions consacrent des solutions compatibles avec la lecture dont la Constitution faisait l'objet à l'époque parfois éloignée de leur adoption ne signifie pas qu'elles correspondent encore, à tous points de vue, au contenu de la même Constitution tel qu'il est perçu au moment où la question bioéthique repère est appréhendée. Il est possible que de telles dispositions *ne soient plus parfaitement en phase avec le consensus social fondamental qui se forge autour des exigences de la Constitution*, et plus particulièrement autour de ses normes directrices. Dans ce cas, la pratique qui se conforme de manière scrupuleuse à leurs prescriptions ne saurait passer, à tous égards, pour une pratique constitutionnalisée.

On notera qu'il en va de même dans les rares hypothèses, évoquées plus haut, où la question repère aurait été appréhendée en tant que telle par les autorités de gouvernement mais à une époque ancienne : les normes applicables pourraient ne plus refléter à tous points de vue le contenu contemporain de la Constitution. C'est là l'un des facteurs qui contribuent à fragiliser l'ancrage constitutionnel malgré l'intervention spécifique des autorités de gouvernement[94].

Ensuite, il faut noter que le schéma de la constitutionnalisation en cascade est affecté ici d'une différence majeure par rapport à celui qui se dessine dans l'hypothèse où les autorités de gouvernement prennent l'initiative de régler la question repère. C'est *au niveau des professionnels de terrain et des tiers profanes* que s'opère la connexion entre cette question et les normes constitutionnelles. Grâce à l'application qu'ils font des normes non spécifiques en présence, par l'intermédiaire desquelles la Constitution s'impose à eux. Concrètement, donc, la question repère est appelée à recevoir une réponse non pas au plus près de la Constitution mais au niveau de l'ultime maillon de la chaîne qui s'établit depuis cette dernière.

Ce dernier point mérite de retenir plus amplement l'attention. Car il n'est pas dénué d'impact en termes de constitutionnalisation.

Ainsi, le risque se présente de voir les éléments de réponse fournis par les dispositions applicables *incorrectement mis en œuvre* dans la pratique biomédicale qui se développe en rapport avec la question repère. Car ces éléments de réponse demeurent par hypothèse inadaptés au contexte. Ils n'y ont pas fait l'objet d'une explicitation par les autorités de gouvernement ni, dans la foulée, par les autorités investies de la fonction d'administration. Ils n'atteignent pas le degré de précision d'une norme spécifique à la question. Or, ni les tiers profanes – pour la plupart –, ni les professionnels de terrain ne sont des spécialistes du droit. Très souvent, les seconds témoignent même d'une réelle ignorance des réalités juridiques, entretenue par la méfiance dont ils témoignent au regard de tout ce qui a trait à la règle de droit. Les acteurs de terrain risquent donc de se fourvoyer dans l'application des dispositions générales en présence aux situations complexes dans lesquelles ils se trouvent impliqués. D'autant plus que ces situations présentent la particularité d'engager leurs valeurs et leurs croyances les plus personnelles : elles les affectent au plus profond d'eux-mêmes, engendrant des attentes très fortes susceptibles d'induire dans leur chef une lecture tronquée des normes applicables.

---

[94] *Supra*, § 1er, A, 2.

Les attentes du patient ou de ses proches, les convictions du praticien ou toute autre considération particulière de ce type pourraient induire dans leur chef une lecture tronquée ou erronée de ces dispositions.

Conséquence : les indications formelles et matérielles qui s'attachent aux normes applicables pourraient être méconnues au regard de la question repère, et avec elles les exigences de la Constitution qu'elles reflètent avec plus ou moins de fidélité. Lorsqu'ils font une application incorrecte des dispositions en présence, en effet, professionnels et tiers profanes donnent à leur intervention une *ampleur* qui dépassent les prévisions des normes constitutionnelles structurantes : ils empiètent sur le domaine que les autorités constituées ont estimé pouvoir se réserver, conformément à celles-ci, dans la matière générale dont elles se sont saisies. D'une certaine façon, ils réécrivent ces dispositions à leur manière, posant ainsi des choix qu'il ne leur appartient pas de formuler en tant qu'intervenants représentatifs d'intérêts particuliers. Dans la foulée, les professionnels et les tiers apportent à la question repère, au cœur de leur pratique, une réponse dont le *contenu* n'est pas en phase avec les normes constitutionnelles directrices.

D'un autre côté, le danger se dessine aussi de voir les normes législatives et réglementaires en présence *inappliquées* dans la pratique qui se déploie en rapport avec la question repère. Avec pour conséquence probable le développement par les professionnels de terrain et par les tiers profanes d'interventions dont l'ampleur comme le contenu sont en rupture avec les exigences constitutionnelles structurantes et directrices. Plusieurs raisons peuvent expliquer le phénomène.

D'abord, les dispositions applicables peuvent passer *inaperçues* aux yeux de professionnels et de tiers qui ne sont pas au fait de la réalité juridique. Moins elles ont de rapport avec la question repère et plus le risque est élevé de voir ceux-ci ignorer purement et simplement qu'ils y sont soumis dans les situations complexes où ils sont plongés. Les uns et les autres risquent donc d'adopter des attitudes incompatibles avec ces dispositions et avec les exigences constitutionnelles qui les imprègnent.

En outre, les dispositions applicables peuvent être *rejetées* par les professionnels de terrain et par les tiers profanes.

De manière générale, ceux-ci peuvent être tentés de laisser de côté des normes juridiques qui, non spécifiques à la question repère, leur paraissent peu compréhensibles, imprécises, *hermétiques* au regard des situations particulières auxquelles ils sont confrontés. On trouve là une manifestation concrète des contestations dont la règle de droit fait l'objet dans certains milieux des professions de la santé[95]. Non sous la forme d'une opposition radicale tenant au rejet pur et simple de l'ensemble des normes juridiques, mais sous la forme d'une résistance atténuée consistant à écarter celles de ces normes dont la clarté laisse à désirer au regard des situations à traiter.

Dans certains cas, professionnels et tiers profanes peuvent également estimer que les normes en présence, et singulièrement les règles plus anciennes adoptées avant que la biomédecine voie le jour, sont *périmées*. Ils peuvent dénoncer leur inadaptation aux techniques nouvelles et leur écart par rapport aux mœurs sociales, de telle manière qu'ils

[95] *Supra*, § 1er, B, 1, a.

refusent purement et simplement de s'y soumettre[96]. Il n'est plus question, cette fois, d'une résistance plus ou moins systématique à l'encontre des règles de droit générales, motivées par leur caractère obscur dans le contexte de la question à traiter. Il s'agit d'une opposition sélective à telle norme donnée, motivée par le sentiment qu'elle est dépassée par les événements.

Cette dernière réaction n'est pas propre au secteur biomédical. Elle s'y présente néanmoins avec une acuité toute particulière compte tenu des enjeux en présence. En Belgique, par exemple, elle a longuement marqué la problématique de l'euthanasie : l'article 394 du Code pénal érigeant en infraction le meurtre commis avec préméditation n'a pas empêché une série de médecins de mettre fin à la vie d'un patient à la demande de celui-ci, plusieurs décennies avant l'adoption de la loi du 28 mai 2002 relative à la question. De telles attitudes peuvent être motivées par des considérations d'humanité et de générosité. Dans leur principe, néanmoins, elles s'avèrent perverses. Elles peuvent accréditer l'idée, chez les professionnels de terrain comme chez les tiers profanes, que tout ou presque tout est permis dans le secteur biomédical. À terme, la liberté d'action issue de l'inapplication des règles en présence peut ainsi dégénérer en une forme de licence propice à tous les abus, seules les demandes du patient et les convictions du praticien faisant encore office de lignes directrices des conduites. C'est alors une violation quasi organisée de la Constitution qui risque de s'instituer sur le terrain en rapport avec la question repère.

Dans la foulée, on relèvera que l'attitude de rejet ici évoquée se conçoit également dans l'hypothèse peu fréquente où les dispositions applicables à la question repère se présenteraient comme des normes spécifiques adoptées à une époque antérieure aux développements de la biomédecine. De telles normes peuvent aussi être rejetées par les professionnels de terrain et les tiers profanes sous le prétexte qu'elles sont périmées. Pour reprendre l'exemple belge, il est certain qu'un sentiment de ce type s'est manifesté autour de la question de l'avortement telle qu'elle était réglée par les articles 348 à 353 anciens du Code pénal. Avec pour conséquence le développement de pratiques clandestines contournant les exigences de ces dispositions. Il y a là un second facteur contribuant à fragiliser l'ancrage constitutionnel dans une situation pourtant caractérisée par une intervention spécifique des autorités de gouvernement en rapport avec la question repère.

Évolution du consensus fondamental relatif à l'interprétation de la Constitution ; mise en œuvre incorrecte des normes en présence ; inapplication de celles-ci pour divers motifs : de telles difficultés pourraient trouver une solution dans l'intervention des *juridictions compétentes*. Car celles-ci n'agissent pas sur un autre plan que les protagonistes immédiats de la biomédecine. C'est autour de leurs actes qu'elles doivent articuler leur intervention propre. C'est leurs comportements de terrain qu'elles sont amenées à apprécier, que ce soit sur le plan pénal ou sur le plan civil. Le tout sans pouvoir commettre de déni de justice : le juge a l'obligation de se prononcer quand bien même le droit applicable lui apparaîtrait obscur ou lacunaire.

En l'occurrence, les juridictions sont en mesure d'assurer une application de la Constitution au cœur de la pratique. Car leur intervention a pour objet premier de faire

[96] L'insistance sur le décalage par rapport aux mœurs peut être une manière de signaler la plus ou moins grande inadéquation des dispositions générales applicables avec l'interprétation contemporaine des normes constitutionnelles. Il n'est pas exclu, toutefois, que la critique s'avère aussi plus radicale: elle peut être motivée par le fait que ces dispositions ne sont pas conformes aux pratiques qu'une minorité active développe sur le terrain sans qu'une évolution générale des mentalités se soit déjà dessinée sur ce point au sein de la société.

respecter les normes en présence – qu'elles soient générales ou propres à une question bioéthique distincte de la question repère –, donc, les exigences constitutionnelles dont ces normes sont porteuses. Étant entendu qu'elles sont à même de jouer sur l'*interprétation* de ces dernières. Elles doivent veiller à les mettre en œuvre en en faisant une lecture qui, dans la situation qui leur est soumise, est compatible avec la Constitution[97]. Le cas échéant, elles peuvent aussi *contrôler leur constitutionnalité*, ou à tout le moins requérir de la Cour constitutionnelle, à titre préjudiciel, qu'elle opère un tel contrôle.

Dans cette optique, les dispositions applicables à la question repère peuvent recevoir une interprétation qui fait écho à la Constitution non plus telle que celle-ci était comprise au moment de leur adoption mais telle qu'elle est envisagée dans le contexte contemporain[98]. Y compris lorsque ces normes sont soumises à un contrôle de constitutionnalité proprement dit : ce dernier peut aboutir à un *constat de constitutionnalité sous réserve*, c'est-à-dire subordonné à une interprétation déterminée[99].

En outre, là où un contrôle de constitutionnalité est organisé, l'intervention des juridictions ordinaires peut avoir pour effet – par leur propre truchement dans les systèmes de contrôle diffus ou par celui de la Cour constitutionnelle, saisie d'une question préjudicielle, dans les systèmes de contrôle centralisé – d'écarter telle facette des normes applicables qui ne serait plus en phase avec l'interprétation contemporaine de la Constitution. Car le juge constitutionnel peut modaliser son contrôle. Il peut ne sanctionner que partiellement les normes applicables. Et cette sanction partielle peut éventuellement permettre d'adapter ces normes aux évolutions qui ont marqué l'interprétation de la Constitution sans pour autant affecter leur capacité à être mises en œuvre dans la pratique. Il y a place parfois pour un *constat d'inconstitutionnalité à visée correctrice*[100].

En somme, les juridictions ont la possibilité de dégager des normes applicables une ligne de conduite actualisée. Lorsqu'il en va ainsi, leur intervention tend à conférer une certaine forme d'*efficacité* à l'ancrage de la Constitution au sein de l'approche de la question repère, quand bien même cet ancrage s'avérerait peu étendu. D'autres facteurs entrent néanmoins en ligne de compte, qui conduisent à nuancer cette appréciation.

Premièrement, il faut garder à l'esprit que les juridictions ne peuvent pas se saisir d'office – hormis dans de rares cas qui ne concernent pas la matière biomédicale. Or, il y a un risque qu'en l'occurrence, elles ne soient *pas saisies*. Car le sentiment que les dispositions applicables ne sont plus adaptées aux situations à régler peut être largement partagé. Au sein des professions de la santé et parmi les tiers profanes, qui ne chercheront pas à obtenir du juge

---

[97] B. MATHIEU, « La difficile appréhension... », *op. cit.*, p. 5. En Belgique, voy. par exemple Cass., 20 avr. 1950: c'est cet arrêt – dit *Waleffe* – qui inaugure la jurisprudence consacrant l'application de la loi dans une interprétation conforme à la Constitution (P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle », *in Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 361).

[98] Sur la prise en compte par le juge constitutionnel du consensus social fondamental qui se forge autour des normes constitutionnelles et de leur lecture, voy. *infra*, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 2, a, 1.

[99] C'est là une première « technique d'arrêt » des juges constitutionnels, consistant à affirmer la constitutionnalité de la norme déférée à leur contrôle sous réserve que cette norme se voit attribuer une interprétation qu'ils définissent. Quant à son usage par la C. arb. bel., voy. P. COENRAETS, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes », *Cour. hebd. CRISP*, 1992, n° 1366, pp. 22-24 ; M. VERDUSSEN, « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », *in* F. DELPÉRÉE et P. FOUCHER (dir.), *La saisine du juge constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 184 ; M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, pp. 298-300 ; B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1995, pp. 330-333 ; G. ROSOUX, « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage: une alternative à l'annulation », *Rev. b. dr. const.*, 2001, pp. 385-406.

[100] Une deuxième technique d'arrêt se profile ici parmi celles mises en œuvre par les juges constitutionnels.

l'application d'une norme qu'ils estiment désuètes. Mais aussi, plus généralement, au sein de la société. De telle sorte que le ministère public appelé à agir au pénal peut se fixer pour ligne de conduite de ne plus diligenter de poursuites fondée sur le texte dénoncé comme inadéquat. C'est la situation qui s'est présentée en Belgique concernant la problématique de l'euthanasie. Durant une longue période avant l'adoption de la loi du 28 mai 2002, les actes d'euthanasie n'ont plus fait l'objet de poursuites devant les tribunaux. De sorte que la pratique clandestine de ces actes s'est largement développée à l'abri d'une tolérance plus ou moins implicite contraire à l'énoncé exprès du Code pénal.

En pareille hypothèse, c'est un réel *décalage législatif* qui tend à s'instaurer : une situation de « clandestinité officielle » caractérisée par le fait « qu'une législation existe mais qu'il est tacitement entendu que les citoyens ne l'appliquent pas et ne la reconnaissent pas »[101]. On relèvera au passage que les mêmes développements, donc, un même décalage, peuvent trouver à se concrétiser lorsque la question repère est réglée par des normes spécifiques anciennes dont l'application est contestée par les professionnels de terrain et les tiers profanes.

Dans un tel cas de figure, il est évident que les juridictions ne sont pas en mesure de jouer, au regard de la question repère, un quelconque rôle correcteur du point de vue constitutionnel. Par ailleurs, du fait même qu'elles ne sont plus saisies en aucune circonstance, la menace de leur intervention tend à perdre l'essentiel de son caractère dissuasif. Contrairement à la situation qui se présente lorsque les autorités de gouvernement, et avec elles la société tout entière, ont appréhendé la question repère, cette menace n'est plus capable d'inciter *a priori* les professionnels ou les tiers profanes à adopter un comportement conforme aux normes générales en présence, et par là aux exigences constitutionnelles.

Deuxièmement, il faut insister sur la *portée limitée* que présente par nature l'intervention des juridictions compétentes. Lorsque celles-ci sont effectivement saisies, en effet, c'est seulement pour dire le droit dans un cas d'espèce.

D'un point de vue concret, l'imprégnation constitutionnelle de la pratique n'est donc assurée qu'en rapport avec la situation qui est soumise au juge. Certes, dans tout système juridique, les décisions adoptées par les juridictions supérieures bénéficient en théorie d'une autorité plus large. Ainsi, tout arrêt de la Cour suprême s'impose aux juridictions inférieures dans les systèmes de *common law*. Sans disposer d'un tel pouvoir contraignant, il jouit d'une influence très grande dans les systèmes continentaux. Mais cette autorité ne s'affirme qu'au regard de juridictions elles-mêmes saisies de cas d'espèce. Ainsi, qu'il y ait ou non intervention de la Cour suprême, il se pourrait que la solution retenue par les juges ne fasse pas école dans la pratique. Pour le simple motif que les protagonistes de la biomédecine, et en particulier les professionnels de terrain, n'ont pas vocation à suivre les développements de la jurisprudence dans tous les domaines du droit. De leur point de vue, les interventions ponctuelles du juge ne bénéficient pas d'une visibilité beaucoup plus grande que celle des normes générales sur lesquelles elles portent. Par conséquent, on ne peut écarter le risque qu'ils les ignorent dans l'exercice quotidien de la biomédecine, au moins tant qu'elles ne se sont pas imposées dans un nombre significatif de cas liés à leur pratique concrète[102].

---

[101] A. DUMAS, *op. cit.*, p. 54. Voy. également B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.* , p. 549.

[102] L'argument s'avère moins pertinent dans l'hypothèse où la question repère demeure sous l'empire du régime spécifique que lui ont consacré les autorités de gouvernement à une époque relativement ancienne, du fait même de la spécificité de ce régime qui lui donne, ainsi qu'aux décisions juridictionnelles qui s'y rapportent, une visibilité plus grande.

Dans le même ordre d'idées, on ne peut négliger l'éventualité que les juridictions donnent aux dispositions applicables des interprétations constitutionnelles différentes. Le contrôle de constitutionnalité lui-même pourrait déboucher sur des solutions divergentes : pas dans les systèmes où il est centralisé au niveau d'une Cour constitutionnelle[103], mais bien dans ceux qui pratiquent le contrôle diffus en le confiant au juge ordinaire. À la limite, chaque cas d'espèce pourrait ainsi aller de pair avec une lecture différente de la Constitution. L'hypothèse n'est pas totalement absurde dans une matière propice aux conflits de valeurs.

Certes, l'intervention de la Cour suprême pourrait contribuer à remettre de l'ordre dans ce paysage éclaté. Mais il n'est pas garanti que semblable intervention puisse avoir lieu, ou du moins qu'elle puisse avoir lieu dans des délais raisonnables : elle exige que les voies de recours *ad hoc* soient exercées par les parties à un litige donné et qu'au stade ultime, elles ne soient pas rejetées par le biais de mécanismes de filtrage visant à éviter l'encombrement de la juridiction suprême. En outre, il se pourrait que l'interprétation de la Cour se heurte à de fortes résistances dans le chef des juges du fond, à tout le moins dans les systèmes continentaux où, juridiquement parlant, elle ne s'impose pas d'emblée à eux. Une fois encore, ceci n'a rien d'improbable dans une matière caractérisée par d'intenses conflits de valeurs.

Quoi qu'il en soit, tant que les éventuelles divergences ne seront pas résorbées, il est évident que le message constitutionnel apparaîtra brouillé aux yeux des acteurs concernés, et notamment aux yeux des professionnels de terrain peu sensibilisés aux subtilités de la science juridique. Ainsi, quand bien même ces professionnels auraient été attentifs aux développements de la jurisprudence, ils risquent d'être bien en peine de déterminer quelle attitude adopter pour se conformer aux normes applicables et, à travers elles, aux exigences constitutionnelles. En l'occurrence, on est loin d'une constitutionnalisation opérée au départ d'une source unique, comme c'est le cas dans l'hypothèse où les autorités de gouvernement se saisissent de la question repère.

Troisièmement, il faut souligner que *l'actualisation constitutionnelle* des normes plus anciennes, à laquelle le juge peut procéder via l'interprétation ou le contrôle de constitutionnalité, *présente elle aussi des limites.*

Ainsi, l'interprétation opérée ne peut avoir pour effet de vider ces normes de leur contenu. Sous prétexte d'interprétation, le juge ne peut leur faire violence au point de les réécrire *de facto* comme s'il exerçait la fonction de gouvernement. Le principe de la séparation des fonctions impose des bornes à son pouvoir d'appréciation. Ainsi, dans les systèmes juridiques qui n'admettent pas le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, ce juge devra parfois se résoudre à appliquer des dispositions dont il est conscient qu'elles ne sont plus en parfaite adéquation avec les exigences constitutionnelles contemporaines. Tandis que, là où un tel contrôle est organisé, le juge compétent sera contraint d'abandonner la technique du constat de constitutionnalité sous réserve pour prononcer l'inconstitutionnalité de la norme, en tout ou en partie.

De la même manière, la technique du constat d'inconstitutionnalité à visée correctrice ne peut être mise en œuvre en toutes circonstances, loin s'en faut. Dans bien des cas, les normes

[103] Même dans l'ordre juridique belge, où l'arrêt que la Cour d'arbitrage rend sur question préjudicielle s'impose au seul juge qui a posé la question et à ceux qui interviennent après lui dans la même affaire, cet arrêt n'est pas dénué d'effets sur les autres juges confrontés à la même question: ceux-ci ont l'obligation de se conformer à la réponse de la Cour ou de lui reposer la question, avec une certaine probabilité qu'elle confirme sa réponse première (L. spéc. sur la Cour d'arbitrage, art. 26, § 2, 2°).

applicables sont à ce point liées les unes aux autres que le maintien de certaines d'entre elles serait dénué de sens. Surtout, le juge constitutionnel ne peut ici non plus se substituer aux autorités de gouvernement. Il ne peut quitter le domaine du contrôle pour exercer leur fonction en leurs lieu et place, ce à quoi le conduirait un remodelage trop poussé de la norme. De sorte que, dans un grand nombre de situations, le juge constitutionnel qui décèle une inconstitutionnalité n'a d'autre solution que de sanctionner la norme dans une mesure telle que celle-ci ne puisse plus être mise en œuvre sur le terrain.

À chaque fois, l'intervention du juge demeure impuissante à créer les conditions d'une pleine constitutionnalisation des pratiques. Tantôt la décision adoptée, à défaut de pouvoir procéder au contrôle de constitutionnalité, ne conduit qu'à une actualisation constitutionnelle partielle de celles-ci. Tantôt, il n'y a plus actualisation mais évaporation des normes applicables. La déclaration d'inconstitutionnalité crée un vide législatif réel ou virtuel de plus ou moins grande ampleur : elle fait disparaître ces normes de l'ordre juridique – lorsque la Cour constitutionnelle a le pouvoir de les annuler par un arrêt rendu sur question préjudicielle – ou les fragilise en les déclarant inapplicables dans le cas d'espèce, voire dans l'ensemble des cas semblables[104].

Ces divers motifs le laissent entendre : l'ancrage de la Constitution dans l'approche de la question bioéthique repère *ne saurait être tenu pour pleinement efficace* dans l'hypothèse où les autorités de gouvernement n'auraient pas réglé spécifiquement cette question. Au contraire, c'est à une *constitutionnalisation médiocre* de la matière biomédicale qu'il ouvre la voie par rapport à la situation où les autorités de gouvernement intègrent elles-mêmes l'approche de la question.

Médiocrité liée au *nombre de cas* où la constitutionnalisation peut trouver à se concrétiser. L'imprégnation constitutionnelle n'est pas toujours à l'ordre du jour, loin s'en faut, dans les situations où la question repère se pose sur le terrain. Nombreuses sont les hypothèses où les professionnels et les tiers profanes agissent – volontairement ou non – en méconnaissance des exigences constitutionnelles qui s'imposent à eux, que ce soit par le prisme des seules normes applicables ou avec le concours du juge ordinaire.

Médiocrité qui se vérifie aussi du point de vue de l'*intensité* de la constitutionnalisation. Cette dernière peut se matérialiser de manière *incomplète* en raison de l'inadaptation partielle des règles de droit pertinentes aux exigences contemporaines de la Constitution, inadaptation que les juridictions ne sont pas toujours en mesure de corriger – lorsqu'elles ne sont pas saisies – ou de corriger pleinement – lorsqu'elles se heurtent aux limites de l'interprétation constitutionnelle et du contrôle de constitutionnalité. Par ailleurs, la constitutionnalisation peut se matérialiser *sans uniformité*, dès lors que l'interprétation constitutionnelle conforme ou le contrôle de constitutionnalité diffus peut aboutir à des solutions qui diffèrent d'un juge à l'autre.

Le propos doit être relativisé dans les quelques cas où les autorités d'administration sont amenées à rendre une décision individuelle et concrète relative à la question repère. Car la connexion entre cette question et les normes constitutionnelles directrices s'opère alors au niveau de ces autorités, dont on peut supposer qu'elles observent les exigences constitutionnelles tant directement, en leur qualité de relais de la Constitution, que par l'intermédiaire de la législation générale applicable. Or, leurs actes s'imposent aux

[104] Il reste que la sanction des normes applicables peut passer pour une incitation adressée aux autorités de gouvernement de se saisir de la question repère. Sur ce point, voy. *infra*, Section 2, § 2, A, 2.

protagonistes de la biomédecine qu'ils concernent. De surcroît, la légalité de ces actes, comme celle de l'action des acteurs de terrain, peuvent être contrôlées par les juges habilités à ce faire. Juges dont l'intervention demeure ici relativement probable, dès l'instant où un acte des autorités, spécifique à la question repère, est en cause. Dans cette hypothèse, l'ancrage constitutionnel s'avère donc potentiellement plus efficace. La mise en œuvre d'un tel schéma, toutefois, ne saurait concerner quelque question repère que ce soit. Comme on l'a déjà laissé entendre, les pans du secteur biomédical où une intervention décisionnelle des autorités administratives peut se concevoir sur la base d'une législation générale ne sont pas légion.

Reste à envisager l'hypothèse du vide législatif : celle où aucune disposition d'aucune sorte ne s'avère applicable à la question repère. En distinguant en l'occurrence suivant que la théorie de la *Drittwirkung* trouve ou non à s'appliquer dans l'ordre juridique concerné.

Si cette théorie n'est pas admise, comme le suggère la conception traditionnelle de la Constitution, l'ancrage de cette dernière au sein de l'approche bioéthique, très peu étendu, sera *inefficace* : la constitutionnalisation potentielle sera *quasi inexistante*.

En l'absence d'une intervention du juge, elle sera inexistante dans le chef des professionnels de terrain et des tiers profanes. Dénués de la qualité de points d'ancrage de la Constitution, ceux-ci ne se détermineront pas en fonction des règles de droit en général, des normes constitutionnelles en particulier. Comme le rappelle la section de législation du Conseil d'État de Belgique, « dans un État de droit, une matière non réglementée par l'autorité relève de la liberté individuelle des citoyens. Une question qui n'est pas réglée juridiquement est régie de manière exclusive par des jugements de valeur personnels, des normes éthiques ou des règles déontologiques »[105]. Il est évident que, dans ce cas, les normes structurantes et directrices de la Constitution risquent d'être méconnues par des pratiques abusives, c'est-à-dire par des interventions dont l'*ampleur* comme le *contenu* ne sont pas conformes à leurs prévisions.

Les éventuelles juridictions saisies de la question repère, quant à elles, peuvent donner à celle-ci une réponse inspirée de la Constitution « par la bande », notamment en s'inspirant de principes généraux du droit éclairés par les exigences constitutionnelles. Mais pareille réponse concernera le seul cas d'espèce en vue duquel elle est formulée. De surcroît, elle sera largement fonction de l'appréciation du juge. Le risque est donc de voir s'imposer, jusqu'à l'intervention de la Cour suprême, des solutions non uniformes qui brouillent les données du problème aux yeux des protagonistes de la biomédecine.

La situation ne devrait guère se présenter sous un jour différent dans les systèmes juridiques qui admettent l'application directe aux particuliers de certaines normes directrices de la Constitution. Au niveau des professionnels et des tiers profanes, dans le chef de qui devrait s'opérer la connexion entre question repère et normes constitutionnelles directrices, il y a un risque élevé que ces dernières passent totalement inaperçues. Car la Constitution ne fait en aucune manière partie de l'univers où ils évoluent au quotidien. Il y a également un risque qu'au cas où ces normes ne seraient pas ignorées, elles soient incorrectement mises en œuvre compte tenu du haut degré de généralité qui caractérise bien souvent leur libellé. Bref, la mise en œuvre de la *Drittwirkung* ne devrait pas conduire les professionnels de terrain ou les tiers

[105] Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 22 oct. 1991, sur un projet d'arrêté royal réglementant le prélèvement, le contrôle sanitaire, la conservation, la distribution, la mise à disposition de sperme humain provenant d'un donneur anonyme en vue d'une insémination artificielle, *in* Projet de loi relatif au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 1048/2, pp. 28-29.

profanes à donner aux réponses qu'ils apportent à la question repère un *contenu* plus conforme à la Constitution. Quant aux interventions des juridictions, centrées sur des cas d'espèce et pas nécessairement convergentes, elles ne devraient pas, ici non plus, assurer une prise en compte de la Constitution plus développée que dans l'hypothèse où des dispositions non spécifiques à la question repère s'avèrent applicables à celle-ci.

Au terme de l'analyse, il apparaît donc que, quel que soit le cas de figure envisagé, l'ancrage constitutionnel dans l'approche de la question repère tend à se présenter comme *fragile* par rapport à ce qu'il est en cas d'intervention des autorités de gouvernement : *peu étendu*, il est aussi *peu efficace*.

B. Une constitutionnalisation incertaine

Dans l'hypothèse où les autorités investies de la fonction de gouvernement ne se saisissent pas de la question repère, il importe également d'envisager l'intervention des groupements professionnels (1) et celle des comités d'éthique (2). Quel impact cette intervention peut-elle avoir sur la constitutionnalisation de l'approche développée autour de la question ?

1. La constitutionnalisation par l'entremise des groupements professionnels

Le constat formulé plus haut quant à la soumission des groupements professionnels à la règle de droit demeure d'actualité. En l'occurrence, à défaut d'avoir à appliquer des normes juridiques spécifiques à la question repère, ordres et associations professionnels demeurent tenus par un ensemble de normes juridiques générales ou relatives à d'autres questions bioéthiques. Normes à travers lesquelles la Constitution s'applique à eux, à tout le moins dans la mesure où elles reflètent les exigences constitutionnelles telles que celles-ci sont conçues dans la société contemporaine. Dans l'hypothèse envisagée, l'intervention des groupements professionnels est donc censée équivaloir à une *extension de l'ancrage constitutionnel*. Il n'est pas sûr, néanmoins, que cela puisse toujours être le cas. Par conséquent, il n'est pas assuré non plus que cette intervention puisse conforter l'*efficacité* de cet ancrage en toutes circonstances. Ceci en raison du type d'indications que les groupements peuvent trouver dans l'ordre juridique en guise de balises de leur action.

Amenées à appréhender la question repère, par exemple à l'initiative de praticiens qui y sont confrontés sur le terrain, les autorités régulatrices ou disciplinaires des groupements professionnels peuvent puiser dans les normes juridiques qui leur sont applicables des *indications matérielles ou formelles générales* relatives à la forme de leur intervention. Le cas échéant, ils peuvent y trouver aussi des *indications matérielles générales* relatives au fond de la problématique dont relève la question repère. L'ordre juridique, par contre, ne fournit aux groupements professionnels *aucune indication formelle et matérielle spécifique* à la question repère. L'appréhension de celle-ci par les autorités de gouvernement, source de telles indications, fait défaut par hypothèse : c'est à eux qu'il revient d'opérer la connexion entre les exigences constitutionnelles et la question repère, dans toute la mesure du possible.

À cet égard, les groupements professionnels devraient conduire dans la plupart des cas une action dont la *nature* et à la *portée* est conforme à leur statut. Même générales, les normes qui s'imposent à eux leur rappellent en effet que, sauf précision contraire, ils ont la faculté de recourir aux instruments de la régulation professionnelle, non à la règle de droit. Sachant que ce rappel est plus manifeste concernant les ordres professionnels que les associations professionnelles, dès lors que les premiers peuvent se fonder sur des indications générales non

pas implicites et éparpillées, comme c'est le cas pour les secondes, mais explicites et regroupées au sein du texte qui les met sur pied.

Les groupements professionnels risquent par contre de donner à leur action une *ampleur* inadéquate, qui dépasse de beaucoup les facettes de la question repère qu'ils sont susceptibles de régler en tant qu'acteurs représentatifs d'intérêts particuliers. Il n'est pas exclu de les voir empiéter sur le domaine d'intervention qui, d'après le modèle constitutionnel de l'approche bioéthique, est censé revenir aux autorités constituées, et en premier lieu aux autorités de gouvernement. Il en va ainsi au niveau des associations professionnelles. Dans la meilleure des hypothèses, ces associations ne peuvent s'appuyer – comme les professionnels de terrain et les tiers profanes – que sur les normes non spécifiques qui s'avèrent applicables à la question repère. Normes dont il n'est pas exclu qu'elles les ignorent ou qu'elles en fassent une application incorrecte, méconnaissant par là les indications formelles implicites qui s'y attachent. Au pire, elles sont dépourvues de toute indication qui leur impose d'adopter l'attitude voulue – dans l'hypothèse du vide législatif. Une situation analogue prévaut pour les ordres professionnels, même si ces derniers bénéficient en outre des indications matérielles explicites énoncées par les normes qui les mettent sur pied : la définition générale que ces dernières donnent de leur domaine de compétence n'est pas d'un grand secours pour déterminer l'ampleur que peut revêtir leur intervention dans le contexte particulier de la question repère.

Enfin, des difficultés peuvent se dessiner quant au *contenu* de la réponse à donner à la question repère proprement dite. Tel est le cas dans l'hypothèse où des dispositions non spécifiques s'avèrent applicables à cette dernière. Toute ignorance ou application incorrecte de ces dispositions, donc, des indications matérielles dont elles sont porteuses, peut impliquer une méconnaissance des exigences constitutionnelles qu'elles sont censées traduire. Tel est le cas aussi dans l'hypothèse du vide législatif. Dans le chef des associations professionnelles, l'absence de dispositions applicables équivaut à l'absence de contrainte constitutionnelle. Sauf à considérer qu'une partie des normes directrices de la Constitution leur sont applicables au nom de la *Drittwirkung*. Mais c'est alors la généralité de ces normes qui fait problème : issues de milieux peu rompus aux subtilités du droit, les associations risquent tantôt d'ignorer les exigences très générales de la Constitution, tantôt d'avoir bien du mal à les mettre en œuvre. Quant aux ordres professionnels, ils doivent en principe pouvoir appliquer directement l'ensemble des normes constitutionnelles en leur qualité d'organismes de droit public. Mais une fois encore, il n'est pas certain que la mise en œuvre de la Constitution soit assurée de manière optimale dans leur chef.

Il est exact que l'ensemble de ces considérations, semblables à celles développées à propos des professionnels de terrain et les tiers profanes, gagnent à être relativisées du point de vue des groupements professionnels. Car dès l'instant où ils chapeautent une corporation, ceux-ci devraient veiller davantage que les acteurs de terrain à s'entourer d'avis juridiques susceptibles de les éclairer sur les règles de droit applicables aux situations qu'ils appréhendent. Donc, à développer une approche respectueuse des exigences constitutionnelles qui s'imposent à eux. Ceci est vrai en particulier au niveau des ordres professionnels : ces derniers vont jusqu'à incorporer des juristes parmi leurs membres. En Belgique, par exemple, les conseils provinciaux de l'Ordre des médecins intègrent un assesseur choisi parmi les magistrats effectifs et honoraires des tribunaux de première instance[106], tandis que le conseil national est présidé par un magistrat[107].

[106] A.R. n° 79 du 10 nov. 1967 relatif à l'Ordre des médecins, art. 7, § 1er, 2°.
[107] *Ibid.*, art. 14, § 2.

Encore faut-il qu'au nom des intérêts de la profession, les membres professionnels des associations ou des ordres compétents ne soient pas tentés d'écarter les avis juridiques qui leur sont soumis. Concrètement, en effet, les résistances propres à l'application de la règle de droit pourraient ici aussi prendre le dessus, qu'elles tirent parti des incertitudes propres aux dispositions non spécifiques applicables ou qu'elles soient stimulées par le sentiment que ces dernières sont périmées compte tenu des évolutions de la biomédecine. Les groupements professionnels constituent certes un terreau moins favorable à ce genre de résistance que les professionnels de terrain[108], dès lors que leur position surplombante contribue à leur faire prendre davantage conscience du rôle qui leur incombe au sein de la société politique. Ils ne sont pas pour autant à l'abri des réflexes corporatistes, qui peuvent refaire surface à certaines occasions. De manière plus marquée au niveau des associations professionnelles qu'au niveau des ordres professionnels[109], probablement, mais sans que les seconds soient épargnés.

Par ailleurs, il est tout aussi exact que des recours peuvent être exercés à l'encontre des normes et des décisions adoptées par les groupements professionnels, susceptibles d'aider à rectifier le tir du point de vue juridique : éventuels recours relevant du contentieux objectif ; recours dirigé contre la décision disciplinaire devant la juridiction judiciaire supérieure[110] ; recours visant à engager la responsabilité civile du groupement ou de ses membres. De tels contrôles, toutefois, sont affectés des mêmes faiblesses que ceux qui amènent le juge à vérifier la légalité des conduites d'un tiers profane ou d'un professionnel considéré isolément. Il se pourrait notamment qu'ils ne soient pas exercés au nom de la désuétude prétendue des normes applicables.

Il apparaît donc qu'en l'absence d'intervention spécifique des autorités de gouvernement, la constitutionnalisation des normes et des décisions adoptées par les groupements professionnels, si elle n'est pas impossible, n'est pas non plus assurée. Elle fait figure de *constitutionnalisation incertaine*. Par conséquent, l'action des groupements professionnels se présente dans ce cas comme une arme à double tranchant au sein de l'approche de la question repère.

Lorsqu'elle est compatible avec la Constitution, cette action peut contribuer à *conforter un peu* une constitutionnalisation qui s'avère médiocre dans le chef des professionnels de terrain et des tiers profanes, éclairés seulement par une intervention du juge à la fois éventuelle et ponctuelle. Elle peut jouer sur l'action des protagonistes eux-mêmes. Elle peut également aider le juge, qui n'est pas contraint d'ignorer les règles professionnelles lorsqu'il appréhende les questions biomédicales[111].

---

[108] *Supra*, § 1er, B, 1, b.

[109] *Supra*, § 1er, B, 1, b.

[110] On notera à cet égard qu'en Belgique, par exemple, cinq membres magistrats siègent au niveau du conseil d'appel de l'Ordre des médecins, appelé à connaître des recours formés contre les décisions disciplinaires des conseils provinciaux. Ils y possèdent voix délibérative (A.R. n° 79 du 10 nov. 1967 relatif à l'Ordre des médecins). Par ailleurs, comme on l'a déjà noté, un recours en cassation est organisé (A.R. n° 79 du 10 nov. 1967 relatif à l'Ordre des médecins ; Code judiciaire, art. 614, 2°).

[111] Le juge ordinaire peut se référer aux usages de la profession pour trancher le litige qui lui est déféré, usages qui trouvent à s'exprimer notamment à travers les règles déontologiques et les *guidelines* des groupements professionnels (G. MÉMETEAU, *Droit médical*, Paris, Litec, 1986, p. 7). À titre d'exemple, voy. C. trav. Bruxelles, 23 mars 1993: « la Cour approuve entièrement l'exposé des faits repris par le Ministère public et particulièrement les éléments suivants qui confortent son opinion: les règles déontologiques impliquent la nécessité d'un protocole soumis au préalable à la Commission d'éthique et recueillant son avis favorable ; [...] ; le code de déontologie des psychologues n'a délibérément pas été respecté ; [...] ».

Lorsqu'elle est incompatible avec la Constitution, par contre, l'intervention des groupements professionnels contribue à *affaiblir un peu plus encore* la constitutionnalisation de l'approche de la question repère. D'une part, elle peut inciter les professionnels de terrain à s'écarter davantage de normes auxquelles ils ont déjà bien du mal à faire écho. D'autre part, elle pourrait exercer une influence néfaste sur le juge. Car démuni face à une question repère pour lequel il ne trouverait aucune indication pertinente au sein de l'ordre juridique, celui-ci pourrait être tenté de se raccrocher aux seules indications spécifiques disponibles, soit les régulations professionnelles qui s'y rapportent. Quand bien même celles-ci pourraient s'avérer critiquables d'un point de vue constitutionnel. Certes, il est possible de corriger le tir dans le cadre du recours dirigé contre sa décision. Encore faut-il, pour ce faire, que ce recours soit exercé, et que le juge appelé à statuer sur celui-ci n'adopte pas la même attitude.

Compte tenu de ces éléments, l'intervention des groupements professionnels ne saurait être tenue pour un réel facteur d'affermissement de l'ancrage constitutionnel. L'incertitude qui frappe leur qualité de points d'ancrage et, de ce fait, la constitutionnalisation qui s'opère à leur niveau, conduit à maintenir l'appréciation suivant laquelle, dans l'hypothèse où les autorités de gouvernement ne se saisissent pas de la question repère, l'ancrage de la Constitution demeure *fragile* au sein de l'approche de la question repère.

2. La constitutionnalisation par l'entremise des comités d'éthique

À ce stade, on reprend la distinction opérée plus haut entre les comités locaux (a) et le comité national (b).

a. Les comités d'éthique locaux

En l'absence de normes spécifiques à la question repère, les comités d'éthique locaux se trouvent dans une situation comparable à celle des groupements professionnels. Ils sont soumis à la règle de droit et peuvent à ce titre contribuer à étendre l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche de la question repère. En l'occurrence, néanmoins, les comités ne disposent pas d'indications formelles et matérielles spécifiques à cette question. Tout au plus peuvent-ils trouver dans les normes juridiques des indications d'ordre général.

Dans ce contexte, les comités locaux demeurent au fait de la nature et de la portée de l'action qu'ils peuvent conduire en rapport avec la question repère. En particulier lorsqu'ils sont d'origine publique, puisqu'ils peuvent alors se fier aux normes qui les ont mis sur pied. Par contre, ils disposent de peu d'indications concernant l'ampleur de leur intervention, tant parce que de telles indications peuvent faire défaut – en cas de vide législatif, dans le chef des comités d'origine privée – que parce que les éventuelles indications disponibles demeurent particulièrement générales. Ils risquent donc d'empiéter sur le domaine d'intervention des autorités constituées en se prononçant sur des questions dont le règlement ne relève pas d'acteurs représentatifs d'intérêts particuliers.

Par ailleurs, des difficultés risquent de se présenter concernant le contenu de la réponse formulée par les comités locaux à la question repère proprement dite. Notamment parce que, dans les hypothèses où des normes juridiques leur sont applicables de ce point de vue – qu'il s'agisse de dispositions non spécifiques à la question repère ou de normes constitutionnelles directement applicables aux comités, par exemple au titre de la *Drittwirkung* –, les indications matérielles qu'elles énoncent demeurent générales et inadaptées. Donc, peu accessibles à des

non-juristes appelés à les observer au moment de donner un avis sur des situations qui comptent parmi les plus complexes de la pratique biomédicale.

De ce fait, les comités d'éthique locaux devraient avoir tendance à se focaliser sur les normes professionnelles et, surtout, sur les normes éthiques qu'ils jugent pertinentes au regard de la question repère. La section de législation du Conseil d'État de Belgique le laisse entendre : ils peuvent dans cette hypothèse « émettre des avis qui [sont] réellement utiles aux intéressés » mais pas « sur le plan juridique » dès lors « que le législateur n'[a] pas déterminé quelles normes éthiques il convient de traduire en règles de droit »[112].

Les normes éthiques prises en compte devraient dépendre pour une part des membres du comité. C'est ce qui fait dire à la section de législation que, lorsque les normes que les comités hospitaliers doivent appliquer ne sont pas fixées au préalable, ils « dépendent [...] entièrement de la conscience morale d'un groupe restreint de personnes dans chaque hôpital ». Leurs membres « se fond[e]nt uniquement sur leurs propres normes éthiques »[113]. Mais comme on l'a déjà relevé, les mêmes membres devraient aussi avoir tendance à prendre en compte des règles éthiques plus générales relatives au domaine dont relève la question repère – c'est l'exemple des quatre principes directeurs relatifs à l'expérimentation humaine que l'on a relevé plus haut. Or, ces normes éthiques trouvent leur fondement non dans la Constitution mais dans des « standards » internationaux, bien souvent d'inspiration américaine[114]. Pareils standards ne sont certes pas dénués de tout souci de protection des intéressés. Bien au contraire. Il n'empêche qu'ils pourraient amener le comité à énoncer un avis qui ne soit pas parfaitement cohérent avec l'ordre juridique où il évolue.

Certes, le juriste qui siège au sein du comité – comme c'est très souvent le cas – pourrait attirer l'attention des autres membres de celui-ci sur le nécessaire respect des règles en présence. Il n'est toutefois pas assuré de pouvoir infléchir la position du comité, composé majoritairement de professionnels de la santé, dans des hypothèses où ces normes juridiques peuvent susciter parmi ces derniers des résistances motivées par leur inadaptation à la question repère ou par le sentiment qu'elles sont périmées. Quant aux recours dirigés contre l'avis du comité, quelle que soit leur nature, ils peuvent éventuellement aider à restaurer l'orthodoxie juridique. Mais ils demeurent eux aussi affectés par les difficultés évoquées en rapport avec le contrôle exercé sur les professionnels de terrain et les tiers profanes.

En somme, une même conclusion s'impose pour les comités d'éthique locaux qu'en ce qui concerne les groupements professionnels : leur qualité de points d'ancrage de la Constitution, plus généralement la constitutionnalisation de leurs interventions, ne s'imposent pas systématiquement. Elles sont *incertaines*. Au mieux, l'intervention du comité d'éthique local devrait pouvoir conforter un peu la constitutionnalisation de l'approche bioéthique qui se dessine en l'absence d'intervention des autorités de gouvernement. Au pire, elle risque d'exercer une influence néfaste sur les professionnels de terrain, auxquels le comité pourrait suggérer ou imposer une attitude incohérente avec l'ordre juridique, voire sur le juge, qui

---

[112] Avis de la section de législation du Conseil d'État, des 22, 25 et 30 juin 1998, sur un projet de loi portant des dispositions sociales, p. 180. L'observation conduit le Conseil d'État à poser la question de savoir si, en pareilles circonstances, l'obligation de créer un comité d'éthique peut être imposée à un hôpital, mieux: si l'intervention du législateur est nécessaire pour mettre les comités d'éthique locaux sur pied. L'intervention des professions concernées n'est-elle pas préférable à celle des autorités publiques ? « Il semble peu judicieux de créer des comités éthiques si les normes que ces comités doivent appliquer ne sont pas préalablement fixées ». « On peut se demander si la moindre intervention de l'autorité est requise à cet effet, et *a fortiori* si, en l'espèce, une obligation peut être imposée aux hôpitaux [...] » (*Ibid.*, p. 180).

[113] *Ibid.*, p. 180.

[114] C. BYK, « La bioéthique: langage médiateur ou langage médiatique ? », *in* C. BYK (dir.), *La bioéthique: un langage pour mieux se comprendre ?*, Éd. Eska-Lacassagne, 2000, pp. 27-28.

serait tenté de se fier aux avis du comité comme à une sorte de jurisprudence de référence pour régler la question délicate qui lui est soumise[115]. Pour ces raisons, l'ancrage de la Constitution dans l'approche de la question repère apparaît toujours *fragile* en l'absence d'intervention des autorités de gouvernement.

b. Le comité d'éthique national

À ce niveau, nul changement ne se dessine par rapport à l'hypothèse où les autorités de gouvernement ont adopté des normes spécifiques à la question repère, sous la seule réserve que l'intervention du comité national peut ici être sollicitée pour préparer une intervention des autorités de gouvernement sur la question repère plutôt qu'en vue d'une révision des normes spécifiques que celles-ci ont adoptées antérieurement. Concrètement, le comité demeure contraint de se conformer aux *indications matérielles générales* qui déterminent la nature, la portée et l'ampleur globale de son action, indications concentrées dans les normes juridiques qui l'ont mis sur pied. Par contre, du fait de sa fonction de consultation, il est libre de ne pas se conformer aux indications matérielles générales que l'ordre juridique pourrait comporter – sauf vide législatif – concernant le contenu de la réponse à la question repère proprement dite.

Il reste que ses avis pourraient ici prendre de l'importance, précisément dans la mesure où ils fournissent des lignes directrices – même incomplètes ou non soutenues par l'ensemble des membres du comité – là où, dans l'hypothèse retenue, celles-ci tendent à faire défaut au sein de la société politique concernée. Des lignes directrices d'autant plus précieuses qu'elles sont le fait d'un comité interdisciplinaire censé refléter tant les principales professions impliquées que les grandes tendances qui traversent la société. Bref, les avis du comité national pourraient exercer une influence non négligeable sur les professionnels de terrain comme sur le juge.

Avec la difficulté que ce comité n'est pas censé se prononcer en droit, ni même parfois tenir compte des questions d'ordre juridique. De surcroît, quand bien même il tiendrait compte de questions de ce type, il faut garder à l'esprit qu'il se prononce *de lege ferenda* plutôt que *de lege lata* : la fonction de consultation qu'il exerce implique qu'il fait moins une application du droit existant qu'il ne suggère aux autorités les orientations qui devraient être consacrées par le droit. De sorte que ceux qui s'efforceraient de mettre en œuvre les lignes directrices de son avis ou d'une position formulée au sein de son avis pourraient se placer en marge du droit, et notamment de la Constitution.

Le respect des exigences constitutionnelles n'est pas donc pas assuré par le seul fait que les avis du comité sont pris en considération par les professionnels de terrain ou par le juge. À ce niveau, la constitutionnalisation s'avère une fois encore *incertaine*. Elle ne contribue donc pas à affermir l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche bioéthique, lequel demeure fragile.

§ 3. L'IMPLICATION NÉCESSAIRE DES AUTORITÉS INVESTIES DE LA FONCTION DE GOUVERNEMENT

Manifestement, l'ancrage que peut présenter la Constitution dans l'approche de la question bioéthique repère est un *ancrage contrasté*. Ferme lorsque les autorités de gouvernement ont

[115] C. BYK et G. MÉMETEAU, *op. cit.*, pp. 57 et 63-64 ; M. B.KNOPPERS, « Table ronde », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, p. 181 ; L.-E. PETTITI, « Le rôle du juge: moyens d'analyse et de résolution des questions de bioéthique », *Journ. int. bioéth.*, 1999, p. 13.

pris l'initiative d'appréhender cette question, il est au contraire fragile en l'absence d'une telle initiative.

L'observation n'est pas pure spéculation théorique. La consistance de l'ancrage détermine en effet la constitutionnalisation de l'approche. Donc, la mesure dans laquelle cette approche est susceptible de bénéficier des avantages d'une mise en œuvre de la Constitution – ceux-là même qui permettent de créditer les normes constitutionnelles de référence d'une forme de légitimité en matière bioéthique[116].

À cet égard, l'ancrage ferme ouvre la voie à une prise en compte attentive des *normes constitutionnelles structurantes* et du modèle de l'approche bioéthique qu'elles définissent. Étendu et efficace, canal d'une possible constitutionnalisation en cascade, il conditionne l'adoption par chacun des intervenants d'un rôle approprié aux caractères qui sont les siens. En ce compris dans le chef des professionnels de la santé et des tiers profanes. Il permet ainsi à l'approche de la question repère de prendre une configuration adéquate : celle qui assure au regard de cette question la réalisation optimale du bien public sans pour autant dépasser la mesure requise par celui-ci[117]. Pour cette raison, il contribue au plein accomplissement de la personne humaine, que la biomédecine affecte jusqu'au plus profond d'elle-même. Il confère donc une indéniable légitimité à l'ensemble des interventions relatives à la question.

Dans la foulée, l'ancrage ferme ouvre la voie à une application consciencieuse des *normes constitutionnelles directrices* et du modèle de l'homme qu'elles esquissent. Toujours en raison de son extension et de son efficacité, il permet d'assurer qu'à chaque niveau de cette approche, les acteurs amenés à intervenir intègrent à leurs préoccupations les indications fondamentales qu'un tel modèle comporte quant à la réalisation du bien public. Indications qui font l'objet d'un plébiscite au sein de la société et dont la prise en compte en tant que références est censée offrir une garantie contre l'arbitraire, renforçant de ce fait la légitimité des interventions qui s'appuient sur elles. Indications qui doivent aussi assurer, sur les points essentiels qu'elles abordent, tant la cohérence de la solution apportée à la question repère par rapport à celles adoptées sur des questions distinctes mais proches, que la constance de cette solution par rapport à celle retenue antérieurement sur la même question[118].

Semblables avantages ne trouvent pas à se concrétiser, du moins avec autant d'intensité, lorsque l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche bioéthique demeure fragile : un tel ancrage n'est pas en mesure d'empêcher en toutes circonstances que les acteurs de l'approche, et tout particulièrement les professionnels de la santé, sortent du rôle qui est le leur. Il n'est pas davantage capable d'éviter dans un maximum de situations que les mêmes acteurs méconnaissent les exigences fondamentales inscrites dans les normes directrices de la Constitution.

À la lumière de ces constats, plus généralement de l'ensemble de ceux formulés au sein de la présente section, un retour peut être opéré vers l'une des préoccupations qui sous-tend l'analyse consacrée à la mise en œuvre des normes constitutionnelles de référence. Que ces normes soient structurantes ou directrices, en effet, il apparaît qu'elles *peuvent être mises en œuvre dans le secteur biomédical*. Mais cette constitutionnalisation de l'approche bioéthique

---

[116] *Supra*, Chapitre II.

[117] C'est l'intervention prépondérante des autorités constituées habilitées à matérialiser le bien public. C'est l'intervention complémentaire des acteurs professionnels et des comités d'éthique susceptible de parfaire cette réalisation. C'est encore la préservation de la sphère personnelle des tiers profanes et des professionnels de terrain. Voy. l'ensemble des considérations développées sur ces questions *supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, §§ 1er et 2.

[118] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 2.

– envisagée en l'occurrence au regard d'une question repère – *est fonction de l'implication à son égard des autorités investies de la fonction gouvernement.*

En d'autres termes, les normes générales de la Constitution sont à même d'intervenir dans la résolution des questions biomédicales, avec tous les avantages qu'emporte leur prise en compte, à chaque fois que cette implication est une réalité. Elles le sont nettement moins, par contre, dans les autres hypothèses. Sur ce point précis, le respect des normes structurantes de la Constitution, qui définissent l'essentiel du modèle constitutionnel de l'approche bioéthique, s'avère essentiel. Il n'y a là rien de surprenant : il est logique que la Constitution soit en mesure de s'imposer plus complètement lorsque le modèle qu'elle dessine reçoit un début de concrétisation par le fait même de l'intervention des autorités de gouvernement. Cette amorce de constitutionnalisation ouvre la voie à une imprégnation constitutionnelle complète de l'approche de la question repère.

L'affirmation doit être comprise à sa juste mesure. L'intervention des autorités de gouvernement apparaît comme une *condition nécessaire* pour assurer une réelle constitutionnalisation de l'approche bioéthique. Cela ne veut pas dire qu'elle est une *condition suffisante*. On l'a déjà noté : l'analyse doit encore envisager la mesure dans laquelle la Constitution est à même de marquer l'approche bioéthique de son empreinte – au départ des autorités de gouvernement.

L'affirmation doit également être comprise de manière nuancée. Il faut rappeler, à cet égard, les considérations qui ont été développées en rapport avec l'exigence de la polyphonie normative[119]. Si l'intervention des autorités de gouvernement est nécessaire pour assurer la constitutionnalisation de l'approche bioéthique et, en conséquence, lui faire profiter des bienfaits de cette dernière, cela ne signifie pas que cette intervention doit être immédiate. L'abstention des autorités de gouvernement peut être tolérée pendant un certain laps de temps, fonction de la question en cause, au profit d'une intervention des groupements professionnels caractérisés par un mode d'action plus souple. Ceci au nom du bien public à la réalisation duquel la Constitution tend tout entière : pendant un moment, un tel bien paraît mieux servi par l'intervention des acteurs professionnels que par une intervention bâclée des autorités de gouvernement ou par l'absence totale de ligne directrice. Et cela même si les normes constitutionnelles ne sont pas, à ce stade préliminaire, parfaitement respectées, tant du point de vue du modèle de l'approche bioéthique que du point de vue du modèle de l'homme. Mais cette situation n'est tolérable que si elle est transitoire. Il revient aux autorités de gouvernement d'intervenir lorsque le débat mené à leur niveau est assez mûr pour leur permettre d'imposer des normes de qualité, issues d'une réflexion approfondie.

SECTION 2. LA DIMENSION HORIZONTALE : UN ANCRAGE FRAGMENTAIRE

Une responsabilité particulière incombe, dans le secteur biomédical, aux autorités investies de la fonction de gouvernement. C'est sur leurs épaules que repose l'établissement d'un ancrage ferme de la Constitution dans l'approche de chaque question bioéthique ; c'est d'elles, par conséquent, que dépend la constitutionnalisation de cette approche. La conclusion conduit tout naturellement à formuler une interrogation d'ordre concret. De manière générale, les autorités de gouvernement prennent-elles l'initiative d'intervenir en matière bioéthique ? Développent-elles effectivement une action en ce domaine ? Par conséquent, permettent-elles

[119] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, B.

à la Constitution d'intégrer l'approche bioéthique au regard de quelque question biomédicale que ce soit ? On quitte ainsi la perspective verticale centrée sur une question repère pour appréhender le champ bioéthique dans sa globalité, c'est-à-dire dans une dimension horizontale. Et de ce point de vue, on est amené à formuler un constat pour le moins nuancé. L'investissement des autorités de gouvernement dans le domaine biomédical n'est pas inexistant. Il s'avère néanmoins *limité* (§ 1er). Il est vrai que les stimulants dont elles bénéficient en cette matière ne paraissent *guère adaptés* aux spécificités de celle-ci (§ 2).

§ 1ER. L'IMPLICATION LIMITÉE DES AUTORITÉS INVESTIES DE LA FONCTION DE GOUVERNEMENT

Dans le secteur biomédical, lorsque les autorités de gouvernement ne cèdent pas à la tentation de l'*immobilisme* (A), elles témoignent d'un penchant marqué pour les *interventions pointillistes* (B).

A. La propension des autorités à l'immobilisme

À l'heure actuelle, on l'a noté, une indéniable montée en puissance du droit peut être décelée au cœur de l'approche bioéthique[120]. Ce phénomène tient probablement, on l'a vu aussi, à une prise de conscience croissante des atouts que présentent les autorités habilitées à énoncer la règle de droit : artisans principaux du bien public, ces autorités peuvent prétendre à une légitimité non atteinte par les autres acteurs de l'approche[121].

Il reste qu'une telle prise de conscience n'a pas pour effet d'écarter les obstacles qui se présentent à l'auteur de la norme juridique, et singulièrement aux autorités de gouvernement, lorsqu'ils cherchent à appréhender la matière biomédicale. Elle n'enlève rien à ces facteurs extrinsèques à la règle de droit dont on a relevé qu'ils rendent difficile son élaboration[122] : l'atténuation progressive des distinctions conceptuelles grâce auxquelles l'esprit appréhende la réalité, relativisées par les pouvoirs inédits de la biomédecine ; la difficulté de trouver un accord sur des questions qui exacerbent les conflits de valeurs dont les sociétés contemporaines sont traversées ; la difficulté d'évaluer les bénéfices et les risques inhérents à des connaissances, techniques et pratiques biomédicales bien souvent novatrices. Facteurs auxquels s'ajoutent l'opposition classique entre la science et le droit, le nombre et la diversité des disciplines juridiques impliquées, la crainte de poser des choix qui pourraient déplaire à de puissants lobbies ou à l'opinion publique.

Pareils obstacles, qui attestent la complexité et la sensibilité des questions bioéthiques, ne sont pas dénués d'impact sur l'exercice de la fonction de gouvernement. Ils ralentissent indéniablement le processus d'élaboration de la norme juridique appelée à lui servir de support[123] – d'où le souci de ne pas exiger l'intervention immédiate des autorités de gouvernement en rapport avec toute question bioéthique nouvelle. Mais un cran plus loin, ils mettent aussi en péril l'aboutissement même d'un tel processus. Car ils requièrent des autorités de gouvernement qu'elles se donnent les moyens de les surmonter. Ces autorités doivent faire montre d'*audace* pour surmonter leur aversion naturelle au regard des matières scientifiques comme pour affronter les fortes résistances susceptibles de s'élever contre leur intervention. Elles doivent témoigner d'une réelle *persévérance* pour prendre à bras le corps

[120] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er.
[121] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, A, 2.
[122] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er.
[123] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, B.

des questions dont la résolution s'avère ardue et qui nécessitent un investissement de longue haleine tenant au développement d'un dialogue respectueux des opinions de chacun. Deux exigences auxquelles les autorités peuvent ne pas se sentir de taille à répondre en de nombreuses occasions : la volonté de déployer de telles qualités peut aisément faire défaut dans leur chef.

Les obstacles relevés tendent ainsi à favoriser une certaine *propension à l'immobilisme* des autorités de gouvernement. Une propension qui ne peut être confondue avec la préoccupation dont peuvent témoigner des autorités soucieuses de prendre le temps de la réflexion avant de régler comme il se doit les questions bioéthiques dont elles se sont saisies. Il ne s'agit pas, ici, de donner aux discussions requises tout le champ nécessaire, ou même de surseoir un moment à l'adoption des normes projetées afin de permettre au débat de mûrir et d'aboutir ainsi à des solutions de qualité. Il est bel et bien question d'une forme d'inertie ou d'attentisme, caractérisée par un renoncement à mettre en œuvre tous les moyens requis pour résoudre les questions dont l'examen a été enclenché, voire même par le refus préalable d'enclencher celui-ci. C'est le peu d'intérêt dont témoigne une assemblée législative à l'égard des initiatives que prennent quelques-uns de ses membres dans le domaine biomédical, l'amenant à renoncer rapidement à poursuivre les débats qui s'y rapportent. C'est, plus en amont, la passivité dont peuvent faire preuve les parlementaires ou l'exécutif, qui rejetteraient l'idée même d'une initiative en la matière compte tenu de son caractère sensible et complexe.

Les interventions croissantes du droit au cœur de l'approche bioéthique montrent que ce penchant des autorités pour l'immobilisme ne l'emporte pas, ou ne l'emporte plus, au regard d'une série de questions biomédicales. Il serait toutefois erroné de croire que l'immobilisme est une mauvaise habitude en voie de disparition. Il se manifeste encore de manière tangible dans le domaine. Certes, ces manifestations présentent des visages différents d'un État à l'autre. La problématique de l'assistance médicale à la procréation, par exemple, peut être totalement délaissée dans un État donné alors que, dans un autre, elle aura été saisie à bras le corps[124]. Il n'empêche qu'au-delà de ces variations, aucune société ne paraît échapper au phénomène.

Généralement, l'immobilisme se manifeste d'entrée de jeu, à la source. Un secteur de la biomédecine demeure vierge de toute intervention des autorités de gouvernement. Celles-ci ne mettent pas en œuvre les efforts requis pour élaborer un cadre juridique là où, pourtant, les évolutions du champ biomédical le rendent nécessaire aux yeux des observateurs avertis. Que le secteur en cause soit marqué par un réel vide législatif ou par l'existence de normes générales mal appliquées, voire rejetées au point de créer un décalage législatif[125].

Jusqu'à la fin des années nonante, la Belgique offrait un exemple particulièrement révélateur de ce type d'attitude, le débat y restant en friche dans la majorité des secteurs de la biomédecine : à cette époque, seuls les prélèvements d'organes et l'avortement, pour l'essentiel, ont retenu l'attention du législateur[126]. À sa manière, le Canada s'avère lui aussi

---

[124] Le risque de voir apparaître de telles différences de niveau de protection, on le rappelle, sert d'argument au modèle de l'approche internationale: *supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 2.

[125] Sur le vide législatif, le décalage législatif et les autres situations de ce genre: *supra*, Section 1, § 2, A, 1 et 2.

[126] L. du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes ; L. du 3 avr. 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code. On peut ajouter à ces questions les problématiques plus spécifiques traitées par la L. du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux et la L. du 5 juill. 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine. Depuis lors, et notamment en raison d'un changement radical de majorité opéré en 1999, le législateur a récupéré une partie de son retard: voy. notamment L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, L. du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs, L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, L. du 28 janv. 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de

marqué par la propension à l'immobilisme des autorités de gouvernement, au point que la doctrine n'a pas hésité à y évoquer les « dérobades répétées du législateur »[127] dans le domaine biomédical. Un constat qui se vérifie aujourd'hui encore, à plus d'un égard. Ainsi les délicates problématiques liées à la fin de la vie n'ont-elles toujours pas été abordées par le législateur canadien, quand bien même des travaux de qualité ont été conduits à ce sujet au sein de la Commission de réforme du droit du Canada[128], puis au sein d'un Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide[129]. Plus généralement, nombreuses sont les initiatives parlementaires, notamment au niveau de la Chambre des Communes du Parlement canadien, qui demeurent lettre morte, leur examen ne dépassant pas le stade de la première lecture[130].

Le cas échéant, l'immobilisme peut aussi se manifester face à des secteurs de la biomédecine – comme celui de la maîtrise de la procréation, recouvrant notamment les problématiques de la contraception et de l'avortement – qui ont fait l'objet, à une époque donnée, de règles juridiques spécifiques toujours en vigueur mais dénoncées depuis comme inappropriées. Au point parfois d'être marquées par une réelle situation de décalage législatif[131]. Dans de telles circonstances aussi, il arrive que les autorités de gouvernement demeurent passives, renonçant à s'engager à nouveau dans un débat qui s'est radicalisé depuis leurs premières interventions.

Ces indications l'attestent : considéré sous l'angle de l'implication des autorités de gouvernement, le champ biomédical fait figure de champ partagé. Les secteurs de la biomédecine où ces autorités font l'effort de s'investir ne sont plus, aujourd'hui, une exception. On ne peut que s'en réjouir : leur intervention est en mesure d'y assurer un ancrage constitutionnel ferme – moyennant les réserves que l'on formule dans le point suivant. Par contre, l'inertie reste de mise pour d'autres pans du champ biomédical, au niveau desquels un schéma d'ancrage fragile tend par conséquent à s'imposer. On en déduit que l'ancrage constitutionnel, entendu comme un ancrage étendu et efficace, c'est-à-dire ferme, s'avère *fragmentaire* au sein de l'approche bioéthique envisagée dans sa globalité. Il reste incomplet, partiel.

---

travail, L. du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, L. du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine.

[127] S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, p. 172.

[128] COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport 20 – Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Ottawa, La Commission, 1983.

[129] COMITÉ SÉNATORIAL SPÉCIAL SUR L'EUTHANASIE ET L'AIDE AU SUICIDE, *De la vie et de la mort*, Sénat du Canada, mai 1995. C'est ce dernier, tout particulièrement, qui recommande un ensemble de modifications législatives, notamment au niveau du Code criminel fédéral. Voy. pp. ix-xi.

[130] Si l'on s'en tient à la dernière législature complète (37e législature, 2001-2004), on peut signaler à titres d'exemples:

- en ce qui concerne les droits du patient: L. établissant les droits des patients en matières de santé, de traitement et de dossiers, Projet de loi C-261, *Chambre des Communes*, 1re session, 37e législature, 49-50 Elizabeth II, 2001 [1re lecture 12 févr. 2002] ; L. établissant les droits des patients en matières de santé, de traitement et de dossiers, Projet de loi C-238, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002 [1re lecture 23 oct. 2002] ; L. modifiant le Code criminel afin d'interdire la coercition contre une personne à l'égard des actes médicaux qui sont contraires à sa religion ou à sa croyance au caractère inviolable de la vie humaine, Projet de loi n° C-276, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002 [1re lecture 30 oct. 2002] ; L. modifiant le Code criminel (prélèvement d'échantillons de substances corporelles), Projet de loi n° C-277, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002 [1re lecture 30 oct. 2002] ; L. sur la protection de la vie privée des patients et de la confidentialité des renseignements personnels sur la santé, Projet de loi C-311, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002 [1re lecture 20 nov. 2002] ;
- en ce qui concerne le début de la vie et le clonage: L. modifiant le Code criminel (manipulation génétique), Projet de loi n° C-336, *Chambre des Communes*, 1re session, 37e législature, 49-50 Elizabeth II, 2001 [1re lecture 5 avr. 2002] ; L. modifiant le Code criminel (protection de l'enfant avant sa naissance), Projet de loi C-233, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002 [1re lecture 21 oct. 2002].

[131] Sur ces situations: *supra*, Section 1, § 1er, A, 2 et § 2, A, 2.

B. La propension des autorités au pointillisme

L'analyse doit être affinée. Il faut prêter attention aux modalités de l'action déployée par les autorités de gouvernement dans les secteurs de la biomédecine où elles prennent l'initiative d'intervenir. À cet égard, deux facteurs caractéristiques de la matière doivent plus particulièrement entrer en ligne de compte : ils ne vont pas sans infléchir cette action.

D'une part, il faut garder à l'esprit que la biomédecine se caractérise par d'incessantes avancées des connaissances et des techniques – ces progrès qui naissent au cœur de la dynamique rapprochant aujourd'hui biologie et médecine[132]. Elle forme un secteur en constante évolution et en perpétuelle effervescence, qui résonne régulièrement de la communication de telle découverte clé ou de l'annonce de telle pratique novatrice.

D'autre part, même si elles sont issues d'un secteur vaste et d'accès difficile pour le commun des mortels, certaines questions biomédicales présentent la particularité de réussir à monopoliser brusquement l'attention bien au-delà des milieux autorisés. Sans doute parce qu'elles frappent l'imagination, entraînant dans leur sillage un cortège de craintes plus ou moins justifiées. Sans doute aussi parce qu'elles entrent en synergie avec une certaine évolution des mentalités et des mœurs sociales, acceptée par les uns et décriée par les autres. Tel a été le cas, par exemple, de la question de savoir si le fait d'être né gravement handicapé peut être qualifié de préjudice susceptible d'indemnisation : un vaste débat s'est développé sur ce point, en France comme à l'étranger, au départ du célèbre arrêt Perruche de la Cour de cassation française[133]. De la même manière, la question du maintien en vie artificielle de patients en état végétatif permanent a focalisé à plus d'une reprise l'attention de l'opinion publique américaine. Tout récemment encore, celle-ci s'est émue du sort de Theresa Schiavo, jeune femme plongée dans le coma depuis quinze ans dont le mari prétendait obtenir, contre l'avis de ses parents, l'arrêt de l'assistance médicale qui l'empêchait de mourir. Toujours dans la même logique, la délicate question du recours aux mères porteuses s'est dernièrement posée avec insistance en Belgique, une femme belge qui avait accepté de porter l'enfant d'un couple tiers étant soupçonnée d'avoir vendu cet enfant au plus offrant via Internet.

Les autorités de gouvernement ne demeurent pas insensibles à de telles situations. Au contraire, celles-ci figurent en très bonne place au rang des motifs qui les incitent à surmonter leur propension à l'immobilisme dans le champ biomédical. Ainsi, il n'est pas rare de voir les autorités se saisir de la matière suite à une découverte scientifique marquante, qui leur fait l'effet d'un électrochoc. Plus généralement, il n'est pas exceptionnel de les voir agir au cœur du champ biomédical dans l'objectif de régler une problématique qui suscite des remous au sein de la société.

En soi, la stratégie n'est pas critiquable. Comme on l'a relevé en son temps, il importe que les autorités de gouvernement fassent preuve de vigilance dans le champ bioéthique en surveillant ses constantes évolutions. Mais on l'a noté aussi : l'intervention de ces autorités ne doit pas demeurer superficielle. Elle doit s'attacher aux mouvements qui marquent la matière en profondeur. Dans toute la mesure du possible, elle doit s'efforcer de faire œuvre globale et cohérente[134]. Est-ce le cas dans les faits ? Pas en toutes circonstances, loin s'en faut. Car les démarches entreprises par les autorités de gouvernement sont sélectives. Elles concernent les

[132] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 2, A.
[133] Cass. (fr.), 17 nov. 2000, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1221.
[134] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, B.

développements les plus retentissants du champ biomédical. Développements qui incitent à la myopie : les autorités inclinent à leur prêter une attention exclusive en raison même de leur caractère frappant, conjugué aux facteurs – toujours présents – qui favorisent l'immobilisme en la matière. Les évolutions spectaculaires du champ bioéthique tendent ainsi à éclipser les facettes plus discrètes des secteurs de la biomédecine où elles amènent les autorités de gouvernement à pénétrer. Autrement dit, elles n'encouragent pas ces dernières à prendre la hauteur voulue pour développer une approche systématique des problématiques qui en relèvent. Elles les engagent plutôt à braquer leurs projecteurs sur celles de ces problématiques qui marquent l'actualité du moment. Elles les conduisent à fonctionner sur le mode du sensationnalisme, à s'attacher à « l'événementiel »[135].

L'avalanche de réactions politiques qui a suivi l'annonce, le 24 février 1997, de la naissance de la brebis clonée *Dolly* au *Roslin Institute* en Écosse, est particulièrement révélatrice de cette tendance. Mais cette dernière ne demeure pas cantonnée à la sphère politique. Elle s'imprime également dans les prolongements juridiques que les autorités de gouvernement cherchent à donner à leur action.

En témoignent les vagues successives de législations adoptées sur des problématiques devenues sensibles dans les sociétés contemporaines : le prélèvement et la transplantation d'organes, l'avortement, l'assistance médicale à la procréation[136]. De telles législations attestent que les autorités compétences ont prêté attention à un type bien déterminé de pratiques, sans chercher en toutes circonstances à les replacer dans le contexte qui est leur. Ainsi la problématique du prélèvement d'organes n'a-t-elle pas toujours, ou d'emblée, été mise en rapport avec celle qui s'attache à d'autres prélèvements opérés sur le corps humain[137]. De la même manière, l'appréhension séparée de problématiques comme celles de l'avortement et de l'assistance médicale à la procréation, qui peut étonner dès lors que l'une et l'autre relèvent d'un même secteur de la biomédecine – celui de la maîtrise de la procréation humaine –, n'a pas toujours été justifiée par le fait que la seconde s'est manifestée plus tardivement que la première. Lorsque des choix ont été posés en matière d'avortement à une époque où les techniques de PMA étaient déjà bien développées[138], elle semble plutôt procéder d'une volonté délibérée des autorités compétentes de cibler le champ de leurs interventions en limitant chacune de celles-ci à un faisceau de questions précis[139].

S'inscrivent dans une même optique, peut-être de façon plus spectaculaire encore, quelques réactions extrêmes, presque épidermiques, des autorités de gouvernement au regard de l'un ou l'autre développement brûlant de l'actualité biomédicale. Ainsi, le législateur

---

[135] N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 46.

[136] Voy. *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er, notes 244 à 246.

[137] Voy. par exemple l'art 1er, § 1er, al. 2 de la L. belge du 13 juin 1986: « Le transfert d'embryon, le prélèvement et la transplantation de testicules et ovaires, et l'utilisation des ovules et du sperme, ne sont pas visés par la présente loi ». Plus généralement, les travaux préparatoires de la loi attestent que l'idée d'un traitement cohérent des questions biomédicales n'a pas réellement guidé les travaux. Quelques interventions seulement se sont préoccupées de ces considérations: voy. Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1985-1986, n° 220/9, pp. 7 et 21.

[138] Voy. par exemple L. belge du 3 avr. 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code ; L. allemande du 27 juill. 1992 sur la protection de la vie prénatale, la promotion d'une société plus accueillante aux enfants, les aides en faveur des femmes enceintes en détresse et les conditions de l'interruption de grossesse ; L. française du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception ; L. suisse du 23 mars 2001 portant modification du Code pénal.

[139] Les travaux préparatoires de la loi belge du 3 avr. 1990 révèlent ainsi que les questions liées à la procréation médicalement assistée n'ont pas retenu l'attention du législateur. Voy. seulement Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les art. 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les art. 352 et 353 du même Code, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1988-1989, n° 950/9, p. 30.

français s'est très vite saisi de la question du préjudice lié au fait d'être né, dans la foulée de l'arrêt *Perruche*[140]. De la même façon, plusieurs propositions de lois ont été déposées en Belgique en rapport avec la problématique de la maternité de substitution[141], tandis qu'un projet de loi gouvernemental a été mis à l'étude sur le sujet, dans la foulée des révélations liées au fait divers qui a révélé des abus en ce domaine. Quant au législateur américain – tant fédéré que fédéral –, il est intervenu non pas dans le sillage de l'affaire Schiavo, pour réglementer l'ensemble des situations semblables, mais au cœur même de cette affaire, en adoptant dans la précipitation des dispositions *ad hoc* visant tantôt à imposer la poursuite de l'alimentation de la jeune femme, tantôt à autoriser la soumission de son cas à un juge fédéral normalement incompétent.

En somme, sous l'influence des évolutions marquantes du champ bioéthique, les autorités de gouvernement affichent une propension à développer une approche des questions biomédicales au coup par coup. Régulièrement, elles se contentent de procéder à une appréhension ponctuelle, *pointilliste* de ces questions. Les normes qu'elles énoncent dans le champ biomédical tendent ainsi à former, au moins partiellement, un droit morcelé, « tronçonné »[142], *éclaté*. Un droit fait d'une accumulation de règles relatives à des problématiques particulières[143].

L'observation n'est pas dénuée de conséquences en termes d'ancrage constitutionnel. Elle révèle qu'au sein de l'approche bioéthique envisagée de manière globale, l'ancrage ferme de la Constitution doit être tenu pour plus *fragmentaire* encore qu'il n'apparaît de prime abord en raison de la propension des autorités à l'immobilisme. Dans les secteurs de la biomédecine où interviennent les autorités de gouvernement, il tend à ne bénéficier qu'à des problématiques biomédicales ponctuelles. Du point de vue des autres problématiques, c'est plutôt le schéma d'ancrage fragile qui tend à l'emporter.

§ 2. DES STIMULANTS PEU ADAPTÉS

Les autorités investies de la fonction de gouvernement ne témoignent pas d'un empressement évident à se saisir des questions biomédicales, ou du moins à prendre le recul nécessaire pour faire œuvre systématique à leur sujet. Faut-il en déduire qu'elles ne sont guère stimulées à développer des interventions de qualité en ce domaine ? En clair, que les normes juridiques qui encadrent leur action n'offrent pas toutes les qualités voulues pour les amener à se saisir d'une matière qui incite au pointillisme, voire à l'immobilisme ?

La question appelle une précision. Il faut noter que bien des facteurs parmi ceux qui découragent ou restreignent l'intervention des autorités de gouvernement dans le champ

---

[140] Cette question a fait l'objet de diverses propositions de loi (Proposition de loi tendant à rendre irrecevable toute demande d'indemnisation du seul fait de sa naissance, *Ass. nat.*, 11e législ., n° 2805, 13 déc. 2000 ; Proposition de loi relative à l'interdiction de poursuivre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis, *Ass. nat.*, 11e législ., n° 2806, 13 déc. 2000 ; Proposition de loi instituant un moratoire sur les demandes en recherche de responsabilité du fait de la naissance et du maintien de la vie, *Ass. nat.*, 11e législ., n° 2844, 9 janv. 2001 ; Proposition de loi visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né », *Sén.*, sess. ord. 2000-2001, n° 442, 21 sept. 2001) avant d'être réglée par l'art. 1er de la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, sur la base d'amendements présentés au Sénat (Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Amendements n° 14 et n° 15 présentés par MM. Giraud, Dériot et Lorrain au nom de la Commission des affaires sociales, *Sén.*, sess. ord. 2001-2002, 17 et 31 janv. 2002). Voy. sur cette question G. TEBOUL, *op. cit.*, pp. 15-16.

[141] Proposition de loi visant à interdire la commercialisation des enfants, Développements, Doc. parl., Ch. représ., sess. ord. 2004-2005, n° 1823/1 ; Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2004-2005, n° 3-1230/1.

[142] G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 115.

[143] C. BYK, « La bioéthique en Europe... », *op. cit.*, p. 296 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, pp. 65-66 et 75-76.

biomédical échappent en tant que tels à l'emprise de quelque norme que ce soit. De sorte que même des règles de droit précises et efficaces ne seraient pas en mesure de les faire disparaître par le seul effet de la volonté dont elles sont l'expression. Elles seraient bien en peine, par exemple, de dissiper les conflits de valeurs qui se développent au sujet des connaissances, techniques et pratiques de la biomédecine. C'est là un fait avec lequel elles doivent compter. À l'inverse, il est de leur ressort d'exhorter les autorités de gouvernement à surmonter les obstacles qui se présentent en la matière, c'est-à-dire à tout mettre en œuvre pour se saisir valablement des questions biomédicales. C'est la mesure dans laquelle les règles de droit parviennent à jouer ce rôle d'impulsion que l'on évoque ici.

À cet égard, on rappelle que les autorités de gouvernement sont bien souvent amenées à intervenir dans le domaine biomédical en recourant à la loi. Les normes dont il faut évaluer le potentiel d'impulsion en cette matière sont donc celles qui figurent dans la hiérarchie des normes à un rang supérieur à celui de la loi : de toute évidence, les règles constitutionnelles dont la teneur est telle qu'elles peuvent servir de références au regard des questions biomédicales. De leur point de vue, l'analyse permet d'expliquer pour partie l'immobilisme et le pointillisme des autorités de gouvernement. Elle révèle en effet que ces règles ne sont pas capables d'assumer un rôle d'impulsion pleinement convaincant dans le domaine biomédical. Envisagées sous cet angle particulier, elles dénotent une certaine *faiblesse* (A).

Par ailleurs, il ne faut pas négliger l'impact que peuvent avoir, sur les autorités de gouvernement, un ensemble de normes élaborées au niveau international. Parce qu'elles reflètent une volonté partiellement extérieure à l'État, celles-ci sont en principe à même d'inciter les autorités de gouvernement à se mettre en mouvement. À leur sujet, néanmoins, l'analyse confirme la tendance qui se dessine au niveau constitutionnel. Évaluées à la lumière de leur rôle d'impulsion, ces normes témoignent d'une forme d'*insuffisance* en matière bioéthique (B).

A. La faiblesse des stimulants constitutionnels

Au premier rang des règles constitutionnelles susceptibles d'inciter les autorités de gouvernement à se saisir valablement des questions biomédicales figurent celles qui présentent une nature *structurante* : celles qui consacrent le rôle prépondérant des autorités constituées dans l'approche des questions biomédicales. Car comme le rappelle l'adage, « tout pouvoir est un devoir ». En l'occurrence, les détenteurs de la fonction de gouvernement sont constitutionnellement habilités à jouer un rôle de premier plan dans l'approche des questions biomédicales. Ils sont ainsi investis d'une mission qu'ils sont tenus d'exercer[144]. Dans le domaine biomédical comme en tout autre, « il ne s'agit pas pour l'autorité chargée de légiférer de dire qu'il ne lui appartient pas de gouverner »[145] [146].

Les *normes directrices* de la Constitution ne doivent pas pour autant être négligées. Celles d'entre elles qui protègent les dimensions corporelle, immatérielle, relationnelle et essentielle de l'homme affectées par les développements de la biomédecine[147] peuvent ici servir d'appoints aux normes structurantes. Elles peuvent faire en sorte que le modèle de l'homme dessiné par ces dernières reçoive une concrétisation à travers l'intervention des autorités de

[144] F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel...*, p. 15.
[145] G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 228.
[146] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 2, en rapport avec l'obligation faite aux autorités constituées de respecter la Constitution qui les met sur pied, donc, d'assumer le rôle éminent qu'elle leur confie.
[147] A. AUER, *op. cit.*, p. 134. Sur les normes en cause: *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2.

gouvernement. Il faut rappeler, en effet, que les normes directrices exhortent les autorités publiques, et singulièrement les autorités de gouvernement, à faire preuve d'initiative pour préserver et développer les valeurs qu'elles garantissent, jusque dans les rapports qui lient les particuliers entre eux. Aussi bien lorsqu'elles prennent la forme de garanties objectives, auxquelles s'attachent des obligations de prestation, que lorsqu'elles servent de fondement à des droits subjectifs, interprétés à la lumière d'une lecture objective qui y décèle des obligations du même type[148].

Tels sont les principes théoriques. Les normes constitutionnelles de référence énoncent à destination des autorités de gouvernement diverses obligations d'intervention, qui constituent autant d'incitations à agir. Reste à voir en quoi la Constitution est en mesure de transformer l'essai. Autrement dit, en quoi les caractères qui sont les siens assurent un prolongement effectif aux obligations qu'elle consacre. De ce point de vue, les normes constitutionnelles s'apprécient d'abord sous l'angle de leur *expressivité* au regard de la matière bioéthique, c'est-à-dire de leur faculté à faire passer le message qu'elles délivrent en cette matière (1). Elles s'envisagent ensuite sous l'angle de leur *pouvoir de contrainte* : leur pouvoir d'obliger à respecter un tel message (2). Les deux perspectives conduisent à mettre en lumière la *faible autorité* des normes constitutionnelles appréhendées sous l'angle de leur potentiel d'impulsion (3).

1. L'expressivité des normes constitutionnelles

Les normes structurantes de la Constitution retiennent l'attention dans un premier temps. De leur point de vue, l'analyse ne soulève guère de difficulté. Car il apparaît qu'en aucune manière ces normes ne mettent en valeur les obligations qu'elles imposent au cœur de l'approche bioéthique. Au contraire : énoncées en des termes généraux – c'est l'hypothèse que l'on retient à ce stade de l'analyse –, elles demeurent peu expressives. Donc, faiblement incitatives.

Ainsi, une lecture superficielle des normes structurantes révèle celles-ci tout entières préoccupées de définir et d'assembler les principaux éléments constitutifs de l'État. Il s'agit de mettre sur pied un ensemble de collectivités. D'établir des autorités en décrivant avec un minimum de précision leur désignation, leur statut, leur mode de fonctionnement. De définir les grandes lignes d'un partage des compétences entre ces autorités. Il s'agit aussi d'indiquer, ne fût-ce qu'implicitement, les fonctions qui incombent à celles-ci. Il s'agit encore de préciser les moyens auxquels elles peuvent recourir pour les exercer. Rien de tout cela n'évoque d'emblée les questions bioéthiques. À première vue – comme on l'a relevé en son temps –, un doute légitime peut même s'installer sur le point de savoir si les normes en cause, dont l'objet manifeste est de jeter les fondements de l'État, sont en mesure de donner la moindre indication pertinente sur ces questions, relatives à des connaissances, techniques et pratiques qui affectent l'intimité de l'individu[149]. Cette particularité n'est pas dénuée d'impact sur le potentiel d'impulsion des normes structurantes dans le domaine.

D'un côté, elle a pour effet de les rendre *trop peu démonstratives*. Les normes structurantes ne mettent pas la biomédecine en relief. Elles ne la recommandent pas à l'attention des autorités de gouvernement. Elles ne les poussent pas à s'y intéresser pour mettre en œuvre l'important message qu'elles délivrent à son sujet, tenant à l'obligation qui incombe aux autorités de jouer un rôle de premier plan effectif dans l'appréhension des questions

[148] *Supra*, Section 1, § 1er, A, 1.
[149] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2.

biomédicales. En définissant des domaines de compétences diversifiés – dont certains englobent la matière biomédicale mais sans pour autant se référer à elle –, elles risquent même d'orienter l'action des autorités vers d'autres préoccupations.

Il n'y a à cela rien d'étonnant. Les normes structurantes de la Constitution n'adoptent pas vis-à-vis des questions bioéthiques une stratégie différente de celle qu'elles retiennent au regard des autres questions qui interpellent les sociétés contemporaines. Mais là est précisément le problème. C'est cette neutralité qui fait difficulté dans un domaine où les autorités de gouvernement affichent une réticence toute particulière à s'engager. Réticence bien plus marquée qu'en beaucoup d'autres secteurs, motivée en l'occurrence par les multiples obstacles qui se présentent à ces autorités dès l'instant où elles cherchent à appréhender la matière. Dans le domaine biomédical, les autorités de gouvernement sont tentées de rester « en dehors du coup », ou du moins de s'impliquer le moins possible. Peu démonstratives, les normes structurantes de la Constitution ne sont pas adaptées à cet immobilisme de fait.

D'un autre côté, la même particularité a pour effet d'affecter les normes structurantes d'un indéniable *défaut de visibilité* dans le secteur biomédical. La neutralité dont celles-ci font preuve a des incidences aussi dans l'hypothèse où les autorités de gouvernement se décident à régler une question bioéthique donnée, comme celle qui s'attache à une avancée spectaculaire des connaissances et des techniques ou à une situation qui mobilise l'opinion publique. Car en pareil cas, les normes structurantes demeurent effacées. Très générales, elles ne signalent pas aux autorités qui s'engagent avec réticence dans le domaine biomédical qu'elles ont des volontés particulières concernant leur action en cette matière, dont il convient qu'elles soient respectées de manière effective. Concrètement, elles n'arrachent pas ces autorités à l'emprise de la question bioéthique ponctuelle qui les amène à intervenir : elles n'attirent pas leur attention sur les indications qu'elles leur adressent concernant cette intervention, les appelant à faire œuvre systématique et cohérente en réglant les questions bioéthiques associées.

Caractère trop peu démonstratif, caractère trop peu visible. À ces considérations, il faut encore ajouter que les normes structurantes de la Constitution sont affectées d'un certain *défaut de lisibilité*. Quand bien même les autorités de gouvernement prêtent attention à ces normes, il n'est pas assuré qu'elles saisissent tout le poids du message que renferment celles-ci. En l'occurrence, qu'elles perçoivent à sa juste mesure le rôle prépondérant que la Constitution leur impose bien au-delà de la question particulière que l'actualité a mise en évidence.

Bien souvent, en effet, la Constitution n'insiste pas à proprement parler sur sa vocation première, tenant à la réalisation du bien de tous afin d'assurer au mieux le bien de chacun. Du moins n'évoque-t-elle pas de manière manifeste le rôle éminent qui incombe aux autorités constituées dans la matérialisation de ce bien public. Si elle fait état de la prépondérance des autorités constituées, c'est pour l'essentiel à travers la construction théorique générale qui la présente comme l'expression première du détenteur de la souveraineté au sein de la société politique, comme le porte-parole de la nation souveraine[150]. Elle s'exprime au moyen de concepts abstraits marqués par la vision de l'État telle qu'elle s'est développée notamment au XIXe siècle, qui peuvent apparaître bien éloignés de la réalité biomédicale du XXIe siècle.

[150] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 2.

Qu'en est-il alors de l'expressivité qui caractérise les normes directrices ? À leur égard, un même type de conclusion s'impose qu'au niveau des normes structurantes. Les normes directrices ne s'avèrent pas suffisamment explicites pour seconder parfaitement celles-ci dans la promotion d'une intervention valable des autorités de gouvernement en matière bioéthique. Une certaine faiblesse du potentiel d'impulsion de la Constitution se fait jour ici encore.

Certes, l'appréciation gagne à être nuancée. Car les normes directrices, par hypothèse, mettent clairement l'homme au centre de leurs préoccupations. Celles dont on a relevé qu'elles peuvent servir de références en biomédecine insistent même sur les dimensions de l'être humain affectées par celle-ci. De prime abord, elles ne se positionnent donc pas à mille lieues de ce qui forme le foyer des connaissances, techniques et pratiques biomédicales. Leur objet exprès tend à les rapprocher du cœur de la matière plus que celui qui caractérise les normes structurantes.

Il n'empêche qu'à l'instar de ces dernières, les normes directrices n'insistent pas spécifiquement sur les questions biomédicales. Elles n'y sensibilisent pas les autorités de gouvernement d'une manière particulière. Elles ne font pas usage du prestige qui les auréole en tant qu'incarnations des valeurs sociales fondamentales pour attirer l'attention de ces autorités sur le discours qu'elles tiennent dans le domaine, discours qui se résume dans l'obligation d'assurer la protection de ces valeurs face aux connaissances, techniques et pratiques biomédicales. Elles renvoient à l'ensemble des questions qui impliquent d'une quelconque façon les facettes de la personne humaine qu'elles protègent. Ensemble vaste et diversifié dont les questions biomédicales ne forment qu'un sous-ensemble particulier. En somme, ici encore, les autorités de gouvernement ne se trouvent pas vigoureusement appelées à la vigilance là où elles témoignent d'une propension à l'immobilisme plus prononcée qu'en bien d'autres domaines. Les normes directrices n'apparaissent *pas assez démonstratives* en matière bioéthique pour y jouer un rôle stimulant parfaitement efficace.

Il est vrai par contre que les mêmes normes bénéficient d'une certaine *visibilité* en matière bioéthique. Une fois les autorités de gouvernement saisies d'une question biomédicale, notamment sous la pression des faits, elles devraient se manifester à ces autorités davantage que les normes constitutionnelles structurantes, essentiellement préoccupées par la construction de l'appareil étatique. D'autant que les normes qui visent à protéger l'homme, qu'elles soient de niveau constitutionnel ou international, bénéficient d'une attention soutenue au sein des sociétés politiques contemporaines, particulièrement sensibles à ce qui est souvent désigné par l'expression de « droits fondamentaux »[151].

Les normes constitutionnelles directrices devraient ainsi pouvoir inciter les autorités de gouvernement à s'élever par rapport aux faits particuliers qui les ont interpellées, c'est-à-dire à développer une appréhension moins pointilliste du champ bioéthique. Elles devraient les amener à se saisir des questions associées à celles directement mises en cause dans ces situations factuelles, de façon à promouvoir les valeurs constitutionnelles dans l'ensemble du secteur biomédical concerné. Il y a là un scénario plausible, renforcé par le fait que les normes directrices, appelées à servir de références communes et transversales, devraient aider les autorités à surmonter les difficultés qui naissent du nombre et de la diversité des disciplines juridiques impliquées par les questions biomédicales.

[151] Sur les rapports qu'entretiennent les droits fondamentaux et les normes directrices, voy. *supra*, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la Section 2.

D'autres considérations doivent toutefois être prises en compte en rapport avec la même hypothèse, qui contribuent à relativiser de tels constats. Comme on l'a déjà noté, en effet, les normes directrices s'abstiennent de fournir aux questions bioéthiques une solution « clé sur porte » dans le prolongement de laquelle les autorités de gouvernement n'auraient qu'à inscrire leurs propres normes[152]. Et ceci n'est pas dénué de conséquences sur leur potentiel d'impulsion.

Ainsi, les normes directrices requièrent de procéder à un travail de conciliation entre les garanties pertinentes qu'elles énoncent, qui se contentent d'établir un cadre de protection. Elles ne témoignent donc que d'un *engagement limité* dans le domaine biomédical : elles demeurent silencieuses sur la délicate pesée des intérêts qui s'impose au regard des questions bioéthiques, laissant bien des portes ouvertes. Au mieux, elles ne fournissent à ce sujet que des indications d'ordre très général. Les normes directrices obligent ainsi les autorités de gouvernement à prendre leurs responsabilités. Elles les contraignent à formuler des choix importants. Ceci ne peut qu'inciter ces autorités à restreindre leur intervention au strict minimum : la nécessité de poser des choix de ce type tend précisément à les rebuter dans le domaine biomédical, en raison de la crainte qu'elles ont de déplaire à l'opinion publique et aux groupes de pression. Sans compter que pareils choix font reposer sur leurs seules épaules la tâche de soupeser les bénéfices et les risques inhérents aux connaissances, techniques et pratiques biomédicales inédites, alors mêmes que ceux-ci peuvent apparaître très incertains.

Par ailleurs, la signification que revêtent certaines normes directrices dans le domaine biomédical n'apparaît pas à la première lecture. Par hypothèse, les normes de ce type doivent faire l'objet d'une interprétation. Or, comme on aura l'occasion de le souligner à un stade ultérieur de l'analyse[153], cette interprétation ne va pas sans soulever des difficultés dans le domaine biomédical. Nombre de normes directrices se révèlent *peu lisibles* : les formules générales auxquelles elles recourent ne tiennent pas compte du fait que les conflits de valeurs caractéristiques des sociétés contemporaines se trouvent exacerbés par les développements de la biomédecine, notamment parce que ceux-ci contribuent à relativiser les distinctions traditionnelles grâce auxquelles l'esprit humain appréhende la réalité. Très concrètement, la Constitution laisse donc les autorités de gouvernement aux prises avec les difficultés qu'elle rencontre sur ces deux terrains. Difficultés qui favorisent précisément leur propension à l'immobilisme et au pointillisme en matière bioéthique. Il y a là de quoi les décourager de développer une action qui dépasse la seule question ponctuelle dont elles se saisissent sous la pression des événements de l'actualité biomédicale.

En guise d'observation, on relèvera que le défaut de lisibilité ici évoqué adopte une configuration un peu différente qu'au niveau des normes structurantes. Il ne se dessine pas à proprement parler au niveau des principes. À l'inverse des normes structurantes, les normes directrices manifestent sans guère d'ambiguïté[154] que les autorités de gouvernement ont une action d'importance à conduire – tenant en ce qui les concerne à la mise en œuvre des valeurs

---

[152] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, B.

[153] Voy. *infra*, Chapitre II, Section 2, § 1er, A, 1 et 2.

[154] Un débat pourrait éventuellement se dessiner sur le point de savoir si la lecture objective des droits subjectifs dégage de ceux-ci une réelle obligation de prestation ou seulement une autorisation d'adopter des mesures positives. En Belgique, P. Lemmens estime ainsi, au regard des art. 10 et 11 de la Constitution belge consacrant le principe d'égalité, que la conception suivant laquelle ce principe imposerait des obligations positives n'est pas évidente, et qu'elle n'est pas acceptée par tous (P. LEMMENS, Exposé devant la Commission des affaires institutionnelles du Sénat, Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-465/4, p. 27). La question demeure néanmoins théorique dès lors que le principe même des mesures positives est admis: les normes directrices comportent dans leur flanc le principe d'une intervention des autorités. C'est cela qui importe.

qu'elles énoncent –, et que ces autorités jouent un rôle prépondérant de ce point de vue. C'est un cran plus loin que les problèmes surgissent : au niveau de la signification des valeurs énoncées, c'est-à-dire du point de vue de la nature de l'action à conduire. De sorte que, jusqu'à un certain point, le défaut de lisibilité s'avère ici plus accentué que celui révélé par les normes structurantes. La volonté du constituant qui sous-tend ces dernières, d'ordre général, peut apparaître à la lumière d'une analyse consciencieuse de l'objet global de la Constitution : les autorités constituées doivent assumer un rôle de premier plan dans la réalisation du bien public. Il n'en va pas de même du point de vue des normes directrices. Dans ce cas, la volonté du constituant, plus précise parce que tenant à des exigences spécifiques du bien public, tend à demeurer obscure même à la lumière d'une recherche consciencieuse de sa signification.

2. *Le pouvoir de contrainte des normes constitutionnelles*

Le potentiel d'impulsion de la Constitution doit également être apprécié au regard du pouvoir de contrainte qui caractérise celle-ci, tant du point de vue de ses normes structurantes que du point de vue de ses normes directrices. À l'analyse, il apparaît que ce pouvoir n'est pas suffisant pour vaincre en toutes circonstances, ou du moins dans un nombre appréciable de situations, l'immobilisme qui caractérise le secteur. L'observation se fonde sur les contrôles dont sont assorties les normes constitutionnelles. Des contrôles à examiner sous l'angle de leur capacité à remédier aux *carences* des autorités investies de la fonction de gouvernement.

Afin de ne pas alourdir l'analyse, on envisage ces autorités en tant qu'elles sont censées intervenir au moyen de la norme législative. Autrement dit, en tant qu'elles prennent le visage du législateur : c'est en cette qualité qu'elles devraient se saisir d'une majorité de questions bioéthiques. Tout contrôle qui a pour effet d'inciter le législateur à intervenir en la matière contribue à renforcer le potentiel d'impulsion de la Constitution dans un vaste secteur de la biomédecine. À l'inverse, toute difficulté inhérente à ce type de contrôle tend à réduire d'autant ce même potentiel.

Ainsi conçue, l'analyse suppose de prêter une attention particulière aux contrôles de constitutionnalité organisés à l'encontre de la loi dans le cadre du contentieux objectif (a). Il faut ensuite se pencher sur les autres formes de contrôle dont l'action du législateur peut faire l'objet (b).

a. Le contrôle du juge constitutionnel

De manière générale, il est clair que le potentiel d'impulsion des normes constitutionnelles, appréhendées sous l'angle de leur pouvoir de contrainte, demeurera minime là où l'idée même d'un contrôle de constitutionnalité de la loi n'a pas encore été acceptée. Dans les États qui ne pratiquent pas ce type de contrôle, le législateur ne peut en aucune manière être rappelé à l'ordre au cas où il ne ferait pas diligence dans la mise en œuvre des normes constitutionnelles. Du moins sur le plan interne. La conclusion ne soulève aucune difficulté.

Il reste qu'à l'heure actuelle, un net mouvement se dessine dans le sens d'une ouverture au contrôle de constitutionnalité de la loi, quelle que soit la forme donnée à celui-ci. Les systèmes marqués par cette évolution, sans cesse plus nombreux, doivent davantage retenir l'attention. Il convient de vérifier en quoi ils permettent au juge constitutionnel d'exhorter le législateur, au nom de la Constitution, à se saisir de questions vis-à-vis desquelles celui-ci tend à faire preuve d'immobilisme.

Une première question vient à l'esprit. Un recours en carence peut-il être déclenché pour sanctionner « l'inexécution pure et simple, par un législateur, de son obligation constitutionnelle de légiférer »[155] ? Le simple fait pour ce législateur de s'abstenir de régler une question donnée conformément aux prévisions de la Constitution peut-il ouvrir la voie à une intervention du juge constitutionnel qui l'obligerait à corriger le tir[156] ?

En règle, ce juge n'est pas compétent pour sanctionner les omissions législatives pures. Il ne peut contraindre le législateur à intervenir dans une matière que celui-ci laisse en friche parce qu'il renâcle à mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles qui s'y rapportent. Le contrôle de constitutionnalité requiert l'existence d'un support, c'est-à-dire d'une norme dont le juge puisse être saisi. Le principe se comprend : en pareille circonstance, une injonction de la juridiction constitutionnelle pourrait être perçue comme un empiétement inacceptable sur les prérogatives du législateur. Comme un procédé revenant à substituer l'appréciation du juge à celle d'assemblées démocratiquement élues concernant le moment opportun pour mettre en œuvre les exigences constitutionnelles concernées[157].

Certes, des exceptions se dessinent. Ainsi, la Constitution portugaise stipule qu'à la demande des autorités qu'elle précise, le Tribunal constitutionnel peut « apprécie[r] et constate[r] l'inobservation de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à l'application de normes constitutionnelles » (art. 283, § 1er). Ce genre de constat, toutefois, n'a généralement qu'une portée platonique. Il n'est pas assorti du pouvoir de forcer le législateur à prendre ses responsabilités. Au Portugal, par exemple, la Constitution précise que lorsque le Tribunal a constaté l'inconstitutionnalité par omission, « il en donne[...] connaissance à l'organe législatif compétent » (art. 283, § 2). Sans plus. De sorte que « si [le législateur] persiste dans son mutisme, il n'y a aucune sanction possible »[158].

Ces quelques indications l'attestent : de manière générale, le juge constitutionnel demeure incompétent pour inciter le législateur à se saisir d'un faisceau de questions biomédicales inédites dont le régime juridique serait caractérisé par un vide législatif au sens qui a été donné plus haut à cette expression[159]. Là où aucune norme ne s'avère applicable à des connaissances, techniques ou pratiques nouvelles, même à travers des indications d'ordre général, les contrôles de constitutionnalité demeurent impuissants. Une particularité qui ne va pas sans affaiblir le potentiel d'impulsion des normes constitutionnelles.

Bien sûr, la conclusion appelle des nuances dans les systèmes juridiques qui admettent la formulation de déclarations d'inconstitutionnalité par omission. Dans ces systèmes, il est envisageable que le juge constitutionnel soit saisi et invite le législateur à appréhender les questions biomédicales en cause. Encore que l'initiative de la saisine peut appartenir uniquement – comme c'est le cas au Portugal – à des autorités publiques[160]. Si celles-ci cèdent à la tentation de l'immobilisme, à l'instar du législateur, le recours demeure inutile. De plus,

---

[155] S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, p. 165.

[156] Sur ce point, voy. l'étude fouillée de D. RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Rev. b. dr. const.*, 1999, pp. 237-274.

[157] J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiekrecht*, deel 2, *Overzicht publiek recht*, Bruges, Die Keure, 2003, pp. 349-351 ; S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, *op. cit.*, p. 165 ; M. VERDUSSEN, Exposé devant la Commission..., *op. cit.*, p. 59.

[158] M. VERDUSSEN, Exposé devant la Commission..., *op. cit.*, p. 60.

[159] *Supra*, Section 1, § 2, A, 1.

[160] Le juge constitutionnel ne peut bien évidemment se saisir d'office, qu'il soit ou non question d'omissions législatives. La seule latitude dont il dispose est la faculté qui lui est laissée dans certains États de soulever d'office des moyens d'inconstitutionnalité, une fois saisi conformément aux règles établies à cet effet.

l'intervention du juge constitutionnel ne peut aboutir à contraindre matériellement le législateur à se saisir de la problématique. Sa portée demeure plutôt de l'ordre du symbole. Elle n'est donc pas sans effets, mais elle risque de demeurer lettre morte auprès d'un législateur qui fait preuve d'une réelle apathie dans le secteur biomédical. C'est là un nouvel indice de la faiblesse des normes constitutionnelles envisagées sous l'angle de leur potentiel d'impulsion.

L'analyse ne saurait se limiter à ces constats. Car l'hypothèse du vide législatif n'est pas la seule qui se dessine dans le domaine biomédical. Comme on l'a déjà noté, il peut très bien se concevoir que des normes législatives s'avèrent applicables à un ensemble de questions biomédicales dont le législateur ne s'est pas saisi à proprement parler. Que ces questions renvoient à des innovations récentes ou qu'elles s'attachent à des pratiques plus anciennes renouvelées par la biomédecine. On vise là la situation où des normes de nature générale règlent une problématique – comme celle de la filiation par exemple – à laquelle touchent les connaissances et techniques biomédicales en cause, d'une façon plus ou moins directe. Par ailleurs, il faut également garder à l'esprit que des normes législatives spécifiques à un faisceau de questions bioéthiques peuvent avoir été adoptées à une époque plus ancienne, antérieure à la naissance de la biomédecine, et n'avoir pas été abrogées depuis, de telle sorte qu'elles sont censées régir encore la pratique[161].

Dans l'un et l'autre cas de figure, des règles législatives existent, qui peuvent servir de support à l'intervention du juge constitutionnel. De telles règles peuvent lui être soumises à l'initiative de quiconque présente la qualité voulue pour ce faire, qui estimerait qu'elles ne sont pas ou plus appropriées aux pratiques biomédicales en cause et qui entendrait les faire déclarer contraires à l'interprétation contemporaine de la Constitution[162]. Saisi de la sorte, le juge constitutionnel peut mettre en œuvre plusieurs stratégies.

Premièrement, comme on l'a déjà relevé[163], il peut exercer son contrôle de telle manière qu'il confère aux normes applicables une signification actualisée. Tantôt par le biais d'un constat de constitutionnalité sous réserve de l'interprétation qu'il précise, tantôt par le biais d'un constat d'inconstitutionnalité à visée correctrice. Ce faisant, il n'incite pas réellement le législateur à se saisir de la question. C'est lui, plutôt, qui prend en charge l'adaptation constitutionnelle du régime applicable aux questions bioéthiques en cause.

Deuxièmement, le juge constitutionnel peut faire droit aux arguments avancés en sanctionnant soit la totalité, soit une partie substantielle des normes que ces arguments dénoncent. Qu'elle soit dictée par les limites – nombreuses – qui affectent la première stratégie ou qu'elle soit le résultat d'une tactique délibérée du juge, la solution a pour effet d'attirer l'attention du législateur sur la nécessité de se saisir ou ressaisir des questions bioéthiques en cause. C'est dans cette optique que s'est inscrite la Cour suprême du Canada, par exemple, en adoptant l'arrêt *R. c. Morgentaler* de 1988 qui déclare inconstitutionnel la totalité de l'article 251 du Code criminel relatif à l'avortement[164]. Comme le relève la doctrine

---

[161] Sur ces deux hypothèses, voy. *supra*, Section 1, § 1er, A, 2 et § 2, A.

[162] On relèvera que la situation ici décrite a déjà été prise en compte au moment d'évaluer l'ancrage de la Constitution au regard d'une question repère qui n'a pas été appréhendée par les autorités de gouvernement (*supra*, Section 1, § 2, A, 2). En l'occurrence, toutefois, il ne s'agit plus de constater en quoi cet ancrage demeure fragile en pareil cas de figure. Il s'agit d'envisager en quoi il y a matière à renforcer le potentiel d'impulsion des normes constitutionnelles, par l'intervention du juge constitutionnel, en vue de susciter l'intervention de ces mêmes autorités en les arrachant à l'immobilisme dont elles font preuve.

[163] *Supra*, Section 1, § 2, A, 2.

[164] C. supr. can., *R. c. Morgentaler* (1988).

canadienne, cette décision s'explique à la lumière d'un contexte « où le législateur semble tout faire pour ne pas se prononcer sur le fond du débat et utiliser les tribunaux pour gagner du temps, écarter la pression publique et se faire oublier »[165].

Troisièmement, le juge constitutionnel peut rejeter les arguments qui lui sont présentés. D'une manière un peu provocante, il peut refuser de déclarer inconstitutionnelles les normes qui lui sont déférées. Il souligne ainsi, non sans éclat dans des affaires parfois fortement médiatisées, que les questions bioéthiques concernées méritent de faire l'objet d'une réponse spécifique, mais qu'il ne lui revient pas de formuler cette réponse. Paradoxalement, donc, le *statu quo* que consacre sa décision se présente comme un appel du pied adressé au législateur pour qu'il prenne ses responsabilités. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada, à nouveau, offre un exemple particulièrement clair de cette tactique. Ainsi, par l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique* de 1993, la Cour marque son refus de sanctionner l'article 241 b du Code criminel, disposition qui a pour effet de pénaliser l'aide au suicide procurée à tout qui n'est plus en mesure de mettre fin lui-même à ses jours du fait de sa maladie. Un refus « dû en grande partie au fait [que les juges majoritaires] sont d'avis qu'il appartient au Parlement de réglementer le suicide assisté »[166].

Il est bien évident que la mise en œuvre de ces stratégies n'est envisageable que là où le juge constitutionnel peut effectivement être saisi des normes générales ou spécifiques en présence. En clair, dans les ordres juridiques où ses compétences ne sont pas limitées *ratione temporis*. Ainsi, une juridiction comme le Conseil constitutionnel français, qui ne peut exercer le contrôle de constitutionnalité des lois qu'avant la promulgation de celles-ci, seraient le plus souvent bien en peine d'intervenir dans les hypothèses retenues : de telles hypothèses impliquent la plupart du temps des normes qui ne sont pas d'adoption récente, voire qui sont franchement anciennes. Il en irait de même dans les systèmes où le juge constitutionnel est habilité à intervenir *a posteriori*, mais seulement sur des lois récemment promulguées, sa saisine étant limitée à un court délai après leur adoption.

Concrètement, ceci signifie que l'intervention du juge constitutionnel demeure possible dans deux types d'ordres juridiques seulement. D'une part, dans les ordres qui pratiquent un contrôle de constitutionnalité diffus en abandonnant ce contrôle au juge ordinaire. D'autre part, dans les systèmes qui organisent un contrôle de constitutionnalité centralisé en le confiant à une Cour constitutionnelle à qui peuvent être adressées des questions préjudicielles.

À chaque fois, donc, la mise en mouvement du juge constitutionnel ne se conçoit que moyennant celle du juge ordinaire. Que celui-ci cumule les deux casquettes ou qu'il serve de vecteur à la saisine de la Cour constitutionnelle. L'observation laisse entendre que cette mise en mouvement ne se conçoit pas dans les hypothèses où se dessine ce que l'on a appelé un décalage législatif : cette situation où les règles applicables sont à ce point contestées qu'elles ne sont plus appliquées, ni par les professionnels de terrain, ni par les tiers profanes, ni par le juge ordinaire qui n'est plus sollicité à cet effet[167]. En l'occurrence, qui dit décalage législatif dit non-intervention du juge constitutionnel. C'est là une conséquence paradoxale et perverse du rejet pur et simple des normes en présence : une telle attitude a pour effet de priver la société où elle est pratiquée de moyens concrets susceptibles de faire jouer le pouvoir de

[165] C. MASSE, « Chronique de droit civil québécois: session 1988-89 », Point I, « Le fœtus est-il une personne ? *Tremblay c. Daigle* », *Supreme Court Law Review*, 1990, vol. 1 (2d), pp. 328-329.
[166] S. ROUSSEL, « L'affaire Sue Rodriguez », *Journ. du Barreau*, 1993, vol. 25/18, p. 20.
[167] *Supra*, Section 1, § 2, A, 2.

contrainte des normes constitutionnelles, donc de renforcer leur potentiel d'impulsion au regard du législateur dont la défaillance est dénoncée.

Aux deux cas de figure évoqués, qui se caractérisent par l'existence de normes législatives tantôt générales, tantôt spécifiques mais anciennes, il faut ajouter une troisième hypothèse : celle qui tient au fait que le législateur aurait appréhendé une problématique biomédicale donnée par des normes spécifiques récentes tout en négligeant de prendre la hauteur suffisante pour régler, au sein du même secteur de la biomédecine, une ou plusieurs autres problématiques liées. C'est l'hypothèse de l'intervention pointilliste[168].

En pareil cas, les normes en présence peuvent elles aussi servir de base à une saisine du juge constitutionnel. Car il y a carence, certes, mais il s'agit seulement d'une « omission législative relative »[169]. Le contrôle de constitutionnalité peut ainsi être actionné pour dénoncer l'insuffisance de l'action conduite par le législateur au regard de normes constitutionnelles qui l'incitent à faire œuvre plus globale et plus systématique. Et il n'est pas impossible que le juge constitutionnel fasse écho à la prétention : il peut reconnaître l'existence d'une inconstitutionnalité dans le secteur biomédical en cause, tout en précisant que cette inconstitutionnalité trouve son siège non dans le régime juridique effectivement adopté, qui doit demeurer, mais dans l'absence d'une réglementation relative à telles questions non abordées qu'il désigne.

Les constats de ce genre peuvent être assortis de dispositifs de plusieurs types. Ainsi, le juge peut se contenter de pointer l'inconstitutionnalité du doigt sans pour autant sanctionner les normes qui lui ont été déférées. Telle est la stratégie qu'a adoptée la Cour d'arbitrage de Belgique – hors de la matière bioéthique – sur plusieurs problématiques ponctuelles qui lui ont été soumises par la voie préjudicielle : la Cour met en relief une violation du principe constitutionnel d'égalité mais sans déclarer inconstitutionnelle les dispositions qu'elle contrôle[170]. Un cran plus loin, et dans les cas où il est habilité à mettre à néant les normes soumises à son contrôle, le juge constitutionnel peut aussi annuler les dispositions spécifiques mais partielles en présence tout en les maintenant en vigueur pour un laps de temps qu'il détermine[171]. Dans l'un et l'autre cas, le juge s'efforce d'attirer l'attention du législateur sur la nécessité de développer l'action qu'il a entreprise sans pour autant ébranler les normes spécifiques existantes, parfois acquises au prix de difficiles débats.

En principe, un tel schéma se conçoit dans l'ensemble des ordres juridiques où le contrôle de constitutionnalité est organisé. Même dans ceux où ce dernier est limité par des considérations temporelles, liées à l'obligation de le mettre en mouvement avant la promulgation des normes en cause ou dans un bref délai après celle-ci. Encore faut-il, bien évidemment, que le juge constitutionnel soit effectivement saisi et qu'il accepte de développer une jurisprudence comparable à celle que l'on évoque ici.

---

[168] *Supra*, § 1er, B.

[169] M. VERDUSSEN, Exposé devant la Commission..., p. 59.

[170] Voy. C. arb. bel., 15 mai 1996, n° 31/96 (B.5., B.6. et dispositif) ; 6 juin 1996, n° 36/96 (B.7. et dispositif) ; 10 nov. 1999, n° 116/99 (B.1.7. et dispositif) ; 22 déc. 1999, n° 136/99 (B.7. et dispositif) ; 6 nov. 2001, n° 140/2001 (B.7., B.8. et dispositif) ; 26 juin 2002, n° 112/2002 (B.7. et dispositif) ; 11 déc. 2002, n° 185/2002 (B.7., B.8 et dispositif) ; 8 oct. 2003, n° 134/2003 (B.7.) ; 19 mai 2004, n° 89/2004 (B.7., B.12. et dispositif). On notera que, dans certains cas, la Cour a franchi le pas en déclarant inconstitutionnelles les dispositions mêmes qui ne réglaient pas tel point qu'elle relève. Mais il en va ainsi essentiellement lorsqu'elle constate que ces dispositions ne suivent pas sur ce point des dispositions législatives instituant un régime comparable dans des situations proches mais distinctes: C. arb. bel., 8 mai 2001, n° 64/2001 (B.13.) ; 20 févr. 2002, n° 40/2002 (B.13.) ; 12 févr. 2003, n° 25/2003 (B.1. à B.5. et dispositif). Seul un arrêt paraît faire exception à cet égard: C. arb. bel., 14 mai 2003, n° 66/2003 (B.7.2. et B.8.).

[171] *Ibid.*, p. 59.

De manière générale, la saisine ne devrait guère soulever de difficultés. Dans les systèmes qui pratiquent le contrôle de constitutionnalité centralisé, il est probable qu'elle s'inscrive dans le prolongement des débats, fraîchement clôturés, conduits par les assemblées législatives en rapport avec la question ponctuelle qui fait l'objet de la loi. Les parlementaires, le chef de l'État, les particuliers qui ne se retrouvent pas dans la solution adoptée par la majorité devraient être tentés d'exercer les recours dont ils disposent devant la juridiction constitutionnelle. Par ailleurs, dans les systèmes qui pratiquent le contrôle de constitutionnalité diffus, le juge ordinaire devrait être amené à intervenir dans le cadre des litiges qu'engendre l'application des normes spécifiques en présence. Il n'est pas question, ici, de décalage législatif.

Une réponse moins catégorique s'impose par contre en ce qui concerne la sanction de l'omission législative partielle. À cet égard, en effet, il n'est pas assuré que tout juge constitutionnel accepte de s'engager dans la voie décrite. Il pourrait estimer qu'elle l'amène à empiéter exagérément sur les prérogatives du législateur pour accepter d'enjoindre à celui-ci de compléter son action.

Le court aperçu qui précède en témoigne : bien qu'inapte à sanctionner les omissions législatives absolues, le juge constitutionnel n'est pas nécessairement dépourvu de tout moyen d'intervention dès lors qu'il s'agit d'inciter le législateur à rejeter la tentation de l'immobilisme ou du pointillisme au cœur du champ biomédical. Ces moyens d'intervention demeurent toutefois limités. Tantôt ils ne sont pas envisageables dans certains ordres juridiques, compte tenu de la manière dont ceux-ci organisent le contrôle de constitutionnalité. Tantôt ils risquent de ne pas pouvoir être mis en œuvre, faute de saisine du juge constitutionnel. Tantôt encore ils relèvent de stratégies qui pourraient rebuter ce juge au regard de la mission qui est la sienne. Ces limites dénotent à nouveau une certaine impuissance du contrôle de constitutionnalité envisagé sous l'angle de sa capacité d'incitation. Donc, une faiblesse du potentiel d'impulsion des normes constitutionnelles.

À ces considérations s'ajoute une difficulté d'ordre général, qui se présente dans toutes les situations où le juge constitutionnel aurait concrètement mis en œuvre les moyens dont il dispose pour exhorter le législateur. Elle relève d'une évidence qui a été mise en relief du point de vue des rares cas où ce juge peut dénoncer les omissions législatives pures : quelle que soit la stratégie à laquelle il recourt, le contrôle de constitutionnalité aboutit matériellement à renvoyer la balle au législateur. De façon visible lorsqu'il est le fait d'une Cour constitutionnelle ou de la Cour suprême. De façon plus discrète lorsqu'il est le fait du juge ordinaire intervenant en première instance. Mais toujours dans l'idée qu'aucune substitution n'est envisageable. Le juge constitutionnel contrôle ; le législateur gouverne. Aucune confusion des rôles n'est envisageable. C'est là un principe sain, dont la légitimité ne saurait en aucune manière être contestée. En l'occurrence, il faut néanmoins être conscient qu'il affaiblit le pouvoir de contrainte des normes constitutionnelles, donc, leur potentiel d'impulsion. L'intervention du juge constitutionnel peut ne pas être suffisante pour vaincre l'immobilisme des autorités de gouvernement.

C'est ainsi qu'au Canada, la question de l'avortement n'est toujours pas réglée plus de quinze ans après l'arrêt *Morgentaler*. Ce dernier n'a pas été relayé par le législateur fédéral. Les deux tentatives conduites dans cette optique ont été rapidement abandonnées, compte tenu de l'opposition qu'elles suscitaient dans le chef des groupes de pression. Conséquence : à l'heure actuelle, l'avortement n'est pas criminalisé sur le territoire canadien, quel que soit le

stade de la grossesse – même le plus avancé – où il est pratiqué[172]. Une situation inverse prévaut en rapport avec la problématique de l'assistance au suicide, mais pour les mêmes raisons : les dispositions du Code criminel pertinentes en matière d'aide au suicide sont demeurées inchangées jusqu'ici, le législateur canadien n'ayant pas fait écho à l'arrêt *Rodriguez* en menant à bien les débats relatifs à cette pratique[173].

b. Les autres formes de contrôle

Peut-on espérer trouver dans d'autres contrôles que ceux qui relèvent du contentieux objectif de quoi renforcer nettement le potentiel d'impulsion des normes constitutionnelles ? Il ne semble pas. Les voies de recours et autres modes de contrôle dont il peut être fait usage en dehors de ce type de contentieux ne s'avèrent pas pleinement convaincants, eux non plus, dès l'instant où il s'agit de remédier aux carences du législateur.

Le constat se vérifie d'abord au regard du contentieux des *droits subjectifs*.

D'un point de vue théorique, il est vrai que l'on pourrait imaginer un particulier, professionnel de terrain ou tiers profane, faire état devant le juge de ce contentieux d'un ou plusieurs droits subjectifs que lui reconnaissent les normes directrices de la Constitution, ceci afin de tirer parti de la lecture dynamique objective qui s'y attache. En clair, il s'agirait pour lui d'invoquer de tels droits non comme un bouclier destiné à le protéger des ingérences de l'autorité mais comme le moyen d'obtenir une prestation de celle-ci : en l'occurrence, l'adoption de mesures positives assurant la protection des facettes de l'homme que ces droits concernent dans les relations horizontales qui s'établissent au cœur du champ biomédical.

Une telle interprétation des droits subjectifs constitutionnalisés paraît néanmoins excessive. Elle ouvre la voie à des recours fondés sur les prétentions les plus déraisonnables, qui pourraient conduire tout titulaire d'un droit subjectif à requérir de l'autorité les mesures les plus diverses en vue de satisfaire ses intérêts personnels. Il est probable que seul un écho plus modéré de la lecture dynamique objective des droits subjectifs puisse se concevoir dans le cadre du contentieux subjectif. Ainsi, on ne saurait d'emblée rejeter l'idée que le titulaire de droit subjectifs consacrés par la Constitution invoque un effet de *standstill* lié à ces droits : il ne serait pas inconcevable qu'une violation de ceux-ci soit constatée dans les hypothèses où le législateur aurait adopté des mesures positives nouvelles ayant pour effet de restreindre la protection assurée par des normes plus anciennes[174]. Ainsi un ensemble de dispositions visant à soutenir le développement de la presse, c'est-à-dire à protéger activement la liberté de la presse, pourraient-elles éventuellement être contestées au contentieux des droits subjectifs s'il devait s'avérer qu'elles constituent *de facto* une régression de la protection inhérente au régime antérieur. Ce genre de situations, toutefois, suppose par définition que le législateur se soit saisi et ressaisi de la problématique en cause. Or, tel est précisément l'action qu'il s'agit de susciter dans son chef dans une matière biomédicale qui encourage l'immobilisme et le pointillisme.

---

[172] S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, p. 150, en ce compris note 28 et p. 151, en ce compris note 37 ; J. WOEHRLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des États-Unis et du Canada », *Rev. dr. McGill*, 2000, p. 56, note 77.

[173] S. GUILLEMARD et M. SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 11 ; S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, p. 169, en ce compris note 130.

[174] Voy. à cet égard l'observation formulée par S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, *op. cit.*, p. 165, note 60, qui admettent d'élargir la reconnaissance de l'effet de *standstill* « hors de la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels, [...] à tout droit fondamental requérant une prestation de la part des autorités publiques, et ce indépendamment de la génération de droits à laquelle il est traditionnellement rattaché ».

D'un point de vue plus général, par contre, il paraît moins improbable qu'un particulier soit admis à engager la responsabilité quasi-délictuelle du législateur au nom de son droit subjectif à obtenir réparation du dommage que lui aurait causée l'abstention de celui-ci en matière bioéthique. À l'heure actuelle, en effet, la responsabilité liée au non-respect par le législateur de son obligation de légiférer n'est plus une inconnue dans certains ordres juridiques, et notamment dans les ordres juridiques européens inspirés à cet égard par la Cour de Justice des Communautés européennes[175] [176]. Il n'en reste pas moins que sa mise en cause demeure malaisée, en particulier dans le contexte spécifique de la biomédecine.

D'une part, elle requiert de montrer en quoi l'omission du législateur équivaut à un retard déraisonnable constitutif d'une faute. L'appréciation de ce critère, et notamment du caractère déraisonnable du retard, ne va pas sans soulever des difficultés en quelque matière que ce soit. Le domaine biomédical ne fait pas exception à la règle. En l'occurrence, cette appréciation devrait notamment tenir compte des risques que l'omission fait courir dans le secteur biomédical en raison de l'absence de lignes directrices qu'elle y laisse subsister. Or, comme on l'a relevé à plusieurs reprises, l'évaluation de ces risques est tout sauf une évidence en la matière – au point même d'apparaître comme l'un des facteurs qui contribuent à favoriser l'immobilisme du législateur.

D'autre part, la mise en cause de la responsabilité du législateur implique de prouver que son omission est la cause d'un préjudice dans le chef de celui qui la dénonce devant le juge. C'est là une autre condition qui risque d'être malaisée à remplir dans le domaine biomédical. Car elle suppose de démontrer en quoi les mesures adoptées par le législateur dans le respect de la Constitution auraient permis d'éviter la survenance du dommage causé au requérant. Or, le contenu de ces mesures demeure ici, par hypothèse, particulièrement difficile à cerner. Comme on l'a rappelé, les normes constitutionnelles en présence, et tout particulièrement les normes directrices, n'obligent pas le législateur à prolonger en les précisant des solutions dont elles auraient jeté les fondements. Elles se contentent de dessiner un cadre : elles lui imposent de faire un choix parmi un éventail de solutions compatibles en déterminant celle qui est la plus à même de répondre aux exigences du bien public compte tenu des facteurs propres au contexte en cause. De ce fait, il ne saurait être évident pour un plaideur de montrer que le respect par le législateur de son obligation constitutionnelle de légiférer aurait permis d'éviter le préjudice qui lui a été causé dans sa situation particulière.

Enfin, il faut préciser que, même si le recours en responsabilité quasi-délictuelle devait aboutir à établir la responsabilité du législateur du fait de son omission, il conserverait un caractère incitatif limité : il concernerait seulement un cas d'espèce. Il risquerait donc de ne pas faire le poids, aux yeux d'un législateur réellement apathique, face aux difficultés considérables auxquelles celui-ci peut s'estimer confronté en la matière.

Un deuxième plan retient l'attention. Il convient d'avoir égard aux contrôles *politiques* ménagés par la Constitution. On songe aux contrôles exercés par les autorités que les normes constitutionnelles structurantes désignent à cet effet : ceux assumés par les assemblées élues à l'encontre des autorités exécutives avec qui elles partagent la fonction de gouvernement. Les

---

[175] Voy. C.J.C.E, arrêt du 19 nov. 1991, *Andrea Francovitch e.a. c. République italienne*, affaires C-6/90 et C-9/90 ; C.J.C.E., arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, affaires C-46/93 et C-48/93.

[176] S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, *op. cit.*, pp. 165-166. Voy. aussi les développements consacrés à la question dans M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État législateur », J.T., 1998, pp. 825-846.

procédés qui en relèvent « permettent de rappeler, en quelques moments précis, des préoccupations de constitutionnalité »[177]. De manière plus générale, on songe aussi au contrôle que les citoyens exercent vis-à-vis des autorités de gouvernement et d'administration, notamment par l'intermédiaire des élections périodiques organisées dans le respect de la Constitution.

Ce dernier point a son importance. On ne saurait assez souligner que la responsabilité d'une appréhension adéquate de la matière bioéthique ne pèse pas seulement sur les épaules des hommes et des femmes politiques par l'intermédiaire desquels agissent les autorités de gouvernement, et notamment le législateur. Elle incombe aussi, plus généralement, à l'ensemble des membres de la société politique, impliquée tout entière par les développements de la biomédecine. Tous sont concernés quand bien même tous ne sont pas directement affectés par ces développements. Bref, il importe que les citoyens soient eux aussi conscients des enjeux en présence et témoignent de leurs préoccupations à cet égard. De manière constructive, c'est-à-dire en faisant preuve de la conviction, de l'audace et de la ténacité qui sont requises des autorités en place.

Les contrôles politiques sont-ils en mesure de provoquer une intervention du législateur en matière bioéthique ? Peuvent-ils aider à neutraliser l'immobilisme et le pointillisme qui sous-tendent trop souvent son action en ce domaine ? La question appelle une réponse nuancée : l'impact des contrôles politiques s'avère incertain. En théorie, rien n'empêche ni les autorités de contrôle politique, ni les citoyens d'attirer son attention sur la nécessité d'appréhender les questions biomédicales en s'inscrivant dans une perspective globale et cohérente. D'un point de vue concret, néanmoins, il n'est pas sûr que ce souci anime en toutes circonstances les uns et les autres.

S'il arrive que tel soit le cas dans le chef des citoyens – la société américaine l'a montré, peut-être avec excès, à la suite de l'arrêt *Roe v. Wade* que la Cour suprême a rendu en matière d'avortement[178] –, il est tout aussi possible que d'autres préoccupations retiennent leur attention au moment d'exprimer leur vote. Quant aux assemblées parlementaires détentrices de la fonction de contrôle politique, elles forment précisément l'une des branches constitutives du législateur défaillant. Il n'est pas exclu que certains de leurs membres, et notamment ceux qui font partie de l'opposition parlementaire, militent activement afin d'attirer l'attention des autorités exécutives et de la majorité qui les soutient sur la nécessité de légiférer au sujet de telles questions bioéthiques laissées de côté. Mais leur action pourrait ne pas trouver d'écho auprès de leurs pairs, et être ainsi de peu d'efficacité : si une majorité parlementaire fait preuve d'immobilisme lorsqu'il s'agit de discuter un corps de normes relatives à un faisceau de questions bioéthiques données, il risque d'être difficile de la mettre en mouvement pour constater ses propres carences.

3. La faible autorité des normes constitutionnelles

Envisagées sous l'angle de l'incitation à agir en biomédecine, les normes constitutionnelles structurantes et directrices s'avèrent peu démonstratives, peu lisibles, sinon peu visibles ou peu engagées. Leur expressivité est en cause. Quant à leur pouvoir de contrainte, il ne présente pas des caractères tels qu'il puisse renforcer de manière convaincante leur potentiel d'impulsion. Formulée en termes généraux, assortie des seuls contrôles qui s'y attachent en toute matière, la Constitution n'est pas parfaitement à même d'enrayer les tentations

[177] F. DELPÉRÉE, « La constitutionnalisation... », *op. cit.*, p. 223.
[178] C. BARON, *op. cit.*, p. 70.

immobilistes et pointillistes qui voient le jour dans le chef des autorités investies de la fonction primordiale de gouvernement au cœur du champ biomédical. C'est-à-dire au cœur d'un domaine caractérisé par une conjonction d'obstacles majeurs qui fait sa particularité. À cet égard, les normes constitutionnelles structurantes et directrices s'avèrent *peu adaptées* à l'approche bioéthique et à ses exigences.

Semblable constat ne va pas sans interpeller. Il doit être mis en rapport avec la conclusion que l'on a formulée plus haut concernant l'*autorité* qui caractérise la Constitution au regard du champ bioéthique[179] : il atteste que *cette autorité n'est pas optimale*.

Ainsi, la faible expressivité dont la Constitution fait preuve en la matière indique que son *pouvoir de persuasion* n'y est pas total. Un tel pouvoir peut lui être reconnu *a priori*, compte tenu de la légitimité qui s'attache au modèle de l'approche bioéthique et au modèle de l'homme qu'elle dessine. Mais l'analyse doit être nuancée dès lors qu'entrent en ligne de compte les considérations relatives à sa mise en œuvre, et plus particulièrement le besoin qui se manifeste d'inciter avec vigueur les autorités de gouvernement à se saisir des questions bioéthiques. Concrètement, la Constitution ne se fait pas suffisamment persuasive pour amener ces autorités à surmonter les obstacles propres au domaine biomédical et à intervenir en vue d'imprégner celui-ci des modèles légitimes dont elle est porteuse.

De la même manière, les faiblesses que l'on a relevées en rapport avec le *pouvoir de contrainte* des normes constitutionnelles amènent à relativiser le constat que l'on formulait *a priori* au sujet de ce pouvoir. Certes, des contrôles existent. Et notamment des contrôles juridictionnels de constitutionnalité de la loi, dans bien des systèmes juridiques. Mais ils ne sont pas capables, en toutes circonstances, d'exhorter les autorités de gouvernement à intervenir dans la mesure voulue au regard des questions biomédicales. La Constitution ne se fait pas suffisamment contraignante pour inciter ces autorités à agir, malgré les difficultés de la matière, afin de mettre en œuvre au cœur de celle-ci les modèles légitimes qu'elle consacre.

En somme, *les normes constitutionnelles pertinentes dans le domaine biomédical bénéficient d'une autorité suffisante pour y faire figure de références mais non pour y assurer une mise en mouvement globale des autorités de gouvernement et établir ainsi leur ancrage ferme au sein de l'approche bioéthique* – ancrage dont ces autorités détiennent la clé. Elles ne présentent pas toutes les qualités voulues pour garantir la prise en compte des modèles qu'elles dessinent en matière bioéthique : ceux-là mêmes dont la légitimité conduit à admettre leur autorité *a priori*, sur le papier.

B. L'insuffisance des stimulants internationaux

Les normes constitutionnelles de référence ne sont pas les seules normes capables d'inciter les autorités investies de la fonction de gouvernement à intervenir dans le domaine biomédical. Des règles internationales entrent également en ligne de compte, adoptées dans le respect des exigences constitutionnelles – qui ne prohibent pas tout recours à ce type d'instruments[180].

Les unes prennent la forme de normes politiques, énoncées au sein d'enceintes informelles ou d'organisations internationales compétentes. Les autres se présentent comme des normes

[179] *Supra*, Titre premier, Chapitre II.
[180] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 1, b ; Chapitre II, Section 1, § 1er, A, 2 ; Chapitre II, Section 1, § 2.

juridiques. Il s'agit de normes conventionnelles, élaborées ou non sous l'égide d'une organisation internationale, qui ont été signées et ratifiées par l'État et qui ont fait l'objet, lorsque la Constitution le requiert, d'un acte d'incorporation ou de transformation en droit interne. Il s'agit aussi de normes unilatérales adoptées par les institutions d'organisations telles que l'Union européenne.

Tantôt, ces textes sont généraux, à l'instar des normes constitutionnelles évoquées à ce stade de l'analyse. Rares sont ceux qui présentent un contenu similaire à celui des normes structurantes de la Constitution. Par contre, bon nombre d'entre eux énoncent des dispositions dont la teneur est proche de celle des normes constitutionnelles directrices. Sont visées ici, pour l'essentiel, des normes de nature conventionnelle : Convention européenne des droits de l'homme, Charte sociale européenne, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, etc. S'y adjoignent quelques normes politiques de poids, telle la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Tantôt, les normes internationales se rapportent spécifiquement aux questions biomédicales – questions organisationnelles parfois, questions de fond le plus souvent. Comme on l'a noté, ces normes sont la plupart du temps de nature politique : Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO, recommandations de l'Assemblée parlementaire et du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, résolutions du Parlement européen, ... Elles sont plus rarement unilatérales. Il s'agit alors, pour l'essentiel, de directives et de décisions adoptées par les institutions de l'Union européenne. Exceptionnellement, enfin, elles prennent la forme conventionnelle – seule la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine, complétée de ses Protocoles additionnels, entrant dans cette dernière catégorie.

De telles normes peuvent-elles inciter les autorités de gouvernement à développer une intervention de qualité en matière biomédicale, c'est-à-dire une intervention conforme au rôle prépondérant que leur octroient les normes structurantes de la Constitution ?

De manière générale, les normes internationales se distinguent des normes constitutionnelles par le fait qu'elles sont élaborées à un niveau tel qu'elles impliquent les autorités de plusieurs États. C'est là une évidence. Mais celle-ci n'est pas sans impact en matière bioéthique dès lors qu'il s'agit d'inciter les autorités de gouvernement à dépasser l'immobilisme et le pointillisme dont elles font preuve en ce domaine. Du moins cette particularité présente-t-elle un réel intérêt lorsque les normes énoncées au niveau international concernent spécifiquement les questions biomédicales.

Il est clair, en effet, que le niveau supra-étatique auquel les discussions doivent être conduites pour élaborer de telles normes offre une caisse de résonance non négligeable aux actions ponctuelles conduites au niveau étatique. Car l'ouverture de négociations internationales relatives à un ensemble de questions bioéthiques peut naturellement être engendrée, dans le cadre d'une organisation internationale comme en-dehors, par les initiatives limitées qui ont été développées au sujet de ces questions dans quelques États. Initiatives auxquelles les autorités d'autres États, *a priori* tentée par l'immobilisme dans le domaine, sont invitées à faire écho, ne fût-ce qu'en participant aux discussions. À la limite, les initiatives éparses de quelques-uns peuvent ainsi inciter à une prise de conscience globale dans le chef de tous. Sachant que, dans le cadre des organisations internationales compétentes, cette émulation peut se doubler des encouragements formulés par celles de leurs institutions

qui affichent une certaine indépendance par rapport aux États – comme leur secrétaire général par exemple.

Il importe néanmoins de demeurer réaliste. La participation des autorités d'un État à des négociations menées sur le plan international n'implique pas à coup sûr que ces autorités leur donnent un prolongement en droit interne.

Tout d'abord, il est possible que le processus normatif développé au niveau international requière d'être parachevé par une initiative complémentaire des autorités de gouvernement nationales. Telle est la situation qui se présente lorsque ce processus a débouché sur la rédaction d'une convention. Pour engager l'État, celle-ci doit être signée et ratifiée par lui. Le cas échéant, elle doit aussi faire l'objet de l'acte d'incorporation ou de transformation imposé par sa Constitution. Il est possible que les démarches requises à cet effet ne soient pas entreprises par les autorités d'un État qui a pris à l'élaboration de la convention, dès lors qu'elles lui imposent de franchir un pas supplémentaire dans l'appréhension des questions biomédicales concernées[181]. Lorsqu'il en va ainsi, cette convention n'acquiert pas à son égard le statut de norme contraignante. Tout au plus lui impose-t-elle, au cas où il l'aurait signée, une obligation de bonne foi : une obligation de s'abstenir d'actes qui la priveraient de son objet et de son but « tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie » – suivant les termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (art. 18).

Ensuite, quand bien même le processus d'élaboration de la norme internationale aurait atteint son point final conformément à la nature politique, conventionnelle ou unilatérale qui est la sienne, rien n'indique que cette norme amène d'office les autorités de gouvernement à poursuivre l'effort, c'est-à-dire à lui faire écho dans l'ordre juridique interne en se saisissant des questions biomédicales en cause. À cet égard, tout dépend des caractères qui sont les leurs : leur *expressivité* d'une part (1), leur *pouvoir de contrainte* d'autre part (2). C'est à l'examen de ceux-ci que l'on s'attache brièvement, en incluant dans l'analyse les normes internationales qui ne sont pas spécifiques à la matière bioéthique – c'est-à-dire dont le processus d'élaboration n'a pas pu jouer par lui-même un rôle incitatif dans le domaine. Ceci afin d'évaluer l'*impact* global des normes internationales du point de vue de leur potentiel d'impulsion (3).

1. L'expressivité des normes internationales

Envisagées sous l'angle de leur faculté à exprimer la nécessité d'une intervention en matière bioéthique, les normes conventionnelles et politiques générales présentent le même type d'inconvénients que les normes directrices de la Constitution. Précisément en raison de leur généralité. Les difficultés liées à leur *caractère démonstratif*, à leur *lisibilité* et à leur *engagement* au regard des questions biomédicales risquent même d'être plus marquées encore qu'au niveau constitutionnel : il est possible que leur formulation soit moins précise que celle de la Constitution au motif qu'elle doit satisfaire des États aux sensibilités très différentes.

Les normes spécifiques, par contre, s'avèrent plus avantageuses de ce point de vue. Leur spécificité même accroît de beaucoup leur expressivité, amplifiant par conséquent leur potentiel d'impulsion.

---

[181] Telle est la situation qui caractérise la Conv. eur. sur les droits de l'homme et la biomédecine. Jusqu'à présent, celle-ci n'a fait l'objet que de peu de ratifications depuis son ouverture à la signature le 4 avril 1997. Certains États – comme la Belgique et l'Allemagne – ne l'ont même pas signée, faisant écho à leur vote négatif au moment de son adoption par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

D'une part, elle assure à celles-ci un indéniable *caractère démonstratif*. Elle les rend capables d'attirer en permanence l'attention des autorités de gouvernement sur les facettes de la matière bioéthique qu'elles appréhendent. Elle peut ainsi amener ces autorités à prendre conscience de l'importance d'une problématique donnée. En témoignent par exemple les travaux préparatoires de la loi belge du 22 août 2002 relative aux droits du patient, dont l'exposé des motifs indique que « des développements internationaux comme la [Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine] (1997) du Conseil de l'Europe et, précédemment, la Déclaration d'Amsterdam de l'Organisation mondiale de la santé (1994) font [...] sentir la nécessité d'un renforcement de la position juridique du patient »[182].

D'autre part, les normes spécifiques comportent des réponses ou, à tout le moins, des éléments de réponse aux questions biomédicales qu'elles traitent. Leur *engagement*, leur *lisibilité* sont plus marqués que ceux de normes générales semblables aux normes constitutionnelles. Par conséquent, elles n'imposent pas un travail d'interprétation et une pesée des intérêts aussi difficiles que celles requises par ces dernières. Au contraire : elles comportent des points de repère qui peuvent aider à faire face aux conflits de valeurs qui se dessinent dans le secteur. Elles expriment une première prise de position qui peut soutenir les choix à formuler par les autorités de gouvernement en assurant un partage de la responsabilité de ceux-ci, y compris du point de vue de la difficile évaluation des bénéfices et des risques inhérents aux pratiques biomédicales innovantes. Bref, elles tendent à déblayer le terrain au profit des autorités, les incitant de ce fait à s'engager dans l'appréhension des questions concernées.

Il reste que les normes internationales spécifiques présentent aussi quelques caractères qui tendent à atténuer leur potentiel d'impulsion. Car, comme on l'a relevé en évoquant le modèle de l'approche internationale, un accord s'avère très difficile à trouver sur les questions biomédicales au niveau élevé où de telles normes sont négociées, compte tenu de la grande diversité des sensibilités qui s'y manifestent.

Cet état de fait peut s'être traduit par l'énonciation de dispositions qui ne présentent pas toute la précision voulue, et qui perdent de ce fait une part des avantages que leur confère leur spécificité.

Surtout, la difficulté d'aboutir à un accord peut s'être cristallisée de telle manière qu'aucune norme n'a été adoptée, et ne sera adoptée dans un avenir proche, sur des questions bioéthiques très disputées[183]. Le corps des dispositions internationales spécifiques à la matière biomédicale se profile ainsi comme un ensemble normatif lacunaire. Il contribue à former, plus encore que les dispositions nationales, un *droit éclaté*. La Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine illustre parfaitement la tendance : quand bien même cette convention affiche l'ambition d'être globale, elle se présente sous la forme d'une convention-cadre « contenant un texte principal avec des principes généraux et des

[182] Projet de loi relatif aux droits du patient, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 2001-2002, n° 1642/1, p. 11.
[183] Sur ces considérations, voy. *supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 2.

protocoles additionnels sur des aspects spécifiques »[184]. Ses propres dispositions se trouvent ainsi dispersées entre divers supports qui permettent une adhésion des États « à la carte »[185].

On ajoutera que le pointillisme des normes internationales peut également être lié, dans certains cas, au caractère limité des compétences d'attribution dont disposent les organisations internationales habilitées à intervenir en la matière. Ainsi les compétences de l'Union européenne demeurent-elles restreintes dans le secteur biomédical : elles ne lui permettent d'aborder celle-ci que de manière indirecte et ponctuelle[186].

Il est bien évident que, quelle que soit son origine, l'optique ponctuelle qui caractérise le droit international spécifique à la matière risque d'encourager la propension des autorités de gouvernement nationales à conduire une approche pointilliste des questions biomédicales plutôt qu'à développer à leur sujet une action transversale. L'impulsion propre aux normes internationales spécifiques risque donc d'induire uniquement un ancrage fragmentaire de la Constitution au sein de l'approche bioéthique.

2. Le pouvoir de contrainte des normes internationales

Le critère ne soulève pas de difficultés en ce qui concerne les directives européennes. Celles-ci s'imposent aux autorités de gouvernement des États membres de l'Union européenne. De surcroît, leur transposition en droit interne fait l'objet de contrôles juridictionnels qui, sur le plan international, se présentent comme des contrôles efficaces : la Cour de justice des Communautés européennes peut connaître d'un recours en constatation de manquement introduit à l'encontre d'un État membre au motif qu'il n'aurait pas ou qu'il aurait mal transposé une directive dans les délais imposés par celle-ci. Autant de critères qui confortent le potentiel d'impulsion des directives – en rapport avec les seules questions particulières qu'elles abordent. On notera toutefois que de fortes résistances ont déjà vu le jour au sein de certains États membres contraints d'inscrire dans leur droit interne des normes européennes touchant à des questions d'ordre biomédical. Telle est la situation qui s'est présentée en France, par exemple, au moment de transposer la directive n° 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

En ce qui concerne les normes politiques, c'est au contraire l'absence de contrainte qui prévaut. Par définition, de telles normes laissent aux États un large pouvoir d'appréciation

---

[184] Rec. de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n ° 1160 (28 juin 1991) relative à l'élaboration d'une convention de bioéthique. Voy. C. BYK, « La convention européenne de bioéthique », *Rev. int. dr. comp.*, 1993, p. 161.

[185] J.-P. COT, « Un rendez-vous manqué: la Communauté européenne, le Conseil de l'Europe et la Convention sur la bioéthique », *Hector Gros Espiell – Amicorum Liber. Personne humaine et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 239 et 249.

[186] J.-P. PUISSOCHET, « Table ronde », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, pp. 215, 216 et 219. Quelques exemples attestent combien les normes européennes demeurent cantonnées à des questions particulières du champ biomédical. Voy. par exemple Dir. (C.E.E.) n° 90/385 du Conseil, du 20 juin 1990, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux dispositifs médicaux implantables actifs ; Dir. (C.E.E.) n° 93/42 du Conseil, du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux ; Dir. (C.E.) n° 98/79 du Parlement européen et du Conseil, du 27 octobre 1998, relative aux dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ; Dir. (C.E.) n° 98/44 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juill. 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques ; Dir. (C.E.) n° 2001/20 du Parlement européen et du Conseil, du 4 avr. 2001, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain ; Dir. (C.E.) n° 2001/83 du Parlement européen et du Conseil, du 6 nov. 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain ; Dir. (C.E.) 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 janv. 2003, établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE ; Dir. (C.E.) n° 2003/94 de la Commission, du 8 oct. 2003, établissant les principes et lignes directrices de bonnes pratiques de fabrication concernant les médicaments à usage humain et les médicaments expérimentaux à usage humain

quant au moment et à la manière de leur faire écho en droit interne. Une souplesse qui justifie qu'elles soient largement privilégiées dans le domaine biomédical, dès lors qu'elle facilite l'obtention de l'accord requis au niveau international pour leur adoption[187]. Concrètement, le pouvoir de contrainte des normes politiques est donc celui que les autorités de gouvernement veulent bien reconnaître à celles-ci. D'un côté, il est possible que ces autorités ne demeurent pas insensibles aux recommandations, résolutions et autres déclarations internationales pertinentes – qu'elles soient générales ou spécifiques. D'un autre côté, il est tout aussi envisageable que les mêmes autorités fassent la sourde oreille aux normes politiques, conscientes qu'en procédant de la sorte, elles ne violent pas à proprement parler un engagement international. Le potentiel d'impulsion de ces normes demeure donc limité.

Quant au pouvoir de contrainte des normes conventionnelles, il dépend du rang que celles-ci occupent dans la hiérarchie des normes de droit interne.

Dans certains États, les conventions internationales se voient attribuer une valeur égale ou inférieure à celle de la loi, notamment au nom du principe de souveraineté du Parlement. Le rayonnement des normes conventionnelles y apparaît dès lors peu important. En règle générale, leur prise en compte ne figure pas au rang des préoccupations premières des autorités nationales – comme l'atteste par exemple le faible impact de la Convention américaine relative aux droits de l'homme au sein des ordres juridiques nord-américains. Dans de tels systèmes, les conventions internationales pertinentes risquent donc de n'être guère en mesure d'inciter les autorités de gouvernement à se saisir des questions biomédicales. Leur potentiel d'impulsion demeure médiocre.

Dans les autres États, les conventions internationales dûment ratifiées et reçues en droit interne se voient reconnaître une valeur supérieure à celle de la loi, le cas échéant par le biais d'une disposition expresse de la Constitution qui fixe les conditions d'une telle reconnaissance. Le potentiel d'impulsion des normes conventionnelles pertinentes devrait donc y être plus élevé. Pour que tel soit le cas, néanmoins, il faut encore que le respect de ces normes y soit assuré, dans le chef des autorités de gouvernement, par le biais de contrôles de conventionnalité dotés d'une certaine efficacité.

Or, sur le plan national, de tels contrôles devraient présenter au mieux les mêmes caractéristiques – donc, les mêmes inconvénients – que ceux dont les normes constitutionnelles sont assorties, que ce soit dans le cadre d'un contentieux objectif de conventionnalité, du contentieux subjectif ou sur le plan des contrôles politiques.

Quant aux contrôles opérés sur le plan international, ils risquent de demeurer bien timides. L'efficacité qui s'attache au contrôle assuré par la Cour européenne des droits de l'homme au regard des dispositions générales de la Convention du même nom ne doit pas cacher le fait qu'un mécanisme de ce type demeure rare sur le plan international. Plus encore lorsque des dispositions spécifiques à la délicate matière bioéthique sont en cause. En témoigne par exemple le refus qui s'est manifesté au sein du Conseil de l'Europe de confier à la même Cour la compétence de connaître de requêtes fondées sur la Convention relative aux droits de l'homme et à la biomédecine[188].

---

[187] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 2.

[188] L'art. 29 de la Conv. se contente de reconnaître à la C. eur. des droits de l'homme la faculté de « donner, en dehors de tout litige concret se déroulant devant une juridiction, des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation » de ses dispositions.

3. *L'impact insuffisant des normes internationales*

Le bref aperçu qui précède l'atteste : une fois adoptées, les normes internationales ne présentent pas tous les caractères voulus pour corriger comme il se doit l'immobilisme et le pointillisme des autorités de gouvernement nationales dans le domaine de la biomédecine, suscités par l'ensemble des obstacles qui se présentent au cœur de celui-ci.

Certes, elles ne sont pas dénuées de tout potentiel d'impulsion. Beaucoup d'entre elles présentent des caractéristiques qui peuvent avoir pour effet d'inciter les autorités de gouvernement nationales à intervenir en matière bioéthique, que ces caractéristiques concernent leur expressivité ou leur pouvoir de contrainte. Aucune, toutefois, ne réunit l'ensemble des conditions qui lui permettraient de jouer un rôle stimulant pleinement efficace au regard d'autorités de gouvernement tentées par l'immobilisme et le pointillisme.

Les normes internationales expressives parce que spécifiques sont bien souvent dépourvues d'un réel pouvoir de contrainte lié à leur nature politique. Les normes qui disposent d'un pouvoir de contrainte, comme la Convention européenne des droits de l'homme, demeurent quant à elles générales, seules les directives européennes faisant exception sur ce point. Mais c'est alors leur caractère particulièrement ponctuel qui fait difficulté.

Bref, à l'instar des normes structurantes et directrices de la Constitution, les normes internationales *ne paraissent pas réellement adaptées* au faisceau des difficultés qui caractérisent le secteur biomédical, du moins en tant que celles-ci engendrent les tendances immobilistes et pointillistes qui marquent l'appréhension des questions bioéthiques au niveau national. Elles présentent un *impact insuffisant* pour combler comme il se doit le déficit d'autorité qui caractérise la Constitution de ce point de vue. Donc, pour contribuer à l'instauration d'un ancrage constitutionnel ferme au sein de l'approche bioéthique.

CHAPITRE II. L'EMPREINTE DE LA CONSTITUTION SUR L'APPROCHE BIOÉTHIQUE

C'est par l'intermédiaire des acteurs identifiés comme étant ses points d'ancrage au sein de l'approche bioéthique que la Constitution est en mesure d'intervenir au cœur de pareille approche, de l'intégrer et de l'aiguiller, bref, de l'imprégner de ses exigences.

L'analyse que l'on a consacrée à cet aspect de la problématique atteste que l'imprégnation demeure peu marquée là où l'ancrage de la Constitution est fragilisé par l'abstention des autorités investies de la fonction de gouvernement. À sa manière, un tel constat évoque déjà une forme d'empreinte constitutionnelle sur l'approche bioéthique. Une empreinte peu profonde liée à la faiblesse de l'enracinement constitutionnel au sein de celle-ci.

Ce n'est pas – ce n'est plus – de cette empreinte qu'il est question à présent. Le terme est pris ici dans un sens plus étroit : il désigne l'orientation que les normes constitutionnelles de référence peuvent imprimer à l'approche bioéthique lorsque les conditions d'un ancrage ferme de la Constitution sont réunies. Autrement dit, lorsque les autorités de gouvernement ont veillé à s'impliquer dans le champ bioéthique, quand bien même ce serait en n'appréhendant qu'une question biomédicale ponctuelle.

Cette facette du problème ne saurait être passée sous silence. Pour que les normes constitutionnelles de référence puissent infléchir l'approche bioéthique, il faut certes que leur ancrage dans celle-ci soit étendu et présente des garanties maximales d'efficacité. Mais il faut aussi qu'elles parviennent à irriguer cet ancrage ferme. Qu'elles puissent guider pleinement les autorités de gouvernement qui le chapeautent. Bref, qu'elles soient en mesure d'inspirer l'action de ces acteurs de premier rang, que l'on a qualifiés de relais principaux de la Constitution[189].

Il y a là une condition *sine qua non* de la constitutionnalisation de l'approche : si les normes constitutionnelles de référence n'inspirent pas effectivement les autorités investies de la fonction de gouvernement, les autres intervenants de l'approche, contraints de prolonger leur action, seront eux-mêmes amenés à développer une action déconnectée de la Constitution. Par contre, si les exigences constitutionnelles imprègnent les actes des mêmes autorités, elles orienteront aussi, sauf accident, ceux des autres intervenants. Ceci en raison du mécanisme de la cascade que l'on a mis en relief, caractérisé par une indéniable efficacité.

À ce stade de l'analyse, on présuppose donc que les autorités de gouvernement interviennent sur une ou plusieurs questions bioéthiques données, et l'on s'attache à déterminer en quoi elles sont à même de développer une action compatible avec les normes constitutionnelles de référence compte tenu des particularités que présentent ces dernières.

[189] *Supra*, Chapitre premier, Section 1, § 1^er^, A, 2.

De ce point de vue, il faut rappeler qu'en matière bioéthique, les autorités de gouvernement sont censées s'inspirer de la Constitution à un double point de vue[190]. Tout d'abord, elles doivent s'y conformer au sujet de leur intervention même. Comme on l'a déjà noté, en effet, l'appréhension de toute question bioéthique – qu'elle soit organisationnelle ou de fond – suppose de résoudre au préalable les questions organisationnelles implicites qui lui sont indissolublement liées, relatives à l'identité des acteurs habilités à s'en saisir et à la forme de leur action. À cet égard, les autorités de gouvernement doivent tenir compte pour l'essentiel des *normes structurantes* de la Constitution. Ensuite, les mêmes autorités doivent observer les exigences constitutionnelles en construisant la réponse qu'elles donnent à la question biomédicale dont elles se saisissent à titre principal. Sous cet angle, elles doivent prendre en compte les *normes structurantes* ou les *normes directrices* de la Constitution, suivant qu'il s'agit d'une question organisationnelle ou d'une question de fond.

Dès lors que les normes constitutionnelles structurantes doivent être observées en toutes circonstances, c'est leur empreinte que l'on évalue dans un premier temps, en incorporant dans l'analyse l'hypothèse plus rare où elles sont prises en compte aussi pour résoudre la question biomédicale abordée à titre principal (Section 1). On s'attache ensuite à l'empreinte des normes constitutionnelles directrices, qui doivent être observées dès l'instant où une question de fond est en cause, aux côtés des normes structurantes (Section 2).

SECTION 1. L'EMPREINTE DES NORMES STRUCTURANTES

Le fait même que les autorités de gouvernement se saisissent de questions biomédicales données, comme c'est le cas par hypothèse, fait écho aux exigences structurantes de la Constitution concernant l'*identité* des acteurs de l'approche bioéthique. La mesure dans laquelle ces exigences parviennent à susciter semblable intervention ne doit plus retenir l'attention à ce stade de l'analyse : une telle question a déjà été abordée, pour le motif qu'elle concerne l'ancrage horizontal de la Constitution au sein de l'approche. On se contente ici de renvoyer aux développements que le Chapitre premier consacre au potentiel d'impulsion des normes constitutionnelles[191] [192].

Les exigences structurantes qui conditionnent la *nature* et la *portée* de l'intervention des autorités de gouvernement, pour leur part, ne sont pas examinées dans le présent point. De telles exigences sont en effet rencontrées dès l'instant où ces autorités recourent au type de normes imposé par la Constitution dans la matière dont relève la question bioéthique abordée[193] [194]. Or, la détermination de cette matière, c'est-à-dire la délimitation des sphères respectives de la loi et du règlement, ne soulève pas de difficultés spécifiques à la matière biomédicale. Comme on l'a déjà noté à plusieurs reprises, c'est à la norme de nature législative que les autorités de gouvernement devraient être tenues de recourir en bien des cas. L'empreinte de la Constitution, souvent explicite sur ces questions, devrait ici être une réalité.

---

[190] *Supra*, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 2.

[191] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, A.

[192] Une précision complète le tableau: on part du principe que les autorités de gouvernement veillent à observer les exigences constitutionnelles relatives à l'identité des acteurs de l'approche bioéthique au moment de résoudre les questions organisationnelles dont elles se saisissent à titre principal. Il est très improbable, en effet, que ces autorités appréhendent de telles questions dans le seul objectif de renoncer purement et simplement à intégrer l'approche bioéthique en transférant à quelque intervenant que ce soit la responsabilité d'agir dans le secteur biomédical en leurs lieu et place.

[193] *Supra*, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 2.

[194] Et pour autant que les autorités de gouvernement, se saisissant de questions organisationnelles à titre principal, ne se dépouillent pas purement et simplement de leur pouvoir de légiférer ou de réglementer au profit d'autres intervenants de l'approche bioéthique. Une opération dont on considère qu'elle demeure très peu probable.

La situation se présente sous un jour différent en ce qui concerne l'autre exigence formelle qui s'impose aux autorités de gouvernement : celle qui a trait à l'*ampleur* de leur intervention.

À cet égard, ce n'est pas tellement la répartition des compétences entre les autorités de gouvernement de la collectivité fédérale et celles des collectivités fédérées qui fait difficulté – dans les États où interviennent ce genre de considérations. Pareille répartition ne soulève pas, elle non plus, de problèmes propres à la matière bioéthique. La plupart du temps, l'empreinte de la Constitution devrait trouver à se concrétiser de ce point de vue également, le cas échéant avec l'aide du juge chargé de veiller à ce que les autorités de chaque collectivité n'interviennent pas au-delà ce que prescrivent les règles répartitrices de compétences.

Ce qui s'avère plus problématique en l'occurrence, c'est l'attitude que les autorités adoptent dans l'exercice même de leur fonction de gouvernement. À cet égard, leur action atteste qu'elles ont parfois du mal à assumer le rôle de premier plan que leur confèrent les normes structurantes de la Constitution. De telles normes ne *sont pas prises en compte de manière satisfaisante* en toutes circonstances (§ 1er). Il est vrai que les balises qu'elles dessinent demeurent *peu marquées* (§ 2).

§ 1ER. LA PRISE EN COMPTE INSATISFAISANTE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES STRUCTURANTES

Deux pratiques tendent à porter atteinte à la prépondérance des autorités investies de la fonction de gouvernement au sein de l'approche bioéthique. D'une part, la pratique des *influences abusives*, qui affecte la réponse donnée aux seules questions organisationnelles sous-jacentes à la problématique dont ces autorités se saisissent à titre principal (A). D'autre part, la pratique des *délégations abusives*, qui se conçoit tant au regard de ces questions implicites qu'au regard des questions organisationnelles appréhendées à titre principal (B).

A. La pratique des influences abusives

En matière bioéthique, l'intervention des autorités de gouvernement est exposée à de multiples influences extérieures.

Tout d'abord, elle s'opère à la lumière des *règles sociales déjà adoptées* en la matière. Car bien souvent, les autorités n'agissent pas en terrain vierge. La question dont elles se saisissent a déjà été travaillée par des acteurs dont l'intervention préalable n'est pas incompatible avec le modèle constitutionnel de l'approche bioéthique. Tantôt cette question a fait l'objet de normes internationales adoptées en prélude à l'intervention des autorités de gouvernement, qui peuvent avoir contribué à déclencher celle-ci[195]. Tantôt elle a été réglée par un ensemble de normes professionnelles édictées au niveau local, national ou international : *guidelines* développées par une institution de soins, un groupe d'institutions de soins ou une association professionnelle, règles déontologiques énoncées par l'Ordre de la profession, déclarations adoptées par des organisations non gouvernementales influentes comme l'Association médicale mondiale, etc. De telles règles exercent *de facto* une influence non négligeable[196].

[195] *Supra*, Chapitre premier, section 2, § 2, B.

[196] Voy. par exemple l'influence notable exercée sur le législateur français de 1994 par les règles dont les Centres d'étude et de conservation du sperme humain (CECOS) s'étaient dotés en matière d'assistance médicale à la procréation (C. BYK et G. MÉMETEAU, *op. cit.*, p. 151 ; G. DAVID, *op. cit.*, pp. 80-85 ; J. ROBERT, « Table ronde », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, p. 193).

Ensuite, les autorités de gouvernement réservent une place importante aux *avis formulés par des experts* de diverses provenances. Elles n'ignorent pas les travaux menés dans les cénacles universitaires spécialisés que forment les centres de bioéthique. Elles veillent à consulter les protagonistes des situations qu'elles cherchent à réglementer[197]. De sorte que, dans les faits, on voit nombre de médecins, soignants, patients, chercheurs, philosophes, membres du monde associatif ou représentants de la société civile exprimer leur opinion sur telle ou telle question biomédicale, tantôt au cours du processus législatif lui-même[198], tantôt dans le cadre de missions préparatoires à celui-ci[199]. Enfin, lorsqu'il existe, les autorités ne manquent pas de prendre l'avis du comité d'éthique national.

Face à des questions bioéthiques caractérisées par une grande complexité, on comprend que les autorités de gouvernement prêtent une oreille attentive à de tels points de vue extérieurs[200]. Aussi bien lorsqu'ils reçoivent un support normatif que lorsqu'ils prennent la forme de l'expertise. Cette ouverture peut manifester un souci légitime d'associer à leur action régulatrice les milieux professionnels que cette action concerne au plus haut point – considération stratégique dont on a vu qu'elle peut contribuer à renforcer la réalisation du bien public dans le domaine biomédical[201]. Elle peut aussi alimenter avantageusement la réflexion des autorités. D'une part, en empêchant qu'elle soit désincarnée, coupée des réalités qu'elle s'efforce d'appréhender. D'autre part, en évitant qu'elle soit amputée de sa dimension éthique. Car il faut le rappeler : tout choix posé dans le champ biomédical renvoie inévitablement à des considérations éthiques. Il est donc indispensable d'éclairer le débat politique et juridique à la lumière de délibérations éthiques[202]. Sachant qu'à cet égard, les discussions conduites au sein d'un comité d'éthique national peuvent s'avérer particulièrement utiles. Quand bien même elles n'aboutiraient pas à dégager des règles éthiques à proprement parler : la seule clarification des positions éthiques en présence s'avère déjà précieuse. Elle procure aux autorités de gouvernement de quoi conforter, voire guider les choix à formuler : elle les aident à « assumer l'incertitude »[203] propre aux questions à régler.

L'attention que les autorités de gouvernement portent aux points de vue qui s'expriment dans le secteur biomédical se révèle donc justifiée, pour diverses raisons. Il apparaît toutefois que ces autorités ne s'en tiennent pas en toutes circonstances aux considérations mesurées que l'on évoque ici. Elles adoptent parfois des pratiques qui témoignent d'une propension à donner aux avis extérieurs une dimension tout autre : elles s'ouvrent à des *influences*

---

[197] M. BARZACH, *op. cit.*, p. 144 ; G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 113 ; G. DAVID, *op. cit.*, p. 86.

[198] En Belgique, voy. notamment les auditions tenues entre le 15 févr. et le 9 mai 2000 par les Commissions réunies de la justice et des affaires sociales du Sénat sur la problématique de la fin de la vie (Proposition de loi relative à l'euthanasie, Annexe au rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/24 ; Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 20 juin 2001, sur une proposition de loi relative à l'euthanasie et sur une proposition de loi relative aux soins palliatifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/21, n° 2-246/7) et celles tenues au sein de la même assemblée, les 24 avr. et 8 mai 2001, par la Commission spéciale chargée des problèmes de bioéthique au sujet de la protection des embryons *in vitro* (Proposition de loi relative à la recherche sur les embryons in vitro, Annexes au rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2001-2002, n° 2-695/13, pp. 2-28).

[199] Voy. entre autres, en France, N. LENOIR, *Aux frontières de la vie*, t. II, *Paroles d'éthique*, Paris, La documentation Française, 1991, première et deuxième partie ; J.-F. MATTEI, *La vie en question: pour une éthique biomédicale*, Paris, La documentation Française, 1994, pp. 180-190.

[200] S. MUSCATI, *op. cit.*, p. 23 ; F. RIGAUX, « Les transsexuels devant la CEDH: une suite d'occasions manquées », note sous Cour eur. D.H., 22 avr. 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 130-144, p. 137 ; C.M. ROMEO CASABONA, v° *biodroit*, *op. cit.*, p. 116.

[201] L'observation concernait alors l'intervention des professionnels de la santé en tant qu'elle s'opère dans le prolongement de celle des autorités de gouvernement: *supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, B.

[202] L. BÉGIN, « La normativité dans les comités d'éthique clinique », *in* M.-H. PARIZEAU, *Hôpital et éthique*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1995, p. 48 (cité par G. DURAND, *Introduction générale...*, *op. cit.*, p. 459) ; G. DURAND, *Introduction générale...*, *op. cit.*, p. 459 ; G. HOTTOIS, « La bioéthique: définitions, problèmes et méthodologie », *Réseaux*, 1987-1988, n° 53-54, p. 24.

[203] Philippe Séguin, cité par N. LENOIR, « Bioéthique, Constitutions... », *op. cit.*, p. 18.

abusives. De ce point de vue, le poids considérable que peuvent acquérir les avis des comités d'éthique nationaux dans le processus régulateur qu'elles développent s'avère éclairant.

À la base, ces comités n'ont d'autres missions que d'informer le public sur les questions éthiques qu'engendre la biomédecine et de donner à l'auteur de la règle de droit un avis sur ces questions. Dans cette optique, ils stimulent le débat au sein de la société. Ils cherchent à dégager les lignes de conduite qui paraissent admissibles aux principales tendances idéologiques en présence et celles qui ne le sont pas. Mais ils n'ont pas le pouvoir d'imposer les règles à suivre sur le plan social. Les normes sur lesquelles leurs membres parviennent le cas échéant à s'accorder sont des normes éthiques, qui répondent « à la question de savoir ce qui est bon ou mauvais, ce qui est acceptable ou non »[204]. Elles ne constituent en aucun cas du droit positif. Tel est le schéma conforme aux normes structurantes de la Constitution : les comités d'éthique forment une sorte d'interface entre les autorités et la société, d'une part, les autorités et l'univers biomédical, d'autre part. Sans plus. Étant entendu qu'au sein d'un monde dépourvu de repères religieux et philosophiques partagés, l'accomplissement de cette tâche leur a souvent donné le statut d'autorités morales respectées au sein de la société dont ils sont issus, quand bien même les critiques continuent à fuser à leur sujet[205].

Dans cette optique, les autorités de gouvernement qui interviennent à la suite du comité national sont censées exercer pleinement la fonction qui est la leur avec les moyens que la Constitution met à leur disposition. « Les mécanismes représentatifs d'intérêts limités ne sauraient [les] en dépouiller »[206]. En clair, elles ne peuvent se fier aveuglément aux options défendues par le comité. Les entériner purement et simplement. Elles doivent veiller à ce que les choix qu'elles formulent soient leur propre fait, c'est-à-dire à ne les poser qu'au terme d'une réflexion propre conduite à la lumière de la Constitution. Elles doivent « marquer de [leur] sceau la décision qui est prise »[207]. Certes, « la légitimité des 'sages' peut donner à la 'norme' éthique un poids moral ou social ». Mais « seule la légitimité démocratique peut fonder la transmutation de cette norme en règle de droit »[208]. Étant entendu que cette transmutation ne saurait en rien s'avérer automatique.

Cette répartition des rôles voulue par la Constitution, toutefois, ne l'emporte pas systématiquement. Les normes constitutionnelles structurantes ne sont pas toujours prises en compte de manière satisfaisante : il arrive que les autorités de gouvernement, cherchant à résoudre une question organisationnelle ou de fond, ne s'impliquent pas suffisamment dans la réflexion requise à cet effet.

On ne peut bien sûr procéder à des généralisations abusives. Des nuances très nettes se dessinent d'un ordre juridique à l'autre suivant le contexte social qui est le sien, la mission précise confiée au comité national et la personnalité des membres qui composent celui-ci. Il n'empêche. Les avis de certains comités revêtent aujourd'hui une réelle autorité, en particulier lorsqu'ils expriment l'opinion unanime de leurs membres : les autorités de gouvernement en font grand cas, au point d'estimer parfois qu'il leur faut adopter les propositions qui y sont formulées. C'est ainsi qu'en France, plusieurs positions exprimées par le Comité consultatif

---

[204] D. THOUVENIN, *op. cit.*, p. 152.
[205] G. BRAIBANT, *op. cit.*, pp. 111-112 ; C. BYK, « La bioéthique en Europe... », *op. cit.*, p. 295 ; C. BYK et G. MÉMETEAU, *op. cit.*, pp. 50-54 et 78 ; C. BYK, « La bioéthique: une expertise... », *op. cit.*, pp. 57-58 ; L. FERRY, *op. cit.*, p. 9 ; D. FOLSCHEID, « La chauve-souris bioéthique », *in* G. MÉMETEAU et L. ISRAEL (dir.), *op. cit.*, pp. 87-90 ; N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 38 ; B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, pp. 43 et 44 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 47 ; C.M. ROMEO CASABONA, v° *biodroit*, *op. cit.*, p. 116.
[206] G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 228. Voy. dans le même sens, J. DABIN, *L'État...*, *op. cit.*, pp. 163-164.
[207] B. MATHIEU, « Débat », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, p. 154.
[208] B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, p. 46.

national d'éthique, doyen des comités d'éthique nationaux, ont exercé une influence notable sur les choix du législateur. Sans pour autant que cette influence soit devenue systématique : le phénomène que l'on esquisse est une tendance plutôt qu'un fait constant[209].

Lorsqu'un tel schéma se concrétise, la marge de manœuvre des autorités de gouvernement se trouve réduite à la portion congrue. Nul débat critique n'est plus conduit en leur sein. Les positions affichées par le comité, considérées comme des « normes de premier plan »[210] revêtues d'une autorité « pré-législative »[211], sont prises pour argent comptant et dictent le contenu de la règle de droit. L'acteur appelé à se prononcer sur le plan éthique fait irruption sur le terrain de la régulation sociale, empiétant sur les prérogatives de l'auteur de la règle de droit. En clair, un transfert de la fonction de gouvernement prend corps[212]. Il cristallise comme une abdication de la société face aux questions biomédicales. Un déplacement du centre de gravité des choix de société. De sorte que les réponses formulées par les autorités de gouvernement deviennent suspectes : marquées par les intérêts particuliers qui se sont exprimés au sein du comité, *elles n'apparaissent pas tout entières pénétrées du souci de réaliser le bien public.*

Dans ce cas de figure, l'approche bioéthique ne présente donc pas la configuration adéquate à laquelle l'ancrage ferme de la Constitution ouvre la voie en théorie : cette configuration censée assurer une matérialisation optimale du bien de tous. Les acteurs de l'approche n'assument pas le rôle qui correspond aux caractères qui sont les leurs. La légitimité de leurs interventions respectives s'en trouve ébranlée. D'une certaine manière et jusqu'à un certain point, c'est le schéma caractéristique de l'ancrage fragile de la Constitution qui reprend le dessus, malgré l'intervention des autorités de gouvernement au cœur de l'approche.

Il ne faut pas chercher bien loin les raisons pour lesquelles ces autorités peuvent être tentées de faire droit à des influences abusives. Le phénomène s'explique une fois encore par la complexité et la sensibilité des questions biomédicales. C'est-à-dire par ces obstacles dont on a relevé qu'ils rendent difficile l'élaboration de la règle de droit en matière bioéthique et, dans la foulée, qu'ils y favorisent l'immobilisme des autorités de gouvernement[213]. Le fait que celles-ci aient pris l'initiative d'intervenir sur une question bioéthique donnée n'empêche pas qu'elles puissent se sentir bien démunies face à de tels obstacles. Elles peuvent hésiter à définir une position propre dans un domaine où, notamment, elles n'ont pas la compétence voulue pour distinguer par elles-mêmes les bénéfices et les risques en présence ; où il leur revient d'assumer la lourde tâche de trancher entre des « conceptions éthiques opposées »[214] ; où toute position adoptée peut susciter le mécontentement d'une frange importante des milieux concernés et de l'opinion publique.

---

[209] C. BYK, « La bioéthique: une expertise... », *op. cit.*, pp. 51-52 ; C. BYK et G. MÉMETEAU, *op. cit.*, pp. 21-22 et 66 ; B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, pp. 46-47 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 48 ; D. THOUVENIN, *op. cit.*, p. 151.

[210] J. RUBELLIN-DEVICHI, « Réflexions sur l'apport des nouvelles normes relatives à la procréation artificielle humaine et à l'utilisation des embryons *in vitro* aux relations entre l'éthique, le droit et la science », *in* C. BYK (dir.), *Procréation artificielle...*, *op. cit.*, p. 67.

[211] C. BYK et G. MÉMETEAU, *op. cit.*, pp. 65-66.

[212] B. MATHIEU, « La protection du droit à la santé... », *op. cit.*, p. 2 ; B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.*, p. 549.

[213] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 1er, A.

[214] Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 20 juin 2001, sur une proposition de loi relative à l'euthanasie et sur une proposition de loi relative aux soins palliatifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/21, point 8.

Or, les professionnels de la santé sont intervenus avant les autorités de gouvernement. Outre les compétences qu'ils affichent dans le domaine, ils bénéficient donc d'une plus grande expérience dans l'appréhension des questions biomédicales à régler. La tentation est forte de se fier à leur appréciation. Quant au comité d'éthique national, il est constitué pour refléter aussi fidèlement que possible les sensibilités qui traversent la société politique tout en réunissant les compétences requises pour appréhender valablement les questions biomédicales. Il y a là un incitant puissant à le considérer comme un lieu de négociation privilégié au regard de ces questions. À y voir un nouveau foyer de pouvoir, un « pseudo parlement » – pour reprendre l'expression révélatrice de François Dagognet[215] – dont il s'impose d'entériner les propositions. Une tendance renforcée par des facteurs tels que la propension des comités nationaux à se prononcer sur des questions juridiques ou par la forme quasi juridique qu'adoptent les avis de certains d'entre eux[216] [217].

B. La pratique des délégations abusives

Le principe a déjà été souligné à maintes reprises : les normes constitutionnelles structurantes n'imposent pas aux autorités investies de la fonction de gouvernement de régler les questions biomédicales dans leurs moindres détails. Des délégations se conçoivent au profit des acteurs professionnels de l'approche bioéthique, conformément à l'exigence de polyphonie normative qu'impose la réalisation du bien public. Des délégations s'imposent également au profit des autorités d'administration, voire au profit des autorités administratives spécialisées mises sur pied pour intervenir dans le contexte d'une problématique bioéthique particulière.

La mesure précise de telles délégations ne peut être spécifiée en dehors du contexte concret où s'enracinent les questions biomédicales appréhendées par les autorités de gouvernement. Ainsi, on a vu que l'exigence de polyphonie normative n'impose à celles-ci aucune solution préétablie pour l'ensemble du champ bioéthique, ni aucune solution définitive au regard de chaque problématique qui se dessine au sein de celui-ci. L'intervention des autorités peut présenter une ampleur variable, qui dépend des particularités de la question abordée et du moment où cette question est appréhendée. La polyphonie recherchée se présente seulement comme un principe guide : elle doit permettre aux autorités de gouvernement d'utiliser à bon escient la marge de manœuvre que leur confèrent les normes constitutionnelles structurantes – sources d'une obligation de compatibilité plutôt que de conformité[218].

Une certitude s'impose néanmoins. Les normes constitutionnelles structurantes interdisent aux autorités de gouvernement de donner carte blanche à d'autres acteurs pour exercer *de facto* la fonction qui leur est propre. Pas plus qu'en recourant à l'éclairage préalable d'intervenants extérieurs, elles ne peuvent se décharger sur des tiers du soin de poser les choix initiaux qui leur incombent.

Dans la pratique, certaines délégations consenties par les autorités de gouvernement s'avèrent néanmoins sujettes à caution de ce point de vue. Elles s'inscrivent manifestement en faux contre les normes structurantes de la Constitution : elles constituent des *délégations abusives*. Celles-ci peuvent prendre deux formes distinctes.

---

[215] F. DAGOGNET, *La maîtrise du vivant*, Paris, Hachette, 1988, p. 9

[216] *Supra*, Chapitre premier, Section 1, § 1er, B, 2, b.

[217] C. BYK, « La bioéthique en Europe... », *op. cit.*, p. 294 ; C. BYK et G. MÉMETEAU, *op. cit.*, p. 153 ; S. DIDIER, « Les avis juridiques du Comité consultatif national d'éthique sont-ils utiles ? », *Journ. int. bioéth.*, 1999, pp. 37-38 et 47-50 ; J. MORANGE, « Les organes consultatifs et les libertés publiques », *Rev. fr. dr. adm.*, 1984, pp. 137 et 138.

[218] *Supra*, Chapitre II, Section 1, § 1er, B.

La première n'a pas de quoi dérouter. Comme en d'autres matières, il arrive que les autorités de gouvernement procèdent à des délégations abusives au profit des *autorités d'administration*. On se contente ici d'évoquer un exemple révélateur, que l'on tire de la loi belge du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail.

L'article 3, § 1er de cette loi pose le principe qui régit la matière. Il interdit les tests biologiques, les examens médicaux et les collectes d'informations orales pratiqués en vue d'obtenir des informations relatives à l'état de santé ou à l'hérédité d'un travailleur ou d'un candidat travailleur. Du moins pour des considérations autres que celles tirées de ses aptitudes actuelles et des caractéristiques spécifiques du poste à pourvoir. La disposition précise que l'interdiction vise notamment l'examen génétique prévisionnel et le test de dépistage du sida. L'article 5 de la loi admet néanmoins des exceptions. Son alinéa 1er stipule en effet que « le travailleur ou le candidat travailleur [...] peut être soumis à un examen médical interdit en vertu de la présente loi [...] dans les cas déterminés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres ». L'alinéa 2 ajoute que « le Roi détermine, également par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les conditions dans lesquelles les examens autorisés en vertu de l'alinéa 1er seront effectués ».

Comment ne pas relever que ces dernières dispositions vident d'une bonne part de sa substance l'interdiction de principe posée par le législateur ? Dès l'instant où ce dernier ne fixe pas les critères essentiels qui doivent orienter la confection des arrêtés royaux censés donner corps aux exceptions qu'il tolère, il signe un chèque en blanc au profit des autorités d'administration appelées à prolonger son action. Il leur transfère *de facto* le soin de procéder aux choix qui lui reviennent en tant que détenteur de la fonction de gouvernement. Une délégation de telle ampleur peut étonner. En l'occurrence, elle trouve néanmoins une explication dans le fait que la loi en cause est issue d'une proposition et non d'un projet de loi[219] : déposée par un parlementaire, elle n'a pas été soumise à l'avis éclairé de la section de législation du Conseil d'État, qui aurait pu attirer l'attention de ses auteurs sur l'inconstitutionnalité du dispositif.

Un deuxième type de délégations abusives se dessine dans le domaine biomédical. Il est cette fois spécifique à ce domaine : il concerne les délégations opérées par les autorités de gouvernement au profit d'*acteurs spécialisés de l'approche bioéthique*. À ce niveau, les abus se conçoivent dans les hypothèses où les autorités se saisissent de questions organisationnelles à titre principal. Dans les faits, néanmoins, ils n'adoptent pas une forme aussi visible. Ils se manifestent plutôt à l'occasion de l'approche de questions de fond, c'est-à-dire du point de vue de la réponse donnée aux questions organisationnelles implicitement liées à celles-ci.

La loi belge du 28 janvier 2003, que l'on vient d'évoquer, comporte ici encore un exemple éclairant. Son article 5 se complète en effet d'un alinéa 3 qui impose une obligation procédurale aux autorités d'administration chargées de préciser les exceptions à l'interdiction des tests et examens médicaux. Cette disposition stipule qu'en vue de mettre en œuvre les délégations opérées, « le ministre compétent consulte le *Comité consultatif de bioéthique*, institué par l'accord de coopération du 15 janvier 1993 entre l'État, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, approuvé par la loi du 6 mars 1995 »[220].

---

[219] Proposition de loi relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, Développements, *Sén.*, sess. extraord. 1999, n° 2-20/1.

[220] C'est nous qui soulignons.

En somme, non contente de se décharger sur les autorités d'administration du soin de régler une part substantielle de la problématique dont il se saisit, le législateur invite expressément ces autorités à s'inspirer des lignes directrices dégagées par le comité d'éthique national. D'une certaine façon, il opère ainsi une délégation partagée : il confie au Roi le soin de prendre la décision finale, mais il reconnaît au Comité consultatif de bioéthique la faculté de mettre en lumière les critères à prendre en compte pour réglementer. Il transfère à ce dernier le pouvoir d'assumer une partie de sa fonction. Une partie seulement, dès lors que l'avis du Comité est censé ne pas pouvoir lier le Roi de la même manière que des dispositions législatives. Même si, en pratique, tel pourrait bien être le cas : jusqu'à un certain point, le législateur crée les conditions susceptibles d'aboutir à une influence abusive.

Sur un autre plan, des délégations abusives s'opèrent également au profit d'*acteurs professionnels* de l'approche bioéthique. On voit ainsi des normes juridiques renvoyer sans autre forme de procès aux principes généraux qu'une organisation non gouvernementale influente a formulés au sujet d'une problématique particulière du champ biomédical. La matière de l'expérimentation humaine offre un exemple saisissant de ce type de renvoi : nombreuses sont les règles juridiques qui se contentent d'entériner purement et simplement les « principes éthiques applicables aux recherches médicales sur l'être humain » inscrits dans la Déclaration d'Helsinki de l'Association médicale mondiale[221].

En procédant de la sorte, le droit reprend à son compte le contenu de normes générales et abstraites édictées par une autorité professionnelle, opérant ainsi une « novation » de la règle professionnelle en règle juridique[222]. Le procédé peut avoir des conséquences interpellantes. Car rien n'empêche l'autorité professionnelle d'apporter des modifications à celles de ses règles qui sont ainsi élevées au rang de normes juridiques. La Déclaration d'Helsinki, pour reprendre cet exemple, a ainsi été revue à plusieurs reprises par l'Association médicale mondiale[223]. Dans un tel cas de figure, le contenu de la règle de droit se trouve modifié *de facto* par la profession concernée. La logique de la délégation est poussée très loin[224].

---

[221] Voy. par exemple, en Belgique, l'A.R. du 15 juill. 1997 relatif aux dispositifs médicaux implantables actifs et l'A.R. du 18 mars 1999 relatif aux dispositifs médicaux, qui renvoient à « la Déclaration d'Helsinki », ainsi que l'A.R. du 16 sept. 1985 concernant les normes et protocoles applicables en matière d'essais de médicaments à usage humain, aujourd'hui abrogé, qui exigeait le respect de la « version en vigueur de la Déclaration d'Helsinki ».

[222] C. BYK et G. MÉMETEAU, *op. cit.*, pp. 63 et 131.

[223] Adoptée par la 18e Assemblée générale (Helsinki, juin 1964), elle a été amendée par la 29e Assemblée générale (Tokyo,1975), par la 35e Assemblée générale (Venise, oct. 1983), par la 41e Assemblée générale (Hong Kong, sept. 1989), par la 48e Assemblée générale (Somerset West, oct. 1996) et par la 52e Assemblée générale (Edimbourg, oct. 2000). De surcroît, deux notes explicatives lui ont été adjointes concernant ses paragraphes 29 et 30 (Assemblée générale de l'AMM, Washington, 2002 ; Tokyo, 2004).

[224] Une autre critique tient à l'accessibilité des textes auxquels le renvoi est opéré, qui peut s'avérer malaisé. À cet égard, on peut renvoyer à l'observation formulée par la section de législation du Conseil d'État concernant l'avant-projet de loi belge relatif à l'expérimentation sur la personne humaine. L'art. 7, 7. de celui-ci stipulait qu'une expérimentation sur un mineur ne pouvait être opérée que si les orientations scientifiques correspondantes de l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments étaient suivies. Le Conseil d'État relève à ce sujet qu'« en vertu du principe de la sécurité juridique et de l'exigence d'accessibilité des normes juridiques, les intéressés doivent pouvoir prendre connaissance du texte des orientations scientifiques visées. Cette exigence est d'autant plus prégnante en l'occurrence que le non-respect de ces orientations peut donner lieu à des sanctions pénales [...]. Le Conseil d'État n'aperçoit pas si ces orientations sont publiées de manière à être accessibles pour tous. Si tel n'est pas le cas, il y a lieu de prévoir, dans le projet, un système qui en garantisse la publicité » (Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 6 janv. 2004, sur un projet de loi relatif à l'expérimentation sur la personne humaine, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 2003-2004, n° 798/1, p. 79. Voy. dans le même sens Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 2 févr. 1993, sur un projet de loi relatif au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1993-1994, n° 1229/1, p. 26). On relèvera que dans l'exemple ici évoqué, le législateur ne procède pas à une réelle délégation abusive: il renvoie non à des principes « éthiques », c'est-à-dire de fond, mais à des « orientations scientifiques ». En clair, à des orientations qui relèvent probablement de cette sphère où les autorités de gouvernement gagnent à laisser aux professionnels de la santé une large autonomie.

On notera que les délégations abusives ne se manifestent pas toujours d'une façon aussi visible. Elles peuvent demeurer implicites, *inavouées*. De sorte qu'elles sont également imprécises : elles n'indiquent pas clairement au profit de quels acteurs de l'approche bioéthique elles sont opérées. L'ordre juridique belge offre ici encore un exemple de ce genre de situations, en l'occurrence à travers la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*.

L'article 5, 4° de cette loi interdit « d'accomplir des recherches ou des traitements à caractère eugénique, c'est-à-dire axés sur la sélection ou l'amplification de caractéristiques génétiques non pathologiques de l'espèce humaine ». Interprétée *a contrario*, la disposition a pour effet d'autoriser un ensemble d'interventions sur le génome humain. Elle admet les thérapies géniques, c'est-à-dire les pratiques qui visent à corriger un ou plusieurs gènes responsables d'une maladie déterminée. Aussi bien lorsque ces thérapies sont somatiques que lorsqu'elles sont germinales : peu importe que les gènes corrigés soient ceux de cellules non reproductrices – dites somatiques – ou de cellules reproductrices – qualifiées de germinales. À chaque fois, en effet, il y a bien visée thérapeutique et non projet eugénique au sens où l'entend la loi. Il ne s'agit pas de sélectionner ou d'amplifier des caractéristiques génétiques non pathologiques.

Le législateur belge autorise ainsi « par la bande » un ensemble de pratiques qui ne vont pas sans susciter peurs et questions au sein de l'opinion publique. Il se prononce indirectement sur des manipulations qui, parce qu'elles affectent le génome de l'individu, voire de l'espèce dans certains cas, entrent sans doute dans la catégorie des pratiques biomédicales qui touchent de la manière la plus visible à la réalisation du bien public. Le tout sans apporter la moindre précision sur les modalités qui entourent l'autorisation, et notamment sur le type de maladies susceptibles de justifier les interventions pratiquées sur le génome. Le législateur n'établit aucun cadre en la matière – ce qui aurait constitué « une démarche éthique et démocratique rassurante, pleinement justifiée »[225]. Il délègue aux professionnels de la santé le soin de déterminer ces modalités[226], mais sans l'indiquer de manière expresse.

Quelles que soient la forme qu'elles adoptent, les délégations abusives ne vont pas sans entraîner des conséquences dommageables. À l'instar des influences abusives, elles traduisent un réel transfert de la fonction de gouvernement : un déplacement du centre de gravité des choix de société. Au sein même des autorités constituées ou, d'une manière plus critiquable encore, au profit d'acteurs extérieurs préoccupés par leurs intérêts propres. Il n'est plus question ici de polyphonie normative. À nouveau, l'action des autorités *n'apparaît pas inspirée tout entière par la recherche du bien public*. L'approche bioéthique adopte une configuration qui n'est pas celle requise par la réalisation de ce bien. C'est davantage le schéma propre à l'ancrage fragile de la Constitution qui se dessine.

Le phénomène s'explique à la lumière des mêmes obstacles que ceux qui induisent les délégations abusives et, au-delà, l'immobilisme des autorités de gouvernement. La complexité et la sensibilité des questions biomédicales sont à nouveau à l'ordre du jour. Elles n'aident pas les autorités de gouvernement, loin s'en faut, à déterminer l'ampleur que doit revêtir leur intervention. Elles peuvent mêmes les décourager de chercher à la déterminer. Une fois encore, la tentation est forte de se fier aux compétences et à l'expérience des professionnels

[225] N. DENIES, « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* ou la science à l'épreuve du droit », *J.T.*, 2003, p. 699.
[226] Sur la mise en lumière de la délégation implicite évoquée et sur ses implications: N. DENIES, *op. cit.*, pp. 698-699.

de la santé, ou à la représentativité et aux connaissances des membres d'un comité d'éthique, en ouvrant grand la voie à leur intervention.

§ 2. DES BALISES PEU MARQUÉES

Par rapport à d'autres intervenants de l'approche bioéthique, les autorités de gouvernement se présentent en théorie comme des acteurs sensibilisés aux exigences que leur impose la Constitution. Parce qu'elles ont vocation à en faire une application directe en quelque matière que ce soit[227]. En l'occurrence, néanmoins, il apparaît qu'elles ont du mal à assumer ce rôle en toutes circonstances. Elles ne s'en tiennent pas toujours aux obligations que leur imposent les normes structurantes de la Constitution. C'est que les balises qui peuvent les guider sur ce point ne vont pas sans soulever des difficultés : effacées au niveau constitutionnel (A), elles peuvent, au niveau international, les conduire à des solutions inadaptées (B).

A. L'effacement des normes constitutionnelles

Bon nombre des observations qu'on a formulées au sujet de l'expressivité des normes constitutionnelles structurantes demeurent d'actualité à ce stade de l'analyse[228]. Certes, le *caractère démonstratif* de ces normes n'entre plus ici en ligne de compte. L'analyse développée dans le présent chapitre repose sur l'hypothèse d'une intervention effective des autorités de gouvernement dans le domaine biomédical, quand bien même elle demeurerait limitée à quelques questions ponctuelles. L'aptitude des normes structurantes à mettre la biomédecine en relief en vue d'amener ces autorités à tenir compte de l'obligation d'intervention qu'elles leur imposent n'est donc plus à l'ordre du jour. La *visibilité* et la *lisibilité* des mêmes normes, par contre, demeurent d'actualité. Avec les difficultés qui s'attachent à ces deux caractères dans le domaine biomédical.

À cet égard, on a vu que les normes constitutionnelles structurantes, énoncées en des termes très généraux et peu adaptés à la réalité biomédicale contemporaine, ne sont guère en mesure d'amener les autorités de gouvernement à étendre leur action au-delà des questions bioéthiques ponctuelles dont elles se sont saisies sous la pression des faits. C'est là un constat qui relève de la problématique de l'ancrage horizontal de la Constitution. Mais une observation du même type prévaut en ce qui concerne la problématique de l'empreinte constitutionnelle : pour les mêmes raisons, les normes structurantes ne s'avèrent pas pleinement capables d'exhorter les autorités de gouvernement à donner l'ampleur voulue à l'action qu'elles développent autour de chacune des questions dont elles se saisissent. Les exigences constitutionnelles ont des chances de passer inaperçues, ou du moins de ne pas être comprises à leur juste mesure, dans une matière caractérisée par les nombreux obstacles qu'elle dresse sur la route de tout qui s'efforce de l'appréhender. Ici encore, les normes structurantes de la Constitution semblent *trop peu expressives* : pas assez explicites ni assez claires pour faire passer le message dont elles sont porteuses. Elles témoignent d'un réel *effacement* en la matière.

Une conclusion un peu plus nuancée s'impose en ce qui concerne le pouvoir de contrainte des normes structurantes, c'est-à-dire les contrôles appelés à en assurer le respect. Non du point de vue des contrôles politiques : l'efficacité de ceux-ci reste oblitérée par leur impact incertain. Rien ne permet d'assurer que le contrôle citoyen exercé à travers les élections soit motivé par le souci d'inciter les autorités de gouvernement à agir avec toute l'ampleur voulue

[227] *Supra*, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 2.
[228] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 1.

au sujet des questions bioéthiques dont elles se saisissent. Il est même probable que ce genre de considérations passent totalement inaperçues aux yeux des électeurs. De même, rien ne permet de certifier que le contrôle assuré par les membres des assemblées parlementaires à l'encontre des autorités exécutives et de la majorité qui les soutient puisse recevoir un écho tel qu'il contribue à rectifier l'action des autorités de gouvernement.

Certes, par rapport à l'hypothèse où ces dernières font preuve d'immobilisme, des contrôles supplémentaires devraient en principe trouver à s'exercer ici : ceux assurés par les autorités consultatives compétentes au cours du processus d'élaboration des normes appelées à consacrer les choix des autorités de gouvernement. Pareils contrôles devraient pouvoir mettre en lumière les influences abusives et, plus encore, les délégations abusives que celles-ci commettent ou sont en voie de commettre. Le risque existe toutefois de voir l'auteur de la norme négliger de prendre en compte les avis qui lui sont adressés, bien souvent caractérisés par le fait qu'ils sont non contraignants. De ce point de vue, les considérations d'ordre politique peuvent l'emporter d'autant plus aisément sur les impératifs constitutionnels que nulle sanction ne s'attache à cette attitude.

En l'occurrence, la nuance évoquée concerne les contrôles de nature juridictionnelle. Plus précisément ceux qui relèvent du contentieux objectif. Car à défaut de droits subjectifs consacrés par les normes structurantes – en dehors des droits politiques qui n'ont pas d'incidence ici –, les possibilités de saisine du juge de ces droits s'avèrent ici réduites par définition. Un recours en responsabilité civile fondé sur le droit à réparation du dommage causé par l'attitude contestable du législateur pourrait éventuellement être envisagé, sous-tendu par l'idée qu'une influence ou délégation abusive équivaudrait à une forme d'omission législative contraire à l'obligation constitutionnelle de légiférer. Mais même si un tel recours devait être déclaré recevable, il demeurerait marqué tant par son faible impact que par les difficultés relatives à la preuve qu'il requiert d'une faute constitutive d'un préjudice. Ces indications attestent qu'en l'absence de contrôle de constitutionnalité organisé à l'encontre de la loi, le pouvoir de contrainte des normes structurantes n'est guère suffisant pour amener les autorités de gouvernement, dans un nombre appréciable de situations, à donner l'ampleur voulue à leur intervention en rapport avec les questions bioéthiques dont elles se saisissent.

Pour autant qu'ils existent, par contre, les contrôles de constitutionnalité relevant du contentieux objectif doivent pouvoir être mis en œuvre dans l'hypothèse retenue, sans soulever autant de difficulté que dans les situations marquées par une abstention totale ou partielle des autorités de gouvernement – envisagées ici en tant qu'elles prennent le visage du législateur[229]. Telle est la nuance : il n'est plus question de sanctionner ces autorités pour ce qu'elles n'auraient pas fait. Il s'agit de se prononcer directement sur les normes qu'elles ont adoptées, considérées pour elles-mêmes. Il y a là, assurément, de quoi renforcer l'impact du contrôle.

Les contrôles de constitutionnalité peuvent ainsi témoigner d'une certaine efficacité du point de vue des *délégations abusives* qu'aurait opérées le législateur. Le juge constitutionnel est compétent pour sanctionner de telles délégations – par une annulation, une interdiction de promulgation, un refus d'application –, qu'elles soient réalisées au profit d'autorités d'administration ou d'acteurs spécialisés du champ bioéthique. Il est d'autant plus à même de les dénoncer qu'il n'est pas soumis aux pressions qui s'exercent dans le champ bioéthique,

[229] Voy. la remarque formulée sur ce dernier point *supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 2.

notamment au départ des lobbies et de l'opinion publique, d'une façon aussi marquée que l'auteur de la norme[230].

C'est dans cette optique que le Conseil constitutionnel français est saisi, en 1994, d'une double délégation réalisée par l'article 8 de la loi 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. Les députés auteurs de la saisine soutiennent que cette disposition viole le principe de séparation des pouvoirs en reconnaissant à la « Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal » un pouvoir d'avis conforme concernant les études à finalité médicale susceptibles d'être entreprises sur l'embryon d'un couple consentant. Ils ajoutent que cette violation est d'autant plus marquée que le législateur a confié au pouvoir réglementaire le soin de régler la composition de la Commission.

Sans pour autant accueillir l'argument, le Conseil n'y fait pas la sourde oreille, attestant par là qu'il exerce bien son contrôle sur ce point. Il précise que « s'agissant des décisions individuelles relatives à des études à finalité médicale, l'exigence de l'avis conforme d'une commission administrative, dont les règles générales de composition sont définies par l'article L. 184-3 nouveau du code de la santé publique et qui doit notamment s'assurer qu'il n'est pas porté atteinte à l'embryon, pouvait être prévue par le législateur sans qu'il méconnaisse par là sa propre compétence »[231]. Autrement dit, la loi fixe dans les grandes lignes la composition de la Commission. Elle lui reconnaît un pouvoir d'avis conforme uniquement lorsqu'elle est amenée à statuer au cas par cas de telle façon qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir réglementaire[232]. Et ceci suffit pour considérer que le législateur assume le rôle qui lui incombe en la matière. Une position qui soulève les critiques de certains, estimant que la loi aurait dû veiller à préciser davantage la composition de la Commission pour éviter que celle-ci soit dominée par les professionnels de la santé[233].

Du point de vue des délégations abusives, donc, les normes constitutionnelles structurantes bénéficient, à travers l'intervention du juge constitutionnel, d'un pouvoir de contrainte qui doit contribuer à assurer leur application même dans le domaine délicat de la biomédecine. À cet égard, il n'est plus question d'effacement de la Constitution. Pour autant, bien évidemment, que le juge soit effectivement saisi des normes procédant à de telles délégations. Or, dès lors qu'il ne peut agir d'office, il est possible qu'il ne soit pas amené à en connaître. C'est la situation qui s'est présentée en ce qui concerne la loi belge du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail. Plusieurs facteurs peuvent expliquer ce genre de situations. Au rang de ceux-ci figure notamment le fait que les délégations abusives peuvent passer inaperçues aux yeux des requérants potentiels, en particulier lorsqu'elles sont inavouées.

La saisine du juge constitutionnel demeure néanmoins une hypothèse réaliste, qu'elle intervienne à l'occasion d'un litige concret suscité par l'application des normes en cause ou sur recours abstrait introduit avant ou peu après leur promulgation. Sachant qu'en pareil cas,

---

[230] S'ajoute à ceci le fait que, même si le contrôle de constitutionnalité doit aboutir, en pareil cas comme en tout autre, à une sanction seulement négative des autorités de gouvernement, cette sanction ne devrait pas demeurer lettre morte. Les autorités devraient en effet être plus promptes à y donner suite que dans l'hypothèse où elles ne se sont pas saisies une première fois des questions bioéthiques concernées (*supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 2, a): il est plus aisé de corriger une norme que de s'astreindre au lourd travail qu'impose son élaboration *ab nihilo*.

[231] Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC.

[232] F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation », *Rev. dr. publ.*, 1994, pp. 1656-1657.

[233] B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », note sous Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC, *Rec. Dalloz*, 1995, chron., p. 208.

même si les requérants ne soulevaient pas l'argument tenant aux délégations abusives, le juge constitutionnel pourrait le faire d'office – dans les systèmes qui l'autorisent à procéder de la sorte – : exercé à ce type de recherche, il est à même de déceler semblables délégations même lorsqu'elles demeurent implicites.

En ce qui concerne les *influences abusives*, à présent, le pouvoir de contrainte des normes constitutionnelles structurantes paraît demeurer nettement plus faible. L'*effacement* de ces normes est à nouveau à l'ordre du jour. Le juge constitutionnel semble en effet bien démuni dès lors qu'il s'agit de sanctionner de telles influences dans le chef du législateur.

L'essentiel à cet égard, on l'a rappelé, est que les autorités appelées à formuler des choix initiaux le fassent de manière libre et non en se croyant liées par les convictions que se forgent les milieux représentatifs d'intérêts particuliers. Mais un tel critère peut s'avérer malaisé à mettre en œuvre dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Comment démontrer de manière convaincante que les autorités de gouvernement n'ont pas exercé pleinement leur libre arbitre ? Comment mettre en évidence la part exacte des influences extérieures sur les choix inscrits par ces autorités dans les normes qu'elles adoptent ? Il y a là un obstacle difficile à surmonter. Plus encore lorsque les intervenants concernés – autorités de gouvernement ou acteurs spécialisés tels qu'un comité d'éthique national – prétendent ne pas céder à la pratique des influences abusives[234].

Ces quelques indications en témoignent : la capacité qu'ont les normes constitutionnelles structurantes d'amener les autorités de gouvernement à donner l'ampleur voulue à leur intervention appelle un bilan mitigé. À défaut d'expressivité de ces normes, une telle capacité repose sur leur seul pouvoir de contrainte. Pouvoir qui n'apparaît réel qu'en ce qui concerne les délégations abusives, dans les systèmes qui organisent le contrôle de constitutionnalité des lois et moyennant la mise en mouvement effective du juge constitutionnel. Les normes structurantes font donc figure de *balises peu marquées* du point de vue des exigences qu'elles posent quant aux influences et aux délégations que peuvent tolérer les autorités de gouvernement.

Il est vrai qu'en entérinant sans autre forme de procès les choix formulés par des intervenants tels que les professionnels de la santé ou un comité d'éthique, ou en leur confiant le soin de formuler l'essentiel de ces choix, les règles adoptées par les autorités de gouvernement pourraient aussi avoir pour effet de méconnaître les normes directrices de la Constitution. Ceci parce qu'en l'absence de jalons sûrs posés par la loi et par le règlement, l'action de ces acteurs ne peut être tenue pour un parfait reflet de celles-ci[235].

Or, comme on l'a relevé en son temps, les normes directrices bénéficient en biomédecine d'une *visibilité* plus grande que les normes structurantes. Pour la simple raison qu'elles concernent l'homme, foyer des pratiques biomédicales[236]. Ne peuvent-elles dès lors encourager les autorités de gouvernement à agir pleinement au regard des questions biomédicales dont elles se saisissent ? Ne peuvent-elles exhorter celles-ci à assumer avec application le rôle que leur attribue la Constitution, de façon à ce que les impératifs qu'elles énoncent, exigences essentielles du bien public, soient *de facto* pris en compte dans le

[234] Voy. les observations formulées sur ce dernier point par D. THOUVENIN, *op. cit.*, p. 151, quant aux attitudes respectives du Comité consultatif national d'éthique français et de ce que l'auteur appelle le « pouvoir politique ».
[235] *Supra*, Chapitre premier, Section 1, § 2, B.
[236] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, §2, A, 1.

domaine biomédical ? Bref, ne sont-elles pas en mesure d'inciter au respect des normes structurantes de la Constitution davantage que ces normes structurantes elles-mêmes ?

Ici non plus, la question ne saurait recevoir une réponse franchement positive. Car quand bien même les normes directrices de la Constitution seraient mises en œuvre à la perfection par les autorités de gouvernement, leur impact sur ces dernières demeurerait partiel. Il faut rappeler que pareilles normes témoignent d'un *engagement limité* dans le domaine de la biomédecine. Elles n'y fournissent qu'un cadre de réponse. De sorte qu'un choix s'impose entre plusieurs solutions compatibles avec la Constitution, choix sur lequel cette dernière demeure silencieuse pour l'essentiel : c'est aux autorités de gouvernement qu'il revient de déterminer la solution compatible qui, au regard de la question dont elles se saisissent, est en mesure d'assurer la pleine et entière réalisation du bien public.

Dès lors que les normes directrices de la Constitution réservent aux autorités de gouvernement une marge d'appréciation sur laquelle elles n'ont pas prise, elles ne peuvent assurer que celles-ci agiront à tous points de vue en rejetant la tentation des influences ou des délégations abusives. Certes, le cadre qu'elles définissent devrait amener les autorités à refuser toute influence ou délégation qui aboutirait à consacrer des solutions clairement incompatibles avec les exigences du bien public dont elles sont la manifestation. À cet égard, les normes directrices peuvent servir d'*appoint bienvenu* aux normes structurantes et aux contrôles qui s'y attachent. Mais les normes directrices ne sont pas en mesure d'éradiquer toute pratique déviante. Car sur chacun des points où la responsabilité de déterminer ce qu'exige la réalisation du bien public repose sur les épaules des autorités de gouvernement, le risque des influences ou délégations abusives demeure. L'adoption par ces autorités de solutions orientées ou susceptibles d'être orientées par des intérêts particuliers reste envisageable, à l'encontre des normes structurantes de la Constitution. *L'appoint s'avère donc limité*. Les balises demeurent peu marquées.

De surcroît, il faut ajouter que le schéma qui précède fait figure de schéma idéal. Comme on l'a déjà laissé entendre, l'interprétation des normes constitutionnelles directrices – leur *lisibilité* – ne va pas sans soulever d'importantes difficultés dans le domaine biomédical, difficultés que l'on évoque dans la section suivante[237]. En outre, comme on le verra dans la foulée[238], l'action développée par le juge constitutionnel au départ de ces normes présente quelques particularités qui l'amènent à ne pas corriger le tir en toutes circonstances. *De facto*, l'apport des normes constitutionnelles directrices à une approche respectueuse des exigences constitutionnelles structurantes a donc des chances de s'avérer plus ténu que dans l'hypothèse ici envisagée.

Faible expressivité. Contrôles limités par divers facteurs. Bref, formulation de balises peu marquées : la Constitution tend à demeurer en retrait dès lors qu'il s'agit d'encourager les autorités de gouvernement à agir pleinement au regard des questions bioéthiques dont elles se saisissent. Son *pouvoir de persuasion*, assuré *a priori* par la légitimité des modèles qu'elle énonce, n'est pas complet. De même, le *pouvoir de contrainte* dont elle peut être créditée – *a priori* toujours – du seul fait qu'elle est assortie de contrôles de constitutionnalité ne s'avère pas optimal. L'un et l'autre n'atteignent pas le niveau requis pour répondre comme il se doit au faisceau d'obstacles majeurs qui caractérisent le champ biomédical et qui incitent les autorités de gouvernement à faire droit aux influences et aux délégations abusives.

[237] *Infra*, Section 2, § 1er, A.
[238] *Infra*, Section 2, § 2, A.

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

En somme, *la Constitution n'a pas l'autorité suffisante pour assurer en toutes circonstances l'empreinte de ses normes structurantes sur l'approche bioéthique*. Elle ne se donne pas tous les moyens requis pour garantir la concrétisation du modèle constitutionnel de l'approche bioéthique, dont la légitimité contribue pourtant à assurer son autorité sur le papier.

B. L'inadéquation des normes internationales

De quelque nature qu'elles soient, les normes internationales méritent de retenir l'attention quant à la question de savoir si elles sont en mesure, plus que les normes constitutionnelles, d'inciter les autorités de gouvernement à observer les exigences relatives à l'ampleur de leur intervention. De ce point de vue, toutefois, la conclusion s'impose d'emblée. Les normes internationales ne semblent *guère appropriées* à la réalisation d'un tel objectif. Elles ne sont guère en mesure d'aider les normes structurantes de la Constitution à marquer l'approche bioéthique de leur empreinte. Au contraire.

Rares sont les normes internationales qui présentent un contenu structurant susceptible d'éclairer ou de renforcer le message constitutionnel concernant les principales facettes des questions biomédicales organisationnelles. Les quelques normes pertinentes sur le plan organisationnel concernent plutôt des questions ponctuelles, telles que celles relatives à l'instauration de comités d'éthique[239].

Quant aux normes internationales pertinentes au regard des questions biomédicales de fond, elles conservent dans le contexte évoqué les faiblesses que l'on a exposées pour éclairer leur potentiel d'impulsion dans le secteur biomédical[240]. Celles de ces normes qui s'avèrent spécifiques à la matière présentent la plupart du temps un caractère politique, de telle façon qu'elles ne sont pas contraignantes. Les indications qu'elles comportent, dont le nécessaire respect pourrait inciter les autorités de gouvernement à ne pas confier à d'autres acteurs le soin de régler l'essentiel des questions qu'elles appréhendent, risquent donc de demeurer sans effet dans le chef de ces autorités. De leur côté, les normes internationales entourées de contrôles doués d'une certaine efficacité, comme la Convention européenne des droits de l'homme, se caractérisent bien souvent par leur généralité. À l'instar de la Constitution, elles ne dessinent donc qu'un cadre à l'intérieur duquel des influences ou des délégations abusives restent possibles.

Seules les normes unilatérales comme celles qui figurent dans des directives européennes combinent à la fois le caractère spécifique et le caractère contraignant qui pourraient conduire les autorités à ne pas tolérer de pratiques déviantes susceptibles de nuire au respect de leurs dispositions. Mais ces normes, on l'a relevé, demeurent particulièrement ponctuelles.

Un élément supplémentaire entre par ailleurs en ligne de compte, en ce qui concerne les normes internationales spécifiques au domaine biomédical. Il n'est pas exclu, en effet, que l'auteur de celles-ci cède lui-même à la tentation des influences ou délégations abusives. En témoigne par exemple la décision du Parlement européen et du Conseil instaurant le sixième programme-cadre de la Communauté européenne : cette disposition range la Déclaration

---

[239] Voy. à cet égard la Dir. (C.E.) n° 2001/20 du Parlement européen et du Conseil, du 4 avr. 2001, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain: l'art. 6 de ce texte impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires à la mise en place et au fonctionnement des comités d'éthique dont il définit le mode d'intervention, ceci en vue de la mise en œuvre des essais cliniques.

[240] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, B.

d'Helsinki de l'Association médicale mondiale parmi les « conventions internationales pertinentes »[241]. Elle l'élève au rang des traités conclus entre États.

Lorsqu'une telle perspective l'emporte, le risque existe de voir les normes internationales encourager les autorités de gouvernement à s'inscrire en faux contre les normes structurantes de la Constitution. Tantôt en les amenant à consacrer des solutions inspirées d'influences critiquables aux yeux de cette dernière. Tantôt en les conduisant à consentir des délégations qui ne sont pas compatibles avec ses exigences. Ce n'est pas là une pure projection de l'esprit : les renvois à la Déclaration d'Helsinki qui ont été évoqués pour illustrer la pratique des délégations abusives sont le fait de normes nationales qui transposent des directives européennes[242]. En pareil cas de figure, ce n'est plus l'incitation à agir valablement qui retient l'attention du point de vue des normes internationales. C'est la faculté de résistance des autorités de gouvernement face à des injonctions qui s'avèrent incompatibles avec la Constitution. Est-il possible de faire prévaloir les normes structurantes de celle-ci sur les dispositions d'une norme internationale qui seraient le fruit d'une influence abusive ou qui imposeraient une délégation abusive ?

L'interrogation renvoie à la problématique générale des rapports entre la Constitution et le droit international. Problématique dont l'étendue et la complexité ne permettent pas, au sein de la présente étude, de lui accorder toute l'attention qu'elle mérite. On s'en tient en l'occurrence à quelques constats de principe.

De manière générale, il apparaît que les normes structurantes de la Constitution doivent l'emporter sur les éventuelles normes internationales politiques qui inciteraient les autorités de gouvernement à tolérer des influences ou délégations abusives. Ceci en raison du caractère non contraignant qu'affichent les secondes.

Des difficultés tendent par contre à se présenter lorsque les incitations de ce type sont le fait d'une convention internationale qui, par hypothèse, oblige l'État qui l'a conclue. Une alternative s'impose alors : soit violer la Constitution, soit méconnaître une obligation contractée sur le plan international. Ce type de dilemme se résout sans trop de difficulté dans les États où les normes conventions internationales se voient reconnaître une valeur égale ou inférieure à celle de la loi, à telle enseigne qu'elles y bénéficient d'un faible impact. L'obligation de respecter les normes structurantes de la Constitution tend à l'emporter, quand bien même elle doit avoir pour effet d'engager la responsabilité de l'État sur le plan international. Une même solution ne s'impose pas d'évidence, par contre, dans les ordres juridiques où les normes conventionnelles bénéficient, à certaines conditions, d'une valeur supérieure à celle de la loi.

---

[241] Déc. (C.E.) n° 1513/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, relative au sixième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions de recherche, de développement technologique et de démonstration contribuant à la réalisation de l'espace européen de la recherche et à l'innovation (2002-2006), Annexe I, « Introduction et grands axes ».

[242] Dir. (C.E.E.) n° 90/385 du Conseil, du 20 juin 1990, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux dispositifs médicaux implantables actifs (A.R. du 15 juill. 1997 relatif aux dispositifs médicaux implantables actifs) ; Dir. (C.E.E.) n° 93/42 du Conseil, du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux (A.R. du 18 mars 1999 relatif aux dispositifs médicaux) ; Dir. (C.E.E.) n° 91/507 de la Commission, du 19 juill. 1991, modifiant l'annexe de la directive 75/318/CEE du Conseil relative au rapprochement des législations des États membres concernant les normes et protocoles analytiques, toxico-pharmacologiques et cliniques en matière d'essais des médicaments (A.R. du 16 sept. 1985 concernant les normes et protocoles applicables en matière d'essais de médicaments à usage humain). Voy également Dir. (C.E.E.) n° 2001/83 du Parlement européen et du Conseil, du 6 nov. 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, qui renvoie à la « version en vigueur de la déclaration d'Helsinki » (Annexe I, Quatrième partie).

En théorie, la primauté des normes constitutionnelles structurantes doit demeurer la règle. Ceci en raison du principe que rappelle la Cour d'arbitrage de Belgique : « le constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes [...] de la Constitution, ne peut être censé autoriser ce législateur à le faire indirectement par le biais de l'assentiment donné à un traité international »[243]. Dans la logique de la Constitution, les autorités constituées ne peuvent s'affranchir des obligations que celle-ci leur impose en concluant des conventions internationales dont elles tireraient une habilitation à adopter des normes inconstitutionnelles[244]. Une logique qui devrait d'ailleurs les conduire à refuser d'engager l'État au regard de dispositions conventionnelles qui leur paraîtraient incompatibles avec les normes constitutionnelles structurantes. Donc, à formuler les réserves voulues pour assurer le respect de celles-ci, quitte à renoncer à la signature, à la ratification et à l'éventuelle introduction en droit interne de la convention qui ne tolérerait pas ce genre de pratiques.

Force est toutefois de reconnaître que cette perspective n'est pas toujours à l'ordre du jour. Très concrètement, les contradictions entre Constitution et convention peuvent avoir échappé à la vigilance des autorités constituées habilitées à engager l'État. Un cran plus loin, elles peuvent avoir été délibérément ignorées. Et dans l'un et l'autre cas, certains peuvent prôner la primauté des normes conventionnelles sur les normes constitutionnelles, arguant que « c'est une conception dépassée de l'État, de la souveraineté et de la Constitution qui est le fondement du raisonnement refusant la reconnaissance de règles supérieures à la Constitution » [245]. Ceci sur la base d'arguments tels que la nature et l'effectivité du droit international[246].

Il reste qu'une telle position concerne généralement les normes conventionnelles susceptibles de faire l'objet d'une application directe en droit interne, au sens traditionnel que reçoit cette expression en droit international. En clair, les normes qui énoncent des droits auxquels les particuliers peuvent directement faire appel devant les juridictions nationales, sans que s'impose leur exécution préalable par les autorités[247]. Elle se rapporte donc en priorité aux conflits qui se dessinent entre les normes constitutionnelles directrices et des normes conventionnelles correspondantes. Elle peut ne pas s'affirmer avec la même vigueur face aux conflits ici envisagés, qui mettent en jeu des normes constitutionnelles structurantes.

La confusion s'accroît du point de vue des normes internationales unilatérales adoptées par des organisations internationales conformément aux traités qui les ont établies. Autrement dit, et pour l'essentiel, lorsqu'un conflit se dessine entre la Constitution et des normes de droit européen dérivé semblables aux directives européennes. La solution de pareil conflit est loin de faire l'objet d'une position unanime et bien arrêtée.

Ainsi, des divergences de vue se dessinent à son sujet entre les juridictions nationales, notamment constitutionnelles, et la Cour de justice des Communautés européennes, dont la jurisprudence consacre la primauté des règles de droit communautaire sur les règles de droit

---

[243] C. arb. bel., 3 févr. 1994, n° 12/94 (B.4.). Voy. également C. arb. bel., 16 oct. 1991, n° 26/91.

[244] M. MELCHIOR et L. DE GRÈVE, op. cit., p. 228. Voy. également, dans le prolongement de la jurisprudence de la C. arb. bel, P. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Cahiers de droit européen*, 1995, pp. 14-15 ; Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », note sous C. arb. bel., 16 oct. 1991, n° 26/91, *J.T.*, 1992, pp. 674-675 ; M. UYTTENDAELE, *Précis...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

[245] J.-V. LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 26.

[246] Arguments invoqués par exemple, en Belgique, par J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.*, 1992, pp. 759-760.

[247] *Supra*, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 1.

interne, y compris les règles constitutionnelles[248]. Des positions différentes se dessinent également au sein même des ordres juridiques nationaux. En témoignent par exemple, en France, les positions respectives du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel concernant le contrôle de constitutionnalité des normes européennes dérivées[249].

On peut ajouter que les solutions retenues par les uns et par les autres ne s'avèrent pas toujours claires dès l'instant où elles sont mises en rapport avec la problématique des délégations abusives. On en tient pour preuve l'importante décision rendue le 10 juin 2004 par le Conseil constitutionnel français, suivant laquelle « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »[250]. Disposition qui s'avère propre à la Constitution française, précise le Conseil le 29 juillet 2004[251]. De tels éléments de réponse ne vont pas sans poser question dans le contexte qui retient ici l'attention. Il n'est pas absolument évident, en effet, que l'obligation qui serait faite au législateur français de transposer une directive lui imposant de procéder à une délégation abusive pourrait être considérée comme la violation d'une disposition expresse de la Constitution française qui lui est spécifique[252].

SECTION 2. L'EMPREINTE DES NORMES DIRECTRICES

L'analyse se concentre à présent sur les hypothèses – les plus nombreuses – où les autorités investies de la fonction de gouvernement ont pris l'initiative de régler un ensemble plus ou moins vaste de questions biomédicales *de fond*. En théorie, elles ne sont pas dépourvues de repères pour ce faire. La Constitution est censée les orienter à l'aide de ses normes directrices, qui posent le cadre de leurs réflexions.

---

[248] C.J.C.E., arrêt du 15 juill. 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, affaire C-6/64 ; C.J.C.E., arrêt du 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, affaire C-106/77. Voy. aussi l'art. I-6 du Traité établissant une constitution pour l'Europe indique que « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États-membres ».

[249] Avis du Conseil d'État (fr.), du 26 sept. 2002, portant sur la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relatif au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États-membres, et Cons. const. fr., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC. Pour une analyse comparée des deux positions, voy. O. DUPÉRÉE, « Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. Lectures croisées par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel », *Rev. fr. dr. const.*, 2005, p. 147.

[250] Cons. const. fr., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC. Le Conseil poursuit en précisant qu' « en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'art. 6 du Traité sur l'Union européenne ». Voy. dans le même sens Cons. const. fr., 1er juill. 2004, n° 2004-497 DC.

[251] Cons. const. fr., 29 juill. 2004, n° 2004-498 DC. Voy. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Note sous Cons. const. fr., 29 juill. 2004, n° 2004-498-DC, *Cahiers Cons. const.*, 2004, n° 17, *www.conseil-constitutionnel.fr*, p. 5.

[252] La présente étude ne saurait bien évidemment consacrer à cette question les développements qu'elle requiert. On se contente de renvoyer aux précisions qu'apportent sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel l'abondante doctrine que cette jurisprudence a suscitée. Voy. par exemple D. CHAMUSSY, « Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 219-222 ; J. D'ASPREMONT LYNDEN et J. DE BEYS, « La primauté du droit européen dans le contentieux objectif de la légalité », *J.T. dr. eur.*, 2004, p. 200 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. À propos de la décision n° 2004-496 du 10 juin 2004 », *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, p. 651 ; X. MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel: entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire. Commentaire du volet communautaire des décisions du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 1004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, et n° 2004-497 DC du 1er juill. 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle », *Europe. Actualité du droit communautaire*, août-septembre 2004, pp. 6-12 ; B. MATHIEU, « Un an de jurisprudence constitutionnelle: bilan, perspectives et questions », *Rec. Dalloz*, 2005, pp. 922-923 ; V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO, « Droit constitutionnel jurisprudentiel: panorama 2004 », *Rec. Dalloz*, 2005, pp. 1126-1127 ; D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004 », *Rev. dr. publ.*, 2005, pp. 272-276 ; H. OBERDORFF, « Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire: coopération et contrôle (À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 du 10 juin 2004 relatif à la loi pour la confiance dans l'économique numérique) », *Rev. dr. publ.*, 2004, pp. 869-874.

À première vue, ce schéma théorique ne semble pas soulever de difficultés. Comme on l'a rappelé, les normes directrices de la Constitution se différencient de ses normes structurantes par leur plus grande *visibilité*. Une visibilité liée à leur objet : elles protègent maintes facettes de l'homme, qu'elles envisagent ainsi dans chacune de ses dimensions affectées par la biomédecine quand bien même elles ne traitent pas spécifiquement de cette dernière. Une visibilité renforcée par l'attention marquée dont font l'objet, à l'heure actuelle, les normes protectrices de l'être humain, sous l'étiquette générique de « droits fondamentaux ». Confrontées à un ensemble de questions de fond, les autorités de gouvernement devraient donc naturellement être amenée à se rapporter à la Constitution pour les résoudre à la lumière de leurs exigences.

Mais c'est précisément à ce stade que le bât blesse. La mise en œuvre des normes constitutionnelles directrices révèle que la signification de celles-ci apparaît bien souvent *confuse* dans le domaine biomédical (§ 1er). Quant aux appuis dont les autorités de gouvernement peuvent disposer pour décoder ces normes, s'ils ne sont pas inexistants, ils se révèlent néanmoins *imparfaits* à plusieurs points de vue (§ 2).

§ 1ER. LA SIGNIFICATION CONFUSE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES DIRECTRICES

Le cadre dessiné par les normes directrices de la Constitution tend à *s'estomper* dès lors qu'il est confronté aux questions bioéthiques (A). Un tel estompement ne va pas sans engendrer un certain nombre de *risques* lorsque ces normes sont mises en œuvre par les autorités investies de la fonction de gouvernement (B).

A. L'estompement du cadre constitutionnel

Dans le domaine biomédical, le *contenu* de la protection définie par les normes constitutionnelles directrices s'avère malaisé à cerner en bien des cas (1). En outre, l'identification du *bénéficiaire* de cette protection pose parfois problème (2).

1. Les difficultés relatives au contenu de la protection

De nombreuses garanties relevant du fond commun des Constitutions contemporaines ont été analysées en leur temps pour mettre en relief la pertinence des normes constitutionnelles directrices dans le secteur de la biomédecine[253]. À cette occasion, on a signalé maints exemples de situations biomédicales dans lesquelles de telles garanties ont été invoquées ou seraient susceptibles de l'être compte tenu de leur teneur générale. Mais le fait qu'une garantie s'avère pertinente au regard d'une question biomédicale donnée n'implique pas qu'elle le soit aussi au regard d'une autre. De plus, son contenu doit être précisé au regard de cette question : les exigences qu'elle emporte dans le contexte propre à celle-ci doivent être dégagées de son libellé non spécifique. Bref, et comme on l'a relevé également[254], toute garantie constitutionnelle requiert une interprétation, tant pour évaluer sa pertinence réelle au regard de la question abordée que pour déterminer, le cas échéant, le contour exact des contraintes qu'elle impose à l'approche de celle-ci. C'est cette démarche d'interprétation, traditionnelle en droit constitutionnel, qui fait souvent difficulté en matière bioéthique.

---

[253] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2.
[254] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, B.

Certes, il n'en va pas ainsi pour chaque garantie constitutionnelle au regard de l'ensemble des questions vis-à-vis desquelles elle semble *a priori* pertinente. La signification de certaines normes constitutionnelles directrices ne pose guère de problèmes, du moins pas davantage qu'en d'autres matières, lorsqu'elles sont mises en rapport avec certaines problématiques du champ biomédical. Le message qu'elles délivrent demeure relativement clair.

Ainsi en va-t-il par exemple du droit à l'intégrité physique et du droit à la libre disposition du corps en tant qu'ils sont invoqués dans le contexte des interventions médicales forcées[255]. D'un côté, il est clair que ces deux garanties s'avèrent pertinentes en ce domaine, et qu'elles ont pour effet d'ériger en principe l'interdiction de pareilles interventions. Car ces dernières portent atteinte au corps dont le droit à l'intégrité physique consacre l'intangibilité. Ceci contre la volonté de l'individu doué de discernement, c'est-à-dire en faisant fi du pouvoir qu'il est habilité à exercer sur l'enveloppe corporelle qu'il habite. D'un autre côté, il va de soi que ces prérogatives ne peuvent être tenues pour absolues. Elles tolèrent des exceptions imposées par des intérêts supérieurs. Le Tribunal fédéral suisse, notamment, a déjà eu l'occasion de préciser que « le législateur peut autoriser une intervention médicale sur le corps humain, contre le gré du patient, dans des cas exceptionnels où un intérêt public clairement établi l'impose de manière absolue. Tel est le cas de mesures destinées à prévenir la diffusion d'épidémies, par un dépistage, une vaccination ou un traitement d'urgence »[256]. C'est là une optique très généralement admise dans les ordres juridiques contemporains.

Mais il est d'autres situations biomédicales, au regard desquelles la signification des normes directrices de la Constitution s'avère plus problématique. Ceci en raison de leur formulation générale. À cet égard, il est évident que l'on ne saurait faire œuvre exhaustive en reprenant l'ensemble des garanties constitutionnelles dont on a constaté la pertinence dans le secteur biomédical pour indiquer les difficultés précises que soulève leur interprétation dans toutes les situations où elles peuvent être invoquées. On se contente ici d'évoquer deux exemples révélateurs.

Le premier exemple se rapporte à la composante corporelle par excellence de l'individu, celle qui constitue son bien primordial. En clair, son existence, sa vie, protégée par le *droit à la vie*[257]. De manière traditionnelle, celui-ci est entendu comme le droit à la vie physique, sans plus. Comme le droit de ne pas se voir ôter la vie. C'est ce que rappelle la Cour de cassation de Belgique – en rapport avec l'article 2 de la CEDH, il est vrai – : « il y a lieu d'interpréter la notion de 'vie' dans son sens usuel de 'n'être pas mort' »[258]. Il apparaît néanmoins que la biomédecine favorise le déploiement d'autres significations de la garantie, en particulier dans les contextes qui se rapportent aux deux extrêmes de l'existence humaine.

Ainsi, les techniques biomédicales permettent aujourd'hui de maintenir en vie des patients dont les fonctions vitales – respiratoire, cardiaque, rénale – sont pourtant gravement atteintes. De même, elles sont capables de prolonger l'existence de patients atteints de lourdes affections, certes incurables mais vis-à-vis desquelles les traitements mis au point présentent une efficacité accrue. Bref, les avancées de la biomédecine rendent possible en de nombreux cas un allongement de la vie. Mais bien souvent au prix d'une nette diminution de sa qualité, compte tenu de l'ampleur des moyens mis en œuvre pour la préserver.

---

[255] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 1, d.
[256] Trib. féd. suisse, 26 oct. 1988, *X. c. Grand conseil du Canton de Genève*.
[257] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 1, a.
[258] Cass., 5 févr. 1985. Voy. dans le même sens Cass., 22 déc. 1992.

Ce contexte encourage le développement d'une lecture particulière du droit à la vie : celle qui y décèle le droit à un certain niveau de vie, à une vie qui vaut la peine d'être vécue. En clair, le *droit à une vie de qualité*[259]. Or, une telle interprétation de la garantie ne s'harmonise pas parfaitement avec celle, traditionnelle, qui y voit un droit de ne pas être mort. Car la seconde est censée encourager en toutes circonstances la prolongation de la durée de vie, c'est-à-dire le recours à tous les moyens disponibles pour maintenir celle-ci, là où la première suppose au contraire de ne pas mettre en œuvre ceux de ces moyens qui exigeraient des sacrifices trop importants en termes de confort d'existence. Dans les situations évoquées, la signification du droit à la vie perd donc de sa netteté. Elle peut notamment apparaître confuse aux yeux des autorités de gouvernement qui chercheraient à encadrer les pratiques biomédicales telles qu'elles se déploient à la fin de la vie du patient.

Ce n'est pas tout. Si les moyens de la biomédecine peuvent aujourd'hui aboutir à prolonger la vie, ils permettent aussi, plus généralement, d'affiner toujours davantage le diagnostic et le pronostic que les professionnels de la santé sont à même de poser au sujet de l'affection dont souffre le patient. Plus que jamais, ils peuvent laisser entrevoir à celui-ci en quoi consistera l'existence qu'il lui reste à vivre. Ils peuvent l'amener à prendre conscience que sa vie ne correspondra plus à la conception qu'il se fait d'une vie de qualité. Tantôt parce qu'il sera contraint de subir les lourds traitements seuls capables de la prolonger. Tantôt, ou parfois en même temps, parce qu'il sera exposé à des souffrances qui lui paraissent insurmontables.

De telles situations favorisent l'invocation d'une autre lecture du droit à la vie : celle qui consiste à l'interpréter comme le droit de ne plus vivre, comme le droit de mettre fin à sa vie, bref, comme un *droit à la mort*[260]. Qu'il s'agisse d'un droit de se donner la mort, c'est-à-dire d'un droit au suicide, ou d'un droit d'obtenir la mort, c'est-à-dire d'un droit à l'euthanasie ou à l'aide au suicide. Cette lecture s'inscrit dans le prolongement de celle qui fait du droit à la vie un droit à la qualité de la vie, tout en en constituant un développement. Elle introduit en effet au cœur de la garantie un élément d'autonomie, qui en fait comme un droit à disposer de son corps entendu dans le sens le plus radical qui soit. Conçu dans cette optique subjective, le droit à la vie fait figure de droit à l'autodétermination : il doit permettre à son titulaire de renoncer à une vie dont il considère qu'elle ne sera plus d'une qualité suffisante pour être vécue. C'est dans cette optique que s'inscrit la section de législation du Conseil d'État de Belgique lorsqu'elle affirme, dans l'avis qu'elle rend au sujet de la problématique de l'euthanasie, que la demande d'une personne visant à obtenir qu'il soit mis fin à ses jours « ne signifie pas qu'elle renonce au droit de protection de sa vie. Il semble au contraire que cette personne 'exerce' elle-même ce droit en fixant les limites de la protection qu'elle souhaite personnellement »[261].

À nouveau, une telle interprétation du droit à la vie ne se concilie pas avec la lecture traditionnelle dont celui-ci fait l'objet. Le droit à la mort se situe même aux antipodes du droit à la vie conçu comme le droit de ne pas se voir ôter la vie. La signification de la garantie apparaît ici singulièrement brouillée. En témoigne par exemple l'arrêt *Rodriguez* de la Cour

---

[259] J. HAUSER, « Personnes et droits de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, p. 483 ; M. HÉBERT, *op. cit.*, p. 499 ; B. MATHIEU, « La vie… », *op. cit.*, p. 1046.

[260] F. ABU DALU, « Diane Pretty ou le juge, la vie et les étoiles », note sous C. eur. D.H., 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1400-1401 ; P. BON, « L'Espagne », *op. cit.*, pp. 87-88 ; S. GUILLEMARD et M. SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 111 ; J. HAUSER, *op. cit.*, pp. 483-484 ; M. HÉBERT, *op. cit.*, p. 499 ; C. LUSSIER, *op. cit.*, p. 387 ; B. MATHIEU, « La vie… », *op. cit.*, pp. 1044-1045.

[261] Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 20 juin 2001, sur une proposition de loi relative à l'euthanasie et sur une proposition de loi relative aux soins palliatifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/21, point 7.

suprême du Canada[262]. D'un côté, les Juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major, formant la majorité, laissent entendre qu'« en tant que membres d'une société fondée sur le respect de la valeur intrinsèque de la vie humaine et sur la dignité inhérente de tout être humain, [ils ne peuvent] insérer dans la Constitution, qui consacre [les] valeurs les plus fondamentales, le droit de mettre fin à sa propre vie dans toutes circonstances ». D'un autre côté, et au départ des mêmes dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés, le Juge Cory affirme que « la mort fait partie intégrante de la vie », de telle sorte que « le droit de mourir avec dignité devrait être aussi bien protégé que n'importe quel autre aspect du droit à la vie »[263].

À l'autre extrême de la vie, la biomédecine développe un faisceau de techniques qui lui permettent de poser des diagnostics prénataux de plus en plus précis. Elle est à même de déceler *in utero* une série d'affections et de malformations qui, jusqu'il y a peu encore, ne pouvaient être constatées qu'à la naissance de l'enfant au plus tôt. Tantôt elle dispose des moyens requis pour remédier à ces anomalies sur le fœtus lui-même. Tantôt elle n'a d'autres alternatives à proposer que la poursuite de la grossesse ou l'avortement : les techniques de diagnostic, dans ces hypothèses, ont connu des progrès plus rapides que les techniques curatives. À l'heure actuelle, les grossesses sont donc appelées à se dérouler dans un environnement ultramédicalisé. Environnement qui tend à développer le sentiment trompeur d'une relative sécurité : la biomédecine dispose des moyens qui doivent permettre d'éviter la naissance d'un enfant malformé, quitte à ce qu'il faille recourir pour ce faire à la pratique radicale de l'avortement.

Cette évolution peut se traduire elle aussi par une lecture nouvelle du droit à la vie, qui conduit à l'interpréter comme le droit de ne pas vivre, le *droit de ne pas être né*. Ainsi conçue, la garantie concerne les situations où les techniques biomédicales ont échoué à mettre en évidence une malformation du fœtus, de telle sorte qu'il n'a pas été recouru soit aux thérapies disponibles, soit à l'avortement. Dans ce cas, le droit à la vie est invoqué au bénéfice de l'enfant lui-même. Il revient à considérer que celui-ci n'aurait pas dû voir le jour et qu'il doit donc être indemnisé pour le préjudice qu'il a subi du fait d'être né. Telle est la logique qui sous-tend par exemple l'arrêt *Perruche* de la Cour de cassation française, déjà évoqué[264]. Elle s'inscrit en faux contre la lecture traditionnelle du droit à la vie, du moins si l'on considère, comme le Juge Walsh de la Cour suprême d'Irlande, qu'il « implique nécessairement le droit de naître »[265]. Autrement dit, un droit d'accéder à la vie. Un droit à ce que la vie puisse se développer dans quelque circonstance que ce soit[266]. Une fois encore, il y a là de quoi brouiller la signification du droit à la vie lorsqu'il s'agit de le mettre en œuvre dans le domaine biomédical.

---

[262] C. supr. can., *Rodriguez C. Colombie-Britannique* (1993).

[263] On notera par contre que la C. eur. des droits de l'homme a quant à elle rejeté la lecture subjective du droit à la vie à l'unanimité des juges appelés à se prononcer sur ce point dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*: la Cour « n'est pas persuadée que le 'droit à la vie' garanti par l'article 2 puisse s'interpréter comme comportant un aspect négatif ». Selon elle, cette disposition « n'a aucun rapport avec les questions concernant la qualité de la vie ou ce qu'une personne choisit de faire de sa vie ». Elle considère donc « qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique » (C. eur. D.H., 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, §§ 39-40).

[264] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 1er, B. Voy. B. MATHIEU, « La vie… », *op. cit.*, pp. 1042-1044.

[265] C. supr. irl., *G. c. An Bord Uchtala* (1980), Juge Walsh (traduit par C. eur. D.H., 29 oct. 1992, § 34). À noter que l'arrêt est antérieur à l'amendement constitutionnel qui a introduit le droit à la vie de l'enfant « à naître » dans l'art. 40, § 3, 3° de la Constitution (*infra*, Troisième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er). Voy. également Trib. const. port., 19 mars 1984, n° 24/84 et 29 mai 1985, n° 85/85: « La vie humaine n'est vraiment défendue que si l'État prend des mesures visant à la garantir dans son aspect le plus radical et primaire, c'est-à-dire le droit à naître » (traduit par J. MIRANDA, *op. cit.*, p. 197).

[266] M. HÉBERT, *op. cit.*, p. 499 ; J.-J. ISRAEL, *op. cit.*, p. 38.

Un deuxième exemple peut être mis en lumière. Il renvoie à une autre garantie cardinale relative à la dimension corporelle de l'homme : le *droit à la protection de la santé*. Ce droit, on l'a noté, peut être compris comme visant à garantir le bon état physiologique du corps[267]. Mais sa signification plus précise ne va pas sans poser question compte tenu des évolutions qui caractérisent le secteur biomédical.

D'un côté, les progrès de la biomédecine ouvrent la voie à des interventions qui n'ont plus pour objet de soigner la maladie à proprement parler, visant plutôt à répondre aux désirs de l'homme quant à son physique et à ses performances[268]. L'évolution reçoit un écho sur le plan conceptuel. Elle incite à *étendre* la notion de santé en la rapprochant de celle de « bien-être ». La conception sous-tend la définition reprise, en 1946 déjà, par le Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé adoptée par la Conférence internationale sur la santé (New-York, 19-22 juin 1946) : « la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Certes, elle n'est pas exempte de critiques dès l'instant où elle paraît entériner la recherche d'un corps parfait soumis aux souhaits de celui qui l'habite[269]. Mais elle gagne aujourd'hui du terrain. D'autres textes, notamment, la reprennent à leur compte, tels que la Charte d'Ottawa pour la promotion de la santé adoptée par la première Conférence internationale pour la promotion de la santé (Ottawa, 17-21 nov. 1986).

D'un autre côté, les progrès de la biomédecine ont pour effet paradoxal d'accroître le nombre de maladies contre lesquelles l'homme doit lutter. Ils permettent la mise en évidence de maladies cachées ou en devenir. L'allongement de l'espérance de vie qu'ils assurent favorise le développement d'affections lourdes qui n'avaient pas l'occasion de se manifester auparavant. Ils incitent à intervenir pour remédier à des troubles organiques ou fonctionnels qui, jadis, n'étaient pas qualifiés de maladie[270]. De telles mutations ne vont pas elles non plus sans se répercuter sur la notion de santé. D'une certaine manière, elles invitent à *restreindre* l'étendue du concept, à ne plus le définir comme l'absence de maladie. Ainsi envisagée, en effet, la santé ne recouvre plus l'état statistiquement normal[271]. De sorte que d'autres conceptions voient le jour, plus réalistes, qui ne l'opposent plus de manière radicale à la maladie[272]. Elles reviennent à considérer que des malades peuvent être « en état de santé thérapeutique parce qu'ils se soignent et tant qu'ils se soignent »[273]. Il en est même pour affirmer que l'on peut considérer la santé « simplement comme la capacité fonctionnelle des individus », étant entendu qu'elle existe alors « tant qu'elle n'oblitère pas l'existence »[274].

Les deux évolutions, on le constate, empruntent des directions opposées. Il semble bien que la notion de santé, qui s'est toujours révélée rebelle à toute définition[275], le soit aujourd'hui plus que jamais. Cette incertitude conceptuelle se répercute bien évidemment sur le droit à la protection de la santé. Au point que sa pertinence même pose question dans certains secteurs du champ biomédical. Ainsi, ce droit doit-il être intégré au rang des garanties

---

[267] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 1, b.
[268] *Supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, B.
[269] G. DURAND, *Introduction générale..., p. cit.*, p. 394 ; D. FOLSCHEID et J.-J. WUNENBURGER, « La finalité de l'action médicale », *in* D. FOLSCHEID *et al., Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris, P.U.F., 1997, p. 146.
[270] *Supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, B.
[271] H. PÉQUIGNOT, v° *santé*, *in Encyclopedia Universalis*, éd. 1985, p. 438.
[272] P. VERSPIEREN, « Vie, santé, mort », *in* B. LAURET et F. REFOULÉ (dir.), *Initiation à la pratique de la théologie*, t. IV, *Éthique*, Paris, Cerf, 1983, p. 366.
[273] H. PÉQUIGNOT, *op. cit.*, p. 437. Voy. aussi P. VERSPIEREN, *op. cit.*, p. 366.
[274] D. FOLSCHEID et J.-J. WUNENBURGER, *op. cit.* p. 143.
[275] *Ibid.*, p. 143 ; P. VERSPIEREN, *op. cit.*, p. 367.

pertinentes en matière d'assistance médicale à la procréation ? Peut-il être invoqué au profit de tout qui prétend vouloir bénéficier des techniques de PMA, quels que soient son âge et sa situation familiale ? En clair, l'infertilité peut-elle être considérée comme un problème de santé qui exige la mobilisation de l'ensemble des moyens thérapeutiques disponibles pour y remédier ? De la même manière, le droit à la protection de la santé peut-il être invoqué pour bénéficier des techniques de chirurgie esthétique, en ce compris celles qui comportent un risque pour l'individu qui les subit ? Autrement dit, y a-t-il un droit à la protection de la santé qui permette de mettre sa santé en danger pour des motifs de convenance ? Faut-il au contraire privilégier une interprétation beaucoup plus stricte de la garantie, qui consiste à y déceler un simple droit à « la poursuite du processus vital »[276] ? Autant de questions qui ne peuvent recevoir une réponse bien arrêtée.

Les exemples pourraient être multipliés à l'infini. À chaque fois, c'est une même logique qui sous-tend les difficultés d'interprétation mises en lumière. Une logique que l'on a déjà évoquée en son temps au regard de l'ensemble du champ bioéthique[277]. La biomédecine a pour caractéristique de toucher l'homme jusqu'au plus profond de lui-même. Dans son corps comme dans sa personnalité. Elle engage de ce fait les certitudes et les croyances les plus intimes de chaque individu. Celles qui lui sont les plus personnelles[278]. Avec pour conséquence de radicaliser les positions : elle avive les conflits de valeurs caractéristiques de nos sociétés contemporaines. Des conflits renforcés encore par le fait que les connaissances et techniques biomédicales multiplient les situations limites qui relativisent les distinctions conceptuelles traditionnelles censées permettre à l'esprit humain d'appréhender la réalité.

Comme on l'a noté, ces facteurs favorisent, aux côtés d'autres, la propension à l'immobilisme et au pointillisme des autorités de gouvernement, qui peuvent manquer de la persévérance nécessaire pour mener à bien les longs débats que requiert l'appréhension de la matière[279]. Ils contribuent aussi à expliquer la tentation qui les guettent de tolérer influences et délégations abusives[280]. En l'occurrence, il apparaît qu'ils affectent la perception des garanties constitutionnelles pertinentes dans le domaine biomédical. Car s'il est vrai que les normes directrices de la Constitution ont pour caractéristique d'énoncer les valeurs partagées par les membres de la société politique concernée[281], il est tout aussi exact qu'elles le font bien souvent en recourant aux concepts traditionnels qui prétendent organiser la réalité depuis des siècles – vie, mort, liberté, sécurité, personnalité, famille,... Plus globalement, elles ne précisent pas la portée qu'elles entendent revêtir dans le domaine de la biomédecine : par hypothèse, elles conservent une formulation générale qui leur permet de s'appliquer en toutes matières. Elles s'avèrent donc particulièrement vulnérables aux conflits de valeurs qui se développent au cœur du champ bioéthique. Plutôt que d'aider à surmonter ces conflits en fournissant une base commune à l'approche des questions biomédicales, elles se trouvent elles-mêmes placées au centre du questionnement qu'ils soulèvent.

Certes, rares sont les secteurs où les valeurs inscrites dans les normes directrices de la Constitution sont perçues d'une manière parfaitement univoque. Des sensibilités différentes

[276] B. MATHIEU, « La protection du droit à la santé... », *op. cit.*, p. 3. Sur ces questions, voy. *Ibid.*, p. 3 ; M. HÉBERT, *op. cit.*, pp. 511-512 et 516.
[277] *Supra* Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B, 1.
[278] Sur un tout autre plan, on a vu que c'est cette même particularité de la biomédecine qui amène à reconnaître la pertinence en la matière des garanties constitutionnelles visant à protéger les convictions de l'homme: de telles garanties peuvent être invoquées au cœur de la relation de soins, dans le cadre d'une mise en œuvre concrète des connaissances, techniques et pratiques biomédicales (*supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 2, c).
[279] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 1er, A et B.
[280] *Supra*, Section 1, § 1er, A et B.
[281] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 2.

se manifestent bien souvent à leur sujet, ouvrant le débat quant à l'interprétation qu'elles doivent recevoir au moment d'être mises en œuvre dans des contextes particuliers. Mais on le répète : le domaine biomédical tend à se présenter comme le lieu de discussions particulièrement âpres. Précisément parce que la biomédecine exerce une profonde emprise sur l'homme tout en multipliant les situations limites qui brouillent les classifications traditionnelles. Ce sont tout à la fois la densité et le nombre élevé des interrogations relatives au contenu des exigences constitutionnelles qui caractérisent la matière.

Le phénomène se manifeste avec une visibilité particulière au niveau d'une garantie comme le *principe de dignité*, principe cardinal à travers lequel la Constitution manifeste son souci de prendre en compte la dimension essentielle de l'homme – celle qui résume toutes les autres. La dignité, on l'a noté, implique de traiter l'être humain comme un sujet plutôt que comme un objet[282]. Mais cette exigence primordiale reçoit des significations très diverses dans le domaine biomédical. Les perceptions différentes dont elle fait l'objet au sein des sociétés contemporaines s'affirment avec une netteté toute particulière au cœur du champ bioéthique. Au point que le principe de dignité y est qualifié de principe « joker »[283] ou « fourre-tout »[284].

Ainsi, certains y présentent la dignité comme un attribut intrinsèque de l'homme, à ce point inhérent à sa nature humaine qu'il ne peut pas en disposer[285]. Pour eux, elle est « une dimension transcendante ou spirituelle qui déborde [...] les capacités physiques et psychologiques de chacun »[286], fondée sur « les aptitudes potentielles incluses au départ même dans l'existence humaine »[287]. De nature objective[288], le principe justifie le « respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain » mais aussi le « respect [que cette personne] se doit à elle-même »[289]. D'autres estiment au contraire que la dignité incarne un pouvoir d'autodétermination de l'individu[290]. Dans cette conception, le principe trouve sa source « d'abord dans l'autonomie dont est capable la personne », comprise « comme la capacité dont dispose chaque être humain d'élaborer et de choisir les valeurs selon lesquelles il désire régler sa vie »[291]. D'autres encore font de la dignité le fruit d'un échange de respect et d'estime entre les personnes[292] : ils trouvent son fondement « dans le besoin et le devoir de solidarité qui lient entre eux les membres de toute société »[293].

---

[282] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 4.
[283] E. BENDA, « Table ronde », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, p. 202.
[284] X. PHILIPPE, intervention dans la discussion, *in* B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.*, p. 553. Voy. également M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, pp. 77-78.
[285] X. DIJON, *Droit naturel*, t. I, *Les questions du droit*, P.U.F., 1998, p. 157 ; S MARCUS-HELMONS, « La quatrième génération des droits de l'homme », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 553-554 ; S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, pp. 169-170 ; IDEM, « Les soins de santé à l'aune de la dignité humaine », *in Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 273 et 279-280.
[286] Comité consultatif de bioéthique de Belgique, avis n° 14, du 10 déc. 2001, relatif aux « règles éthiques face aux personnes atteintes de démence », p. 16
[287] Cour const. all., 25 févr. 1975 (traduit dans *La protection constitutionnelle..., op. cit.*).
[288] R. ARNOLD, *op. cit.*, p. 440.
[289] C. supr. can., *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'hôpital Saint-Ferdinand* (1996).
[290] L. HUPPÉ, *op. cit.*, pp. 725-727 ; F. PANTALEON, « Técnicas de reproducción asistida y Constitución », *Revista del Centro de estudios constitucionales*, 1993, n° 15, p. 135, évoqué par P. BON, « L'Espagne », *op. cit.*, p. 84 ; L.E. PETTITI, « Table ronde », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, p. 211.
[291] Comité consultatif de bioéthique de Belgique, avis n° 14, du 10 déc. 2001, relatif aux « règles éthiques face aux personnes atteintes de démence », p. 15. Voy. également Comité consultatif de bioéthique de Belgique, avis n° 2, du 27 juill. 1997, concernant la Convention du Conseil de l'Europe sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine, p. 2 ; C. supr. can., *R. c. Morgentaler* (1988), Juge Wilson.
[292] L.E. PETTITI, « Table ronde », *op. cit.*, p. 211.
[293] Comité consultatif de bioéthique de Belgique, avis n° 14, du 10 déc. 2001, relatif aux « règles éthiques face aux personnes atteintes de démence », p. 16.

De telles conceptions ne manquent pas de s'affronter au sujet des questions biomédicales les plus délicates, quand bien même elles prennent appui sur une disposition constitutionnelle identique. Le débat qui s'est développé en Belgique au sujet de l'euthanasie en constitue une illustration. Les libéraux flamands estiment ainsi que « conformément au principe posé à l'article 23 de la Constitution, qui dispose que chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine », il faut permettre au patient en phase terminale « de choisir en toute sérénité de mettre fin à sa vie [lorsqu'il] estime lui-même désormais impossible de mener une vie conforme à la dignité humaine et qu'il en a clairement manifesté la volonté »[294]. Au contraire, les sociaux-chrétiens flamands défendent l'idée que « tout doit être mis en œuvre pour assurer le respect de la dignité humaine devant la mort, en partant du principe que [ceci] implique le respect absolu de la vie humaine [dont la valeur] ne relève pas du jugement qu'en fait l'individu »[295].

2. *Les difficultés relatives aux bénéficiaires de la protection*

En matière bioéthique, les difficultés qui se dessinent quant au contenu des garanties constitutionnelles se doublent dans certains cas d'incertitudes relatives aux bénéficiaires de la protection assurée par celles-ci. Incertitudes qui trouvent leur origine dans les mêmes facteurs que ces difficultés. Deux types de questions se posent ici.

Une première série de questions se rapportent à l'homme envisagé dans sa *singularité*. Elles tiennent à ce que la biomédecine présente la particularité de saisir l'individu jusque dans les stades les plus extrêmes de son existence. Les exemples évoqués au point précédent le rappellent : l'homme n'échappe à l'emprise biomédicale ni dans les toutes premières étapes de sa vie, ni dans celles qui marquent la fin de celle-ci. Les connaissances, techniques, pratiques biomédicales mettent l'embryon en cause dès les premiers stades de son développement, permettant même de le créer *in vitro*. D'un autre côté, elles permettent d'assurer presque indéfiniment le fonctionnement des organes vitaux d'une personne réduite à l'état végétatif.

Dans ce contexte, des hésitations voient le jour sur le point de savoir si la protection inhérente aux normes constitutionnelles directrices doit être étendue à l'être humain envisagé dans les situations particulières que l'on évoque. On retrouve là un ensemble d'interrogations qui figurent parmi les plus connues du champ biomédical[296] : quel est le statut de l'embryon ? Peut-il être considéré comme un être humain, comme une personne humaine – les deux expressions n'ayant pas nécessairement la même portée ? Par conséquent, est-il protégé par des garanties telles que le droit à la vie, le droit à la protection de la santé, le droit à l'intégrité physique, le principe de dignité énoncé par la Constitution ? De la même manière, une personne plongée dans un état végétatif permanent, c'est-à-dire dénuée à tout jamais de conscience, peut-elle être qualifiée de personne humaine jouissant de la protection assurée par la Constitution ?

---

[294] Proposition de loi relative à l'euthanasie, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-105/1, p. 3 ; Proposition de loi relative à l'euthanasie, Développements, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1999-2000, n° 0196/001, pp. 4-5.

[295] Proposition de loi visant à protéger les droits et la dignité de l'homme à l'approche de la mort, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-160/1, pp. 1 et 3.

[296] L. FAVOREU, « Les juges constitutionnels... », *op. cit.*, p. 78 ; G. GUILLAUME, « Article 2 », *in* L.-E.PETTITI, E. DECAUX et IMBERT, P.-H., *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 147 ; M. HÉBERT, *op. cit.*, p. 508 ; B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, p. 52 ; F. MODERNE, « L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées: Rapport de synthèse », *A.I.J.C.*, 1986, p. 226.

Nul n'ignore que les positions qui trouvent à s'exprimer sur ces questions délicates sont loin de faire l'unanimité au sein des sociétés contemporaines. Le Comité consultatif de bioéthique de Belgique, par exemple, a dégagé quatre types de conceptions du statut de l'embryon : le point de vue « intentionnaliste » ou « externaliste », qui estime que sa qualité dépend de l'intention qu'ont des individus existants d'en faire ou non une personne ; les points de vue « fixistes », qui définissent avec précision le moment où le statut de personne peut lui être attribué, que ce moment corresponde à celui de la conception ou à une étape ultérieure de son évolution ; le point de vue qui fait de l'embryon une « personne potentielle », inspiré notamment de la position du Comité consultatif national d'éthique français ; le point de vue « gradualiste », enfin, qui attribue à l'embryon une valeur variable d'après son degré de développement[297]. Certes, ces positions concernent le statut éthique et non juridique de l'être en début de vie. Elle laisse néanmoins entrevoir la diversité des conceptions qui peuvent se dessiner quant à la définition du titulaire de la protection assurée par la Constitution. Du moins en dehors des cas où le constituant aurait évoqué la problématique au cours de ses travaux[298].

Une deuxième série de questions se rapportent à l'homme appréhendé dans sa *pluralité*. Il faut garder à l'esprit, en effet, que la biomédecine est en mesure, ou le sera sous peu, d'affecter très directement la substance même de la collectivité humaine[299]. Notamment à travers des manipulations génétiques telles que les thérapies géniques germinales déjà évoquées, qui consistent à intervenir sur les gènes des cellules reproductrices d'un individu, donc, à modifier ceux de sa descendance. Ainsi, l'humanité, l'espèce humaine, les générations futures sont mises en cause par les moyens de la biomédecine d'une manière plus immédiate que dans le contexte d'autres activités humaines.

On peut dès lors se demander si de telles entités jouissent de la protection que la Constitution assure à l'homme. Bénéficient-elles de garanties telles que le droit à l'intégrité physique ou le droit à la protection de la santé ? Certes, le point de vue adopté par le constituant est celui de l'individu. C'est l'être humain individuel qu'il cherche à protéger. C'est à travers lui qu'il entend préserver et développer diverses facettes de la personne humaine. Mais à défaut d'indication expresse, cette lecture classique de la Constitution ne peut-elle être enrichie d'une lecture « collectiviste » des garanties qu'elle énonce ?

---

[297] Comité consultatif de bioéthique de Belgique, avis n° 18, du 16 sept. 2002, relatif à la recherche sur l'embryon humain *in vitro*.

[298] Les travaux préparatoires de certaines Constitutions récentes donnent ainsi des indications quant à la question de savoir si l'enfant avant la naissance doit être considéré comme le titulaire de telle garantie qu'elles consacrent. Ainsi, en énonçant que la Nation « garantit à tous, et notamment à l'enfant [...] la protection de la santé [...] », l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution française d'octobre 1946 renonce à consacrer une protection de l'enfant dès la conception, contrairement au projet de Préambule d'avril 1946 (L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 332). En Allemagne, les travaux préparatoires de la L. fond. allemande montrent que le constituant a entendu étendre la protection assurée par l'art. 2, § 2, première phrase – suivant lequel « chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique » – à l'enfant à naître (M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne: les principaux événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1975 », *Rev. dr. publ.*, 1977, p. 346). Enfin, l'expression « tous ont droit à la vie », qui figure à l'art. 15 de la Constitution espagnole, a été choisie dans l'optique d'englober l'embryon (P. BON, « L'Espagne », *op. cit.*, pp. 74-75 ; L. FAVOREU, « Les juges constitutionnels... », *op. cit.*, p. 78, note 11 ; B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1027 ; F. MODERNE, « L'interruption volontaire de grossesse... », *op. cit.*, p. 228). Il reste que de telles indications peuvent demeurer imprécises. On notera par ailleurs qu'aucune indication n'est jamais fournie concernant la personne en fin de vie.

[299] Conv. eur. sur les droits de l'homme et la biomédecine, Rap. explicatif, § 14 ; F. CLAUDOT, *op. cit.*, p. 10 ; B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.* , p. 540.

Certains auteurs s'engagent dans cette voie. Ils érigent l'humanité en nouveau sujet de droit bénéficiaire d'une protection propre[300]. D'autres contestent cette analyse, estimant que l'humanité se présente seulement comme un objet de droit[301]. Cette controverse pourrait bien s'intensifier à l'avenir. Notamment au moment où les thérapies géniques seront devenues une pratique maîtrisée et susceptible d'une mise en œuvre courante. Nul doute qu'elle contribue alors à accroître les difficultés qui se dessinent en rapport avec l'interprétation des garanties constitutionnelles.

Ces quelques indications le confirment : qu'elles soient envisagées sous l'angle du contenu de la protection qu'elles assurent ou sous l'angle des bénéficiaires de celle-ci, les normes directrices de la Constitution ne définissent pas des bornes claires dans le domaine biomédical. Au contraire : elles tendent à y revêtir un caractère imprécis. Elles peuvent faire l'objet de lectures différentes, sinon opposées, dont la coexistence entretient une indéniable confusion quant à leur signification : elles sont caractérisées par une forme de « plasticité »[302] qui témoigne d'une « certaine inadaptation eu égard aux données spécifiques du problème »[303].

Le caractère général des normes constitutionnelles directrices implique donc non seulement que celles-ci ne formulent pas de solutions précises au sujet des questions biomédicales de fond, se contentant d'établir un cadre de réponse qui témoigne d'un engagement limité de leur part en la matière, mais encore que ce cadre lui-même demeure difficile à percevoir. Celui-ci se profile comme un cadre flou, vague, flottant. Il tend à *s'estomper*. En somme, les normes directrices de la Constitution offrent une *faible lisibilité* au regard des questions de fond.

On en déduit qu'une fois encore, le *pouvoir de persuasion* de la Constitution est loin d'être maximal dans le domaine biomédical. Envisagée de ce point de vue, *l'autorité des normes constitutionnelles directrices ne s'avère pas suffisante pour assurer leur empreinte sur l'approche bioéthique*. Le modèle de l'homme qu'elles dessinent, dont la légitimité tend pourtant à établir cette autorité *a priori*[304], est affecté d'incertitudes qui rendent malaisé son maniement face à bon nombre de questions biomédicales.

Ces constats ne sont pas dénués de répercussions concrètes. Ils attestent que, dans les faits, l'éventail des réponses dont la compatibilité avec les normes directrices de la Constitution peut être défendue au regard d'une question bioéthique donnée s'avère bien plus large que ne le laisse entendre l'analyse *a priori*[305]. Cet éventail ne recouvre pas les solutions qui reviennent à concilier de diverses manières, en fonction des priorités que requiert la réalisation du bien public, des garanties constitutionnelles dont la signification au regard de la question abordée apparaît assez clairement à l'interprète. Il englobe l'ensemble des solutions

---

[300] B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *in* M.-L. PAVIA et T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999, p. 29 ; M. OLIVA, « Constitution et génome… », *op. cit.* , p. 554.

[301] B. MATHIEU, « La difficile appréhension... », *op. cit.*, p. 7 ; IDEM, « Bioéthique: un juge constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1031 ; IDEM, , « L'insuffisance... », *op. cit.*, p. 241 ; IDEM, « Constitution et génome… », *op. cit.* , pp. 542 et 549 ; IDEM, *Génome humain et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 2000, pp. 92-93 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 464.

[302] B. MATHIEU, « La place des normes... », *op. cit.*, p. 73.

[303] F. MODERNE, « L'interruption volontaire de grossesse... », *op. cit.*, p. 222. Voy. F. CLAUDOT, *op. cit.*, p. 2 ; L. FAVOREU, « Rapport introductif », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, p. 19 ; L. HAMON, Note sous Cons. const. fr., 15 janv. 1975, n° 75-54 DC, *Rec. Dalloz*, 1975, juris., p. 532 ; B. MATHIEU, « La difficile appréhension... », *op. cit.*, p. 5 ; B. MATHIEU, « La place des normes... », *op. cit.*, p. 76 ; J. ROBERT, *op. cit.*, p. 195

[304] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 2.

[305] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, B.

conciliatrices qui vont de pair avec chacune des interprétations très différentes dont les normes en cause peuvent faire l'objet. Ce qui signifie que la mise en œuvre de celles-ci passe par la formulation d'un nombre accru de choix d'importance, notamment dans le chef des autorités de gouvernement : elle impose d'opter pour l'une des nombreuses interprétations possibles avant de s'interroger sur la manière de concilier les garanties pertinentes en vue d'assurer une réalisation optimale du bien public.

B. Les risques inhérents à l'estompement du cadre constitutionnel

L'effacement du cadre dessiné par les normes directrices de la Constitution, dans le secteur biomédical, n'est pas anodin. Le faible pouvoir de persuasion dont ces normes peuvent faire état expose l'appréhension de la matière à divers types de risques, à tout le moins dans le chef des autorités investies de la fonction de gouvernement.

Tout d'abord, il est clair qu'en accroissant de beaucoup l'ampleur des choix à formuler par ces autorités, l'estompement du cadre constitutionnel élargit le domaine où celles-ci sont amenées à développer une appréciation propre sans pouvoir bénéficier d'un support constitutionnel sûr. Comme on l'a déjà suggéré[306], il multiplie dès lors les occasions où, démunies parce que dépourvues de points de repère, elles peuvent être tentées de ne pas assumer pleinement le rôle qui est le leur. De s'écarter des exigences posées par les normes constitutionnelles structurantes – peu expressives – en cédant à la tentation des influences et délégations abusives. Avec pour résultat de consacrer ou de cautionner des solutions qui, démesurément influencées par des intérêts particuliers, ne rencontrent l'impératif de réalisation du bien public que de manière imparfaite.

Pour le reste, il apparaît que, même là où les autorités de gouvernement mettent un point d'honneur à assumer pleinement leur rôle, conformément aux normes structurantes de la Constitution, l'estompement du cadre constitutionnel peut les encourager à adopter des attitudes contestables. C'est l'*inversion de perspective* constitutionnelle (1). C'est aussi le développement d'une *approche dite pragmatique* (2). Deux attitudes qui témoignent que les autorités se coupent des valeurs fondamentales partagées par les membres de la société politique, capables de les orienter dans le sens de la réalisation d'un certain bien public, pour laisser libre cours à une forme plus ou moins prononcée d'arbitraire. Ce qu'*a priori*, les normes constitutionnelles directrices paraissaient précisément en mesure d'éviter, du moins par comparaison avec un droit naturel aux contours vaporeux[307].

1. L'inversion de perspective

Dès l'instant où l'action des autorités de gouvernement ne se voit pas enserrée dans des limites qui, à défaut d'être étroites, peuvent néanmoins faire office de garde-fous, un changement radical de perspective risque de s'opérer du point de vue constitutionnel. Plutôt que de s'efforcer de proposer une lecture du cadre constitutionnel tendant à refléter le consensus social fondamental censé inspirer la mise en œuvre de la Constitution[308], de façon à en déduire une réponse à la question bioéthique appréhendée, les autorités de gouvernement peuvent être tentées d'orienter leur intervention à la lumière de considérations étrangères à toute exigence constitutionnelle. Sachant que, dans le souci de sauver les apparences, la solution adoptée sur la base de telles considérations recevrait *a posteriori* une justification

[306] *Supra*, Section 1, § 2, B.
[307] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 2, § 2.
[308] Sur une lecture de ce type telle qu'elle est pratiquée – ou non – par le juge constitutionnel, voy. *infra*, § 2, A, 2, a, 1 et 2.

constitutionnelle superficielle[309] : elle serait couverte par l'invocation approximative d'une des multiples interprétations dont les normes constitutionnelles directrices peuvent faire l'objet. Dans un tel schéma, la Constitution n'est plus utilisée comme un modèle. Elle fait figure d'*alibi*.

L'attitude peut paraître bien excessive pour trouver à se concrétiser. En particulier dans le chef d'autorités de gouvernement qui, comme c'est souvent le cas en matière bioéthique, prennent le visage d'assemblées démocratiquement élues. Mais, ainsi que le rappelle Rusen Ergec, « l'histoire enseigne que les assemblées législatives ne sont pas plus à l'abri des tentations tyranniques que les autres organes constitutionnels »[310]. De surcroît, le domaine de la biomédecine peut s'avérer favorable à ce genre de comportements, à deux titres au moins.

En premier lieu, on ne saurait perdre de vue que le secteur biomédical n'est pas à l'abri des *réactions instinctives*, dictées par un mouvement spontané d'adhésion ou de rejet davantage que par une réflexion conduite en profondeur – ces réactions quasi épidermiques que l'on évoquait pour illustrer la propension des autorités de gouvernement à agir de façon pointilliste[311]. Interpellées par une découverte ou par une pratique nouvelle, les autorités peuvent ainsi, sporadiquement, être tentées de céder à une impulsion irréfléchie qui les amène soit à l'autoriser sans nuance, soit à l'interdire en bloc. Le tout sous le couvert des normes directrices de la Constitution invoquées *a posteriori* pour justifier la solution retenue[312].

L'attitude est contestable du point de vue strictement constitutionnel. Elle risque aussi d'aboutir à la consécration juridique de *solutions inappropriées* à la matière bioéthique parce que contraires au bien public : dans certains cas, elle peut faire obstacle à des innovations susceptibles d'être profitables à tous à la condition d'être encadrées ; dans d'autres, elle peut ouvrir grand la porte à des pratiques nouvelles susceptibles de se révéler abusives à terme. Enfin, lorsqu'elles procèdent de la sorte, les autorités de gouvernement risquent de *faire œuvre désordonnée*. En cédant à leurs impulsions au regard de plusieurs questions biomédicales ponctuelles, elles peuvent donner à des questions distinctes mais liées des réponses difficiles à concilier, sinon incompatibles. De la même manière, elles peuvent donner à une question déterminée des réponses qui changent très vite du tout au tout. Dans ce cas, on est loin de la cohérence et de la constance attendues d'une prise en compte des normes directrices de la Constitution[313].

En second lieu, il ne faut pas négliger le fait que l'approche bioéthique prête en règle une oreille très attentive aux pratiques qui se déploient sur le terrain. S'inscrivant dans cette optique, les autorités de gouvernement peuvent être tentées d'*entériner ces pratiques*, sinon purement et simplement, du moins dans une large mesure. Ceci afin d'éviter que leur intervention soulève la vague de contestations qu'une réponse plus affirmée pourrait selon elles engendrer. Étant entendu qu'ici encore, la solution serait appelée à recevoir une justification *a posteriori* à la lumière de l'interprétation de la Constitution qui s'y avère le plus favorable.

---

[309] C. M. ROMEO CASABONA, v° *biodroit*, *op. cit.*, p. 115.
[310] R. ERGEC, *op. cit.*, p. 33.
[311] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 1er, B.
[312] Ceci confirme que la Constitution s'avère constituer un faible rempart à l'encontre des réactions instinctives ici évoquées: non seulement elles sont bien en peine d'encourager les autorités de gouvernement à ne pas faire œuvre pointilliste et à élargir le spectre de leur action lorsqu'elles se saisissent de la question en cause (*supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 1), mais elles ne sont guère en mesure de les empêcher d'adopter au regard de cette question la réaction spontanée qui motive leur intervention ponctuelle.
[313] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 2.

Une telle stratégie ne doit pas être classée au rang des hypothèses dénuées de vraisemblance. Elle peut trouver à se réaliser notamment dans les situations dites de « décalage législatif », caractérisées par le fait que des normes juridiques anciennes sont dénoncées en raison de leur inadaptation au contexte technoscientifique et social contemporain, de telle manière qu'elles ne sont plus appliquées et se trouvent contournées par des pratiques plus ou moins clandestines. Dans de telles situations, il est tentant pour les autorités de gouvernement d'ériger l'attitude qui prévaut sur le terrain en attitude standard consacrée par la loi[314]. C'est ainsi qu'en Belgique, par exemple, on a vu certains participants aux débats relatifs à l'euthanasie affirmer qu'il s'imposait d'encadrer les pratiques euthanasiques plutôt que de les proscrire au prétexte que, malgré l'interdiction existante, elles étaient déjà une réalité, tant au sein de l'hôpital qu'en dehors[315].

Cette fois encore, l'attitude appelle des critiques non seulement sur le plan constitutionnel, mais aussi du point de vue bioéthique. À première vue louable, en effet, le souci de s'adapter à la pratique de terrain repose sur des arguments qui ne s'avèrent pas pleinement convaincants : aussi interpellante soit-elle, l'inapplication d'une interdiction n'implique pas forcément que cette interdiction doit être levée. Elle peut au contraire attester le besoin d'un renforcement de celle-ci. Au-delà, il faut souligner que le mimétisme de la norme par rapport aux pratiques peut engendrer des conséquences dommageables – outre le fait qu'il est lui aussi susceptible d'aboutir à un *traitement incohérent* des questions biomédicales, tant il est vrai que la pratique peut être porteuse de contradictions.

Premièrement, l'attitude risque de conduire à ce que seule une *faible résistance* soit opposée aux abus potentiels de la biomédecine, à l'encontre des exigences du bien public.

Par définition, en effet, elle s'inscrit dans une logique qui peut être qualifiée de logique du « oui, mais » : les pratiques en cause sont admises, pour autant qu'elles soient accomplies dans le respect d'une série d'exigences procédurales visant à assurer qu'elles se réalisent seulement dans des conditions données[316]. Obligation d'obtenir le consentement éclairé de la personne sur qui l'intervention doit être pratiquée, obligation de requérir l'autorisation d'un magistrat de l'ordre judiciaire, obligation de s'adresser à une institution de soin agréée par l'autorité publique, obligation de consulter un ou plusieurs professionnels de la santé indépendant de celui pressenti pour pratiquer une intervention, ... Autant de garanties de procédure qui ont vocation à faire obstacle aux pratiques abusives mais non au principe même de l'intervention visée[317].

---

[314] B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.* , p. 549.

[315] L'argument est résumé par le Conseil des ministres devant la Cour d'arbitrage saisie de la loi issue de ces débats: « L'état du droit antérieur à la loi du 28 mai 2002 créait l'insécurité juridique, provoquait des euthanasies semi-clandestines, empêchait le contrôle social sur ces pratiques et rendait difficile la tenue d'un dialogue approfondi entre le patient et son médecin. Ce constat a amené le législateur à intervenir, au terme de très longs débats, tant au Sénat qu'à la Chambre » (C. arb. bel., 14 janv. 2004, n° 4/2004, A.3.1.).

[316] B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, pp. 56 et 64.

[317] On notera que l'affaiblissement de la résistance opposée aux abus éventuels de la biomédecine se manifeste également dans la nature des sanctions prévues en cas de non-respect des règles posées. En certaines circonstances, en effet, les sanctions pénales tendent à faire place à des sanctions de nature civile. « Il est alors sous-entendu que la réparation est équivalente au droit bafoué », c'est-à-dire « que l'indemnisation peut toujours représenter une juste contrepartie » (B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, p. 64). Or, « des actions pour dommages matériels et même moraux ne correspondent pas dans toutes les circonstances aux intérêts de la protection [...]. Ce n'est pas une question de vengeance qui fait penser à la protection pénale, mais plutôt la question de la prévention. C'est en général par le droit pénal que la société met en garde de la façon la plus explicite et stricte les membres de la société et qu'elle souligne les valeurs à protéger principalement » (C. eur. D.H., 8 juill. 2004, *Vo c. France*, opinion dissidente du Juge Ress, § 1er).

Le recours à ce type de logique est tout sauf exceptionnel dans le domaine biomédical. Elle marque par exemple la loi belge du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie. Celle-ci admet notamment qu'il soit mis fin à la vie d'un patient majeur et capable qui formule en dehors de toute pression extérieure, lorsqu'il est encore conscient, une demande réfléchie et répétée en ce sens (art. 3, § 1er, al. 1er). La loi exige que cette demande soit éclairée : le médecin doit fournir au patient des informations adéquates sur son état de santé (art. 3, § 2, 1°). Elle impose également sa consignation par écrit (art. 3, § 4). Elle requiert par ailleurs que le patient, qui se trouve dans une situation médicale sans issue, souffre d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable (art. 3, § 1er, al. 1er), ce caractère étant apprécié non seulement par le médecin à qui l'euthanasie est demandée mais aussi par un médecin indépendant (art. 3, § 2, 3°). Le premier médecin doit en outre s'entretenir de la requête du patient avec l'équipe soignante en contact régulier avec lui (art. 3, § 2, 4° et art. 4, § 2, al. 2, 2°)[318].

Un texte comme la loi espagnole n° 3/1989 du 21 juin 1989 portant dépénalisation de la stérilisation des malades mentaux va plus loin encore dans la logique de la protection procédurale. Il déclare non punissable la stérilisation d'un incapable souffrant d'une grave déficience psychique non en cas de consentement de l'intéressé lui-même, qui n'est pas en mesure de le donner, mais lorsqu'un tel consentement est donné par son représentant légal, qui se substitue à lui pour le formuler. Étant entendu qu'un ensemble d'autres conditions doivent être respectées, qui doivent certifier que l'incapable n'est pas en mesure de comprendre ce qui a trait à sa sexualité : sa déficience doit être attestée par les rapports de deux spécialistes ; elle doit être vérifiée par un juge au travers de ces rapports mais aussi à titre personnel ; le ministère public doit être entendu[319].

Les approches de ce genre peuvent être justifiées. Elles ne sont pas par elles-mêmes synonymes d'une protection minime contraire aux exigences du bien public. Elles risquent néanmoins de le devenir lorsqu'elles sont mises en œuvre sans discernement, sans autre objectif que de faire droit aux pratiques de terrain. Dans certains contextes, en effet, il n'est pas exclu que les exigences procédurales imposées dégénèrent peu à peu en rites vidés de leur sens, pratiqués à titre formel pour éviter les sanctions imposées par la loi. Avec pour conséquence que les conditions dont ils doivent attester l'existence ne sont pas pleinement remplies dans toutes les circonstances où l'intervention est pratiquée. Par ailleurs, l'exigence du consentement de l'individu appelé à faire l'objet de cette intervention, qui figure parmi les conditions procédurales les plus répandues, peut s'avérer perverse en certaines circonstances.

Certains y verront la trace d'une protection accrue de l'homme, dès lors qu'elle est censée lui assurer la pleine et entière disposition de sa personne. Telle était notamment l'un des arguments avancés en Belgique en faveur de la dépénalisation de l'euthanasie.

Il n'est pas certain, toutefois, que le consentement puisse toujours suffire à écarter les abus. Car même entouré de multiples précautions visant à attester sa réalité et sa persistance, il peut être le résultat d'un faisceau de facteurs tenant à la situation douloureuse dans laquelle est plongée l'intéressé, bien souvent miné par la souffrance. Il peut être dicté par des éléments factuels qui pèsent lourdement sur la décision de celui-ci, au risque de la fausser. En somme, au regard de certaines pratiques, l'exigence du consentement risque de n'être rien d'autre qu'un leurre. N'est-ce pas ce genre de considérations qui président par exemple à

[318] Des conditions de même nature mais plus strictes sont imposées dans les cas où le médecin à qui l'euthanasie est demandée est d'avis que le décès n'interviendra manifestement pas à brève échéance (art. 3, § 3). Voy. aussi les situations où un patient, inconscient, a consigné sa demande dans une déclaration anticipée (art. 4).

[319] Voy. sur cette loi les explications de P. BON, « L'Espagne », *op. cit.*, p. 88-89.

l'élaboration de règles impératives visant à protéger le travailleur dans sa relation avec l'employeur ? Si une telle logique est en mesure de l'emporter dans le cadre de la réglementation des relations de travail, il est paradoxal qu'elle ne soit pas prise en compte dans certaines situations biomédicales qui peuvent engendrer des atteintes à la personne plus grandes, sinon irréversibles.

Quant au consentement substitué tel qu'il est pratiqué par la loi espagnole portant dépénalisation de la stérilisation des malades mentaux, il ne va pas sans interpeller lui non plus. Ainsi un juge dissident a-t-il estimé, à l'encontre de l'opinion majoritaire du Tribunal constitutionnel saisi de cette loi[320], que le droit à l'intégrité physique mis en cause par une telle pratique présente un caractère indisponible : il n'est pas envisageable d'y renoncer, de telle sorte que le consentement éclairé de l'intéressé lui-même ne tolère aucun substitut. Pour leur part, d'autres juges minoritaires ont considéré que des garanties plus consistantes auraient dû être instaurées, telles que la condition de l'irréversibilité de la maladie mentale et l'exigence du recours à une technique de stérilisation qui ne rende pas cette dernière irréversible[321].

Deuxièmement, le souci des autorités de gouvernement d'épouser jusqu'à un certain point les pratiques de terrain risque de les entraîner dans la dynamique d'un *affaiblissement progressif* des conditions posées à l'exercice de ces pratiques.

Tout comme l'attitude pointilliste qui amène ces autorités à concentrer leur action sur les seules questions bioéthiques qui font l'actualité, la stratégie témoigne en effet d'une forme de myopie juridique. En l'occurrence, lorsqu'elles tentent de coller étroitement aux faits, les autorités de gouvernement renoncent à toute perspective à long terme. Les normes qu'elles adoptent, loin de former ce « nouveau corps de doctrine juridique qui, comme toutes les lois bien faites, doit survivre aux circonstances qui les ont fait naître »[322], sont condamnées à une rapide péremption. À tout le moins lorsqu'elles interviennent au regard de questions biomédicales qui présentent une connotation technique marquée. De ce fait, elles risquent fort de ne pas pouvoir saisir les situations inédites ni répondre aux inquiétudes nouvelles qui ne manqueront pas de voir le jour rapidement.

Le phénomène n'est pas combattu. Au contraire, il reçoit même une forme de consécration. Plus d'un texte adopté par les autorités de gouvernement se donne un caractère provisoire : on voit se multiplier les clauses qui prévoient leur évaluation à intervalles réguliers. Dans le secteur biomédical, il y aurait ainsi comme « une sorte de principe de précaution à n'affirmer que des règles posées comme devant être changées »[323]. La loi française n° 94-654 du 29 juillet 1994 – l'une des trois « lois de bioéthique » adoptées en 1994 – était particulièrement révélatrice de cette tendance. Son article 21 stipulait en effet qu'elle était vouée à faire l'objet, « après évaluation de son application [...], d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur ». Une disposition similaire figure à l'article 40 de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, adoptée pour donner suite au souhait du législateur de 1994, quand bien même le retard enregistré par les travaux

[320] Trib. const. esp., 14 juill. 1994, n° 215/94.
[321] P. BON, « L'Espagne », *op. cit.*, pp. 89-90.
[322] G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 114.
[323] C. BYK, « La bioéthique: une expertise... », *op. cit.*, p. 55. Voy. notamment G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 114 ; C.M. ROMEO CASABONA, v° *biodroit*, *op. cit.*, p. 117.

parlementaires relatifs à cette dernière, entamés seulement en 2001 pour s'achever trois ans plus tard, a révélé combien il est difficile de se tenir à un échéancier de ce type[324] [325].

Affectées d'une telle précarité, les règles adoptées par les autorités de gouvernement prêtent le flanc à de fréquentes révisions. Elles se caractérisent par une sorte de volatilité qui n'est pas dénuée d'impact. Il y a des chances, en effet, que le phénomène enclenché à l'origine tende à se reproduire. Autrement dit, que les révisions opérées soient elles aussi guidées par le souci de ne pas faire obstacle aux avancées de la biomédecine. Les interventions successives des autorités de gouvernement risquent ainsi de se caractériser par un souci constant d'adaptation à la réalité scientifique, par une propension à se laisser porter par le flot des progrès scientifiques et des pratiques sociales qu'elles engendrent. Bref, par un recul périodique des garde-fous posés en vue de canaliser les avancées biomédicales.

On est loin de la constance attendue d'une mise en œuvre des normes directrices de la Constitution. Au contraire : un cercle vicieux s'instaure, qui traduit le phénomène dit « de la pente glissante ». Le droit biomédical emboîte le pas aux pratiques plutôt qu'il ne s'efforce de les orienter. Il n'est plus source de jalons et de balises ; il équivaut à une forme de blanc-seing législatif. Il risque ainsi d'être instrumentalisé aux fins d'asseoir une perspective utilitariste essentiellement motivée par des considérations économiques[326].

2. *L'approche pragmatique*

L'estompement du cadre constitutionnel ne favorise pas seulement une inversion de perspective tenant à ce que la Constitution soit utilisée comme un alibi appelé à couvrir des solutions adoptées par ailleurs. La signification confuse des normes constitutionnelles directrices et la difficulté des choix qu'elles imposent de ce fait peuvent inciter les autorités de gouvernement à renoncer à tout débat de nature constitutionnelle. L'idée étant qu'un tel débat aurait pour effet d'insister sur la divergence des opinions en présence, de raidir les positions

---

[324] C'est probablement la raison pour laquelle le projet de loi déposé par le Gouvernement de Lionel Jospin en 2001 ne retenait plus le mécanisme, préférant promouvoir une identification « en temps réel (d)es ajustements législatifs qu'imposent les progrès des techniques » par le biais de l'intervention d'une agence *ad hoc*. L'objectif, néanmoins, demeurait: « ainsi le temps du législateur pourra-t-il mieux se rapprocher du temps du chercheur pour le plus grand bénéfice des personnes malades et des usagers du système de santé » (Projet de loi relatif à la bioéthique, Ass. nat., 11e légis., n° 3166, 20 juin 2001, p. 7). Dans le même ordre d'idées, il faut relever que le législateur belge a instauré, en matière d'avortement et d'euthanasie, un système de rapports périodiques destiné à nourrir un débat régulier sur ces questions au sein des Chambres législatives (L. du 13 août 1990 visant à créer une commission d'évaluation de la loi du 3 avr. 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, art. 1er § 3 et 8 ; L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, art. 9 et 13).

[325] À relever que la tactique de la révision programmée d'une norme donnée n'est pas dénuée d'impact du point de vue de l'ancrage constitutionnel au sein de l'approche bioéthique. L'observation concerne l'hypothèse où cette norme aurait tenté sur certains points – à défaut de s'y être essayée globalement – de faire de la Constitution un modèle plutôt qu'un alibi. En clair, l'hypothèse où elle se serait efforcée de déduire de la Constitution, malgré la signification confuse de celle-ci, le fondement des réponses aux questions qu'elle traite. Dans ce cas, il est évident que tout retard enregistré par la révision programmée – et l'exemple français montre qu'un tel retard est plus que probable – aurait pour conséquence d'affecter la constitutionnalisation en cascade censée s'opérer à partir des exigences constitutionnelles effectivement prises en compte. Car tant les professionnels de la santé que les groupements professionnels et les comités d'éthique qu'ils associent à leur action pourraient être tentés de s'écarter des solutions qu'imposent les normes juridiques applicables, considérées comme périmées. Les juges eux-mêmes pourraient avoir bien du mal à résister à ce mouvement de fond « légitimé » par les données nouvelles de la pratique biomédicale et de la conscience sociale. De sorte que c'est le schéma de l'ancrage faible qui reprendrait le dessus, quand bien même les autorités de gouvernement seraient intervenues spécifiquement sur les questions biomédicales en cause.

[326] L. BÉGIN, « Trois lectures... », *op. cit.*, p. 22 ; S. DIDIER, *op. cit.*, p. 39 ; C. HENNAU-HUBLET « Le droit médical aux confins d'intérêts, de droits et de valeurs souvent concurrents », *Rev. dr. santé*, 1998-1999, pp. 109-110 ; C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, pp. 93-94 ; C. LAVIALLE, *op. cit.*, pp. 14-16 ; N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 121 ; B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1031 ; J. ROBERT, *op. cit.*, p. 193.

des uns et des autres et, par conséquent, d'empêcher la formulation d'une réponse concrète aux questions biomédicales abordées.

La stratégie fait écho, sur le plan juridique, à une tactique qui réunit bon nombre d'adeptes parmi les acteurs appelés à exercer les fonctions bioéthiques de régulation et de décision : celle de l'*approche pragmatique*, qui revient à laisser de côté la problématique des fondements pour se concentrer sur la recherche de simples compromis relatifs aux règles de conduite à observer[327]. Concrètement, il s'agit une fois encore de rejeter les normes constitutionnelles en tant que celles-ci peuvent fournir un modèle à la réflexion. Mais en l'occurrence, il n'est même plus question de tenter un rattachement de la solution retenue à l'une des interprétations possibles de la Constitution : toute référence aux fondements étant écartée, la prise en compte de celle-ci, même *a posteriori*, n'a plus lieu d'être dès lors qu'elle est précisément l'expression de tels fondements.

Pareille approche est pratiquée par certains législateurs. Sinon au regard de l'ensemble d'une problématique donnée, du moins sur telles ou telles facettes de celle-ci. En témoigne l'optique adoptée par le législateur belge sur plusieurs questions importantes du champ bioéthique.

C'est la stratégie qu'il avoue expressément adopter en matière de transplantations d'organes : « la situation juridique actuelle étant confuse, le projet de loi apporte des solutions d'ordre pratique sans trancher les questions philosophiques et morales »[328]. De sorte que, dans l'immense majorité des cas, l'ensemble des droits et principes évoqués au cours des discussions le sont en dehors de toute référence aux dispositions de la Constitution, d'une part, aux normes conventionnelles internationales liant la Belgique, d'autre part[329].

C'est la même stratégie qui prévaut en matière d'avortement. Les débats qui précèdent l'adoption de la loi du 3 avril 1990 abordent la question du statut de l'embryon. Ils n'éludent pas totalement la question de savoir à partir de quand débute la vie[330]. Mais l'optique demeure très pratique. L'objectif est de légiférer en matière d'avortement, compte tenu des difficultés liées à l'application du Code pénal dans sa version du moment, et non de résoudre des questions de fond : « le statut de l'embryon ne peut être tranché par la Commission. Le débat bio-éthique (*sic*) sur l'embryon ne nous aide pas dans la recherche d'une solution au problème de l'avortement »[331]. Au-delà des déclarations de ce type, il apparaît que les références aux

---

[327] M.-L DELFOSSE, *La préoccupation bioéthique: définition et enjeux*, Namur, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, 1996 p. 7 ; G. DURAND, *Introduction générale...*, *op. cit.*, pp. 92 et 130 ; A. FAGOT-LARGEAULT, « La réflexion philosophique en bioéthique », *in* M.-H. PARIZEAU, *Les fondements...*, *op. cit.*, p. 22 ; P.-A. TAGUIEFF, *op. cit.*, p. 35. Voy. Notamment G. HOTTOIS, « La bioéthique: définitions... », *op. cit.*, pp. 24-25 ; P. RICŒUR, « Éthique et politique », *Esprit*, 1985, n° 101, p. 10 ; J. SAINT-ARNAUD, « La bioéthique: définition et perspectives didactiques », *in* M.-H. PARIZEAU, *Bioéthique: méthodes et fondements*, Québec, ACFAS, 1989, p. 185 ; M. WARNOCK, *Fécondation et embryologie humaines*, Paris, La documentation Française, 1985, notamment pp. 13-14 et 19.

[328] Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1985-1986, n° 220/9, p. 21.

[329] Seules la loi française équivalente et, au niveau international, la résolution pertinente du Conseil de l'Europe sont évoquées. C'est cette dernière que le Conseil d'État prend en considération dans son avis – dans le cadre d'une comparaison systématique –, à l'exclusion des dispositions de la CEDH (Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1984-1985, n° 832/1).

[330] Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les art. 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les art. 352 et 353 du même Code, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. extraord. 1988, n° 247/2, pp. 11, 30 et 61 ; Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les art. 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les art. 352 et 353 du même Code, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1988-1989, n° 950/9, p. 19.

[331] Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les art. 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les art. 352 et 353 du même Code, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. extraord. 1988, n° 247/2, p. 62. Voy. également p. 60.

droits et libertés demeurent rares. Aucun argument n'est puisé ni dans la Constitution ni dans la Convention européenne des droits de l'homme. De rares interventions renvoient à des documents internationaux consacrés à la protection des droits de l'homme – Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Déclaration des droits de l'enfant de 1959.

C'est encore la même stratégie qui l'emporte en matière de recherche sur les embryons *in vitro*. Les débats qui précèdent la loi du 11 mai 2003 révèlent que le législateur cherche non à trancher la difficile question du statut de l'embryon mais à adopter des solutions concrètes aux difficultés soulevées sur le terrain scientifique. En témoigne la définition que l'article 2, 1° de la loi donne de l'embryon : « la cellule ou l'ensemble organique de cellules susceptibles, en se développant, de donner un être humain »[332]. De manière plus générale, il apparaît que les travaux préparatoires de la loi ne font aucune référence à la Constitution. Cette dernière est totalement absente des débats[333].

La tactique, contestable sur le plan constitutionnel, l'est également du point de vue bioéthique. Tout d'abord parce qu'elle contribue à renforcer l'approche pointilliste que tendent à développer les autorités de gouvernement dans le secteur biomédical : elle suppose de ne pas prêter attention aux questions biomédicales qui s'avéreraient liées à celles prises en compte par le fait qu'elles mettent en cause les mêmes principes. Ensuite parce qu'elle fonde la réponse donnée à la question traitée sur le seul accord précaire qui a pu se dégager, au moment des débats, au sujet de cette question. En somme, elle traduit un réel *culte du compromis*. Et ceci n'est pas dénué de conséquences sur le contenu des solutions adoptées, au-delà de l'éventuelle *incohérence* que celles-ci pourraient présenter par rapport à celles retenues au regard de questions distinctes mais proches.

D'un côté, la recherche effrénée du compromis risque de déboucher sur la formulation de règles juridiques inconsistantes ou d'efficacité réduite[334]. Il y a de grandes chances, en effet, que celles-ci ne reflètent rien d'autre que le plus petit commun dénominateur des positions en présence. Elles devraient se profiler comme l'expression d'une éthique consensuelle, c'est-à-dire minimale. Résultat : seule une *faible résistance* risque à nouveau d'être opposée aux abus potentiels de la biomédecine.

Ainsi, il est probable que les normes adoptées ne se caractérisent pas par un refus systématique des évolutions de la biomédecine, en ce compris celles qui emportent des risques élevés d'abus. Au contraire, la logique sous-jacente aux compromis arrêtés risque le plus souvent d'être une logique du « oui, mais » ou du « non, sauf ». En clair, elle risque d'aboutir à des autorisations sous conditions procédurales, semblable à celles formulées pour entériner les pratiques de terrain, ou à des interdictions accompagnées d'exceptions, expression d'un droit biomédical dérogatoire[335] [336].

---

[332] N. DENIES, *op. cit.*, p. 695.

[333] Il en va de même de la CEDH. Seule la Conv. eur. sur les droits de l'homme et la biomédecine retient l'attention. Et pour cause: son art. 18, consacré à la recherche sur les embryons *in vitro*, n'emporte pas l'adhésion de beaucoup en Belgique. La ratification – peut-être même la signature – de la Convention par les autorités belges suppose dès lors la formulation d'une réserve. Formulation qui est subordonnée à l'adoption d'une loi relative à la recherche sur les embryons. De sorte que la Convention est fréquemment invoquée au cours des débats: il s'agit tantôt de s'en inspirer, tantôt de prendre distance par rapport à elle, mais toujours en tenant compte du fait qu'une adhésion future de la Belgique à ses dispositions est en jeu.

[334] J. SAINT-ARNAUD, *op. cit.*, p. 185.

[335] B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, p. 38 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 502.

[336] On ajoutera que les solutions adoptées risquent de s'avérer d'autant plus pernicieuses qu'elles ne devraient guère tolérer la critique. Précisément pour le motif qu'elles reposent sur un large accord et traduisent un équilibre qu'il a été difficile de concrétiser (B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 503).

De surcroît, la recherche du compromis peut aboutir à ce que les normes adoptées s'avèrent imprécises[337]. Un doute peut par exemple s'insinuer concernant l'identification des actes qui bénéficient d'une mesure de dépénalisation et ceux qui demeurent sanctionnés – ceci à l'encontre du principe qui veut que les incriminations comme les peines soient définies avec clarté[338] [339]. Une telle situation, c'est évident, ne peut que favoriser les comportements qui visent plus ou moins consciemment à contourner tout ou partie de la loi.

D'un autre côté, on ne saurait négliger le fait que la recherche du compromis devrait, à l'instar du souci de faire droit aux pratiques de terrain, conduire à une *adaptation rapide et répétée* des normes applicables. Car les opinions qui se dessinent en rapport avec la question biomédicale abordée ne demeurent pas statiques : elles peuvent évoluer, et même rapidement, notamment sous l'influence du progrès des connaissances et des techniques.

§ 2. DES APPUIS IMPARFAITS

Compte tenu de l'estompement qui affecte le cadre constitutionnel, les autorités investies de la fonction de gouvernement peuvent être tentées d'adopter des attitudes critiquables au moment de résoudre les questions biomédicales qu'elles ont choisi d'appréhender. Ne peuvent-elles bénéficier d'appuis qui leur permettent d'éviter ce genre d'attitudes ? De manière générale, il apparaît que celui que leur offre le juge constitutionnel, loin d'être inexistant, demeure néanmoins *relatif* compte tenu de certaines de ses particularités (A). Quant à l'appui des normes internationales, il s'avère *limité* (B).

A. L'appui relatif du juge constitutionnel

Décidées à régler telles questions bioéthiques dont elles se sont saisies, les autorités de gouvernement peuvent être orientées dans leur tâche par divers contrôles exercés à la lumière des normes directrices de la Constitution, conformément aux normes structurantes de cette dernière. Contrôle politique assuré par des citoyens ou par des parlementaires soucieux du respect de ces normes. Contrôle juridique assumé par les autorités consultatives compétentes au cours du processus normatif. Contrôle juridictionnel exercé par le juge, et en particulier par le juge constitutionnel là où le dogme de l'infaillibilité du législateur a cessé d'être absolu.

Chacun de ces contrôles, toutefois, ne se révèle pas doué d'une même efficacité. Comme du point de vue des normes structurantes de la Constitution, rien ne garantit que les contrôles

---

[337] X. PHILIPPE, intervention dans la discussion, *in* B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.* , pp. 547-548.

[338] « Lorsque [...] le législateur entreprend une certaine forme de dépénalisation, il lui appartient [...] d'identifier clairement les actes qui bénéficient d'une immunité pénale, afin de faire ainsi apparaître, par défaut, ceux qui restent punissables. L'un des principes fondamentaux du droit pénal [...] est celui de la légalité des *infra*ctions et des peines, qui signifie que 'seule la loi peut incriminer, c'est-à-dire ériger des faits en *infra*ctions et établir des peines'. Il en résulte qu'une *infra*ction doit être clairement définie par la loi » (Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 20 juin 2001, sur une proposition de loi relative à l'euthanasie et sur une proposition de loi relative aux soins palliatifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/21, point 16).

[339] À titre d'exemple, voy. les questions que soulève la formulation de l'art. 350 du Code pénal belge, introduit par la loi du 3 avr. 1990. Suivant cet article, la licéité de l'interruption de grossesse tient notamment à ce que « la femme enceinte, que son état place en situation de détresse » se prévale de cette circonstance lorsqu'elle s'adresse au médecin. Or, le contenu de la notion d' « état de détresse » ne va pas sans soulever des difficultés d'interprétation. Cet état de détresse renvoie-t-il ou non à la seule détermination de la femme à obtenir qu'un avortement soit pratiqué sur elle ? Les travaux préparatoires laissent entrevoir les divergences de vues qui se présentent à ce sujet, alors même que la condition est acceptée par tous. Même les deux avis rendus par la section de législation du Conseil d'État ne permettent pas d'éclairer réellement le contenu de la notion, dès lors la position adoptée par le premier sur ce point fait l'objet de nuances dans le second (voy. Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les art. 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les art. 352 et 353 du même Code, Avis du Conseil d'État, respectivement *Doc. parl.* Sén., sess. extraord., 1988, n° 247/2, pp. 3-9 et *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1988-1989, n° 950/5, p. 15).

politiques soient perméables aux préoccupations d'ordre constitutionnel. De même, rien ne permet de certifier que les avis exprimés au sujet des normes en cours d'élaboration seront suivis en toutes circonstances par les auteurs de celles-ci[340]. Pour ces raisons, on privilégie à ce stade l'analyse du contrôle exercé à l'encontre de la loi – norme de premier plan en matière bioéthique – par le juge constitutionnel : c'est lui qui paraît procurer aux autorités de gouvernement l'appui le plus solide compte tenu de l'impact que confèrent à ses décisions les moyens d'action dont il dispose – annulation, interdiction de promulguer, refus d'application. Un constat évident qui en amène un autre : ici encore, la mise en œuvre de la Constitution ne peut que se ressentir de l'absence de contrôle de constitutionnalité de la loi.

D'un point de vue pratique, il va de soi que, là où il existe, le juge constitutionnel peut contribuer à la mise en œuvre des normes constitutionnelles directrices uniquement dans les cas où il est confronté aux questions biomédicales en cause. C'est-à-dire dans les hypothèses où il est saisi de dispositions législatives qui l'amènent à traiter de celles-ci.

D'une part, il peut s'agir de normes générales qui règlent l'une des problématiques à laquelle se rapportent plus ou moins directement les connaissances, techniques ou pratiques biomédicales concernées. Il peut également s'agir de normes spécifiques mais anciennes adoptées à une époque antérieure à la naissance de la biomédecine. La décision du juge sur la constitutionnalité de ces normes peut servir d'appui au législateur qui appréhenderait à sa suite soit les mêmes questions, soit des questions proches. Comme on a déjà pu le relever, toutefois, la saisine du juge constitutionnel ne se conçoit en pareilles hypothèses que dans les ordres juridiques où ses compétences ne sont pas limitées *ratione temporis*. Elle requiert de surcroît que les questions en cause n'aient pas engendré dans ces systèmes un décalage législatif tel que le juge ordinaire ne serait plus amené à faire application des normes pertinentes, alors que c'est à son niveau que le contrôle de constitutionnalité peut être déclenché.

D'autre part, il peut s'agir des normes spécifiques récentes que le législateur a adoptées suite aux vifs débats qu'elles ont soulevées au sein de la société. Dans ce cas, la décision du juge constitutionnel peut servir d'appui au législateur au sujet de la question biomédicale à régler, aussi bien dans l'hypothèse où celui-ci devrait corriger la loi qu'il a adoptée, dont certains pans auraient été déclarés inconstitutionnels, que dans l'hypothèse où il se ressaisirait ultérieurement de la question pour compléter, préciser ou modifier la réponse qu'il lui a apportée. La décision peut aussi éclairer le législateur dans l'approche ultérieure de questions biomédicales distinctes mais proches. Étant entendu que les difficultés liées à la saisine du juge constitutionnel ne sont en principe plus d'actualité à ce niveau : cette saisine devrait pouvoir s'opérer dans l'ensemble des ordres juridiques ouverts au contrôle de constitutionnalité, sans que l'obstacle d'un éventuel décalage législatif soit ici à l'ordre du jour[341].

La question qui se pose en l'occurrence est celle de savoir comment le juge constitutionnel, saisi d'une norme parmi celles évoquées, parvient à exercer la mission qui est la sienne dans le contexte biomédical. Car cette fois, il ne lui revient pas, sans plus, d'inciter le législateur à se saisir de questions que celui-ci est réticent à régler. Il ne lui incombe pas davantage de sanctionner une délégation abusive, par une décision somme toute classique. Il lui faut prendre position sur le fond des questions bioéthiques en cause. C'est là, à n'en pas douter,

[340] *Supra*, Section 1, § 2, A.
[341] Voy. ce qui a été dit de l'intervention du juge constitutionnel dans les mêmes cas de figure envisagés du point de vue du potentiel d'impulsion des normes constitutionnelles: *supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 2, a.

une tâche difficile. Elle contraint le juge constitutionnel à se prononcer – sous peine de commettre un déni de justice – sur des questions techniques et évolutives qu'il n'est pas nécessairement outillé pour appréhender. Des questions qui le confrontent, comme tout autre intervenant de l'approche bioéthique, à des doutes « déchirants »[342]. Des questions, enfin, qu'il doit aborder à la lumière d'un cadre constitutionnel estompé, et qui l'amènent de ce fait à formuler des choix amples, d'autant plus difficiles à poser qu'ils doivent pouvoir être justifiés au cœur de sociétés pluralistes[343].

En l'occurrence, on s'interroge d'abord sur les *attitudes* que le juge constitutionnel tend à développer lorsqu'il est confronté à la matière bioéthique. Autrement dit, sur la manière dont il exerce son contrôle en ce domaine (1). On s'attarde ensuite aux *réponses* qu'il fournit aux questions dont il est saisi (2).

1. Les attitudes du juge constitutionnel

Dans le domaine biomédical, les juges constitutionnels font preuve, en règle générale, d'une forme de *modération* (a). On ne saurait cependant en déduire qu'ils parviennent en toutes circonstances à rejeter la tentation des attitudes extrêmes. Certaines décisions attestent qu'ils n'échappent pas toujours à deux pièges de nature opposée : celui de l'*activisme* d'une part (b), celui de l'*abstentionnisme* d'autre part (c).

a. L'attitude modérée

Un double constat ne manque pas de frapper l'observateur lorsqu'il parcourt la jurisprudence constitutionnelle propre à la matière bioéthique. D'un côté, les juges constitutionnels amenés à se prononcer sur des questions d'ordre biomédical ne reculent généralement pas devant la tâche ardue qui leur échoit. De l'autre, ils s'efforcent de l'assumer en faisant preuve de réserve[344]. Des nuances se dessinent bien sûr en fonction des États et des problématiques abordées. Ces deux particularités caractérisent néanmoins bon nombre de leurs interventions. Elles attestent qu'en matière bioéthique, les juges constitutionnels s'efforcent d'adopter une *attitude modérée*.

C'est probablement le souci de retenue qui se manifeste de la façon la plus visible à travers les décisions rendues dans le domaine. Bien souvent, en effet, les juges constitutionnels multiplient les déclarations par lesquelles ils soulignent avec insistance que ce n'est pas à eux mais au *législateur*, agissant par l'intermédiaire d'assemblées démocratiquement élues, qu'il incombe de formuler les choix que requièrent les questions bioéthiques. Ils rappellent de cette manière les exigences propres aux normes structurantes de la Constitution, et plus

---

[342] Trib. const. port., 19 mars 1984, n° 24/84.

[343] L.M. DIEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 503 ; L. FAVOREU, « Les juges constitutionnels... », *op. cit.*, p. 82 ; B. GENEVOIS, « L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées: intervention », *A.I.J.C.*, 1986, p. 216 ; M. HÉBERT, *op. cit.*, p. 497 ; N. LENOIR, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, pp. 223, 225 et 226 ; F. MODERNE, « L'interruption volontaire de grossesse... », *op. cit.*, p. 227 ; X. PHILIPPE, intervention dans la discussion, *in* B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.* , pp. 547-548 ; S. PHILIPS-NOOTENS, « La Cour suprême... », *op. cit.*, p. 172 ; J. ROBERT, *op. cit.*, pp. 195-196. Un exemple permet de prendre toute la mesure des difficultés ici évoquées: le Trib. const. esp. ne s'est prononcé au sujet de la loi n° 35/1988 du 22 nov. 1988 – relative aux techniques de reproduction assistée – que plus de dix ans après sa saisine (Trib. const. esp., 17 juin 1999, n° 116/99) (E. ALBERTI ; P. BON ; P. CAMBOT ; J.-L. REQUEJO PAGES, « Chronique – Espagne », *A.I.J.C.*, 1999, p. 520).

[344] C. BARON, *op. cit.*, pp. 79-80 ; P. COPPENS, *op. cit.*, p. 75 ; L. FAVOREU, « Rapport introductif », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, p. 22 ; B. GENEVOIS, « L'interruption volontaire de grossesse... », *op. cit.*, p. 217 ; N. LENOIR, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, pp. 223 et 226 ; B. MATHIEU, « La place des normes... », *op. cit.*, p. 73 ; F. MODERNE, « L'interruption volontaire de grossesse... », *op. cit.*, pp. 226, 231 et 233 ; J. ROBERT, *op. cit.*, p. 196.

précisément celles qui tiennent à la répartition des fonctions qu'elles opèrent entre les autorités constituées[345].

Au rang des décisions les plus explicites de ce point de vue figure assurément le premier arrêt rendu par le Tribunal constitutionnel portugais en rapport avec la problématique de l'avortement[346]. Dans ce contexte, en effet, le Tribunal s'astreint à la pédagogie. Il consacre de longs développements au rappel de la position qui est la sienne au sein du système constitutionnel. Comme s'il posait les jalons des décisions ultérieures qu'il sera amené à rendre sur la même problématique ou sur d'autres questions relevant du champ bioéthique. « On a parfois le sentiment que la Cour constitutionnelle est une sorte d'aéropage, un 'conseil des sages', qui serait à même de corriger les erreurs politiques ou de politique législative réellement ou prétendument commise par les organes qui [...] détiennent la compétence législative [...]. Tout cela ne rentre pas et n'est jamais rentré dans le cadre de la mission qui a été confiée aux tribunaux constitutionnels ; d'ailleurs, si c'était le cas, ceux-ci devraient interférer à tout moment dans les pouvoirs législatifs de l'Assemblée et du gouvernement, ce qui serait contraire à l'un des principes les plus fondamentaux de l'organisation politique, c'est-à-dire le principe de la séparation des pouvoirs. [...] Dans le doute, la Cour devra interpréter la loi conformément à la Constitution, en partant du principe que le législateur a respecté la Loi fondamentale »[347].

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada, elle aussi, est riche en considérations de ce genre. Même après l'enchâssement de la Charte canadienne des droits et libertés au cœur de la Constitution, en 1982 : cet événement constitutionnel majeur n'a pas pour effet de modifier du tout au tout l'opinion de la Cour concernant le rôle du législateur. Ainsi, les considérations que développe le Juge Dickson en 1976, dans la première affaire *Morgentaler* relative à l'avortement[348] – « les valeurs que nous devons accepter aux fins du présent pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement »[349] – trouvent un écho dans les affirmations du même juge au cœur de l'arrêt *Morgentaler* de 1988 : « on [peut] toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu où doivent s'élaborer les politiques générales complexes et controversées »[350]. Comme l'indique le Juge La Forest dans l'arrêt *Rodriguez* de 1993[351], il y a matière à une sage « déférence envers le législateur » : « la Cour doit être consciente de son rôle au sein de la structure constitutionnelle [...] et ne doit pas chercher à apporter des changements fondamentaux à des politiques bien établies, en se fondant sur des principes constitutionnels généraux et sur sa propre opinion de la sagesse de la loi ». Sachant que cette optique s'impose même lorsque le législateur fait preuve d'immobilisme en la matière. Reprenant les dires du Juge Harlan de la Cour suprême des États-Unis, le Juge McIntyre rappelle ainsi, déjà dans l'arrêt *Morgentaler* de 1988, qu'« en tant que corps judiciaire, [la Cour] ne doit pas [...] être considérée comme un refuge pour tous les mouvements de réforme ».

---

[345] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 1, b et § 2..
[346] Trib. const. port., 19 mars 1984, n° 24/84.
[347] Traduit par J. MIRANDA, *op. cit.*, pp. 192-193.
[348] C. supr. can., *Morgentaler c. La Reine* (1976).
[349] Les Juges Laskin, Judson et Spence, bien que dissidents, vont dans le même sens: « La Cour a indiqué [...] combien était étrangère à nos traditions constitutionnelles [...] toute immixtion d'un tribunal dans les principes des lois » ; « le Parlement a porté un jugement qui ne tolère aucune intervention des tribunaux ».
[350] Une fois encore, les juges dissidents – soit les Juges Mcintyre et La Forest – partagent un tel point de vue: « il n'appartient nullement à la Cour de substituer ses propres opinions à celles du législateur concernant le bien-fondé d'une question donnée » (voy. plus généralement l'ensemble des considérations développées par le Juge McIntyre sous le titre « portée du contrôle judiciaire fondé sur la Charte ».
[351] C. supr. can., *Rodriguez c. Colombie-Britannique* (1993).

On notera encore que c'est à l'occasion de l'appréhension d'une question bioéthique – celle de l'avortement – que le Conseil constitutionnel français énonce pour la première fois le principe suivant lequel la Constitution « ne [lui] confère pas [...] un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »[352]. Il est vrai que la décision qu'il rend alors se présente en même temps comme la première qu'il est amené à prononcer sur la saisine de parlementaires[353]. Le Conseil réitère néanmoins l'affirmation au moment d'examiner les lois dites « bioéthiques » de 1994[354] et la loi relative à l'interruption de grossesse et à la contraception de 2001[355] [356].

Ces déclarations d'intentions ne restent pas lettre morte. Bien souvent, les juges constitutionnels font montre d'une réserve effective en renvoyant au législateur le soin de régler comme il l'entend les modalités qui doivent affecter l'usage des connaissances, techniques et pratiques biomédicales. C'est l'optique que retient par exemple le Juge Dickson de la Cour suprême du Canada lorsqu'il indique, dans l'arrêt *Morgentaler* de 1988 relatif à l'avortement, qu'il ne lui appartient pas de faire le départ entre les divers aspects du régime prescrit par l'article 251 du Code criminel pour ne sanctionner que certains d'entre eux par un refus d'application partiel. Il rejette l'entièreté de la disposition, évitant ainsi de réécrire l'article en fait. Sachant que la tactique présente en même temps l'avantage d'attirer l'attention du législateur sur la nécessité de se ressaisir de la problématique[357].

Une perspective identique transparaît du raisonnement de la Cour constitutionnelle italienne dans la première sentence qu'elle rend en matière d'avortement[358], même si c'est sur un aspect plus limité de sa décision. La Cour reconnaît que l'article 54 du Code pénal italien est inconstitutionnel dans la mesure où il ne permet pas d'interrompre la grossesse pour éviter un dommage ou un danger grave pour la santé de la mère. Elle estime qu'en autorisant l'avortement dans cette hypothèse, le législateur doit prévoir les mesure nécessaires « à une vérification préalable de l'existence des conditions qui la justifient », c'est-à-dire au constat sérieux « de l'effectivité et de la gravité du dommage ou du danger qui pourraient dériver de la suite de la grossesse »[359]. Mais elle ne se prononce pas sur la nature des mesures propres à remplir cette exigence.

Cette même réserve ponctuelle guide la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt du 25 février 1975 – pourtant reconnu comme l'un des plus fermes en matière d'avortement – : elle estime qu'une femme ne peut se voir imposer la poursuite d'une grossesse susceptible de menacer sa vie ou d'affecter gravement sa santé, tout en ajoutant que « le législateur est libre de décider qu'il existe d'autres circonstances exceptionnelles néfastes d'une gravité similaire

---

[352] Cons. const. fr., 15 janv. 1975, n° 75-54 DC.
[353] L. FAVOREU, Note sous Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC, *Rev. fr. dr. const.*, 1994, p. 803 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, pp. 321-322.
[354] Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC.
[355] Cons. const. fr., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.
[356] Bien d'autres exemples peuvent être cités qui, tous, vont dans le même sens. Voy. notamment C. supr. norvégienne (1983) (« Il n'appartient pas aux tribunaux de décider si la solution à un problème législatif difficile, et que le législateur a choisie lorsqu'il a adopté la loi de 1978 sur l'interruption de grossesse, est ou non la meilleure » – traduit par C. eur. D.H., 19 mai 1982, *H. c. Norvège*, n° 17.004/90) ; Cour const. all., 25 févr. 1975, opinion de la majorité (« La Cour ne doit pas se substituer au législateur » – traduit dans *La protection constitutionnelle..., op. cit.*) ; C. arb. bel., 19 déc. 1991, n° 39/91 (6.B.8.) ; Trib. const. esp., 14 juill. 1994, n° 215/94, opinion de la majorité.
[357] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 2, a.
[358] Cour constitutionnelle, 18 févr. 1975, sentence n° 27.
[359] Traduit par G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 172.

touchant la femme enceinte, que l'on ne peut raisonnablement s'attendre à la voir supporter, et que dans de tels cas un avortement ne la rendra pas passible de sanctions »[360].

Sur un autre plan, le souci de modération des juges constitutionnels s'exprime aussi à travers le fait qu'ils n'ignorent pas la Constitution au moment d'exercer leur contrôle. Ils s'efforcent de mettre en lumière les exigences qu'elle impose au regard des questions biomédicales dont ils sont saisis, veillant à se conformer sur ce point aussi aux obligations que leur imposent les normes structurantes de la Constitution. « Les tribunaux canadiens se voient [...] confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la Charte canadienne des droits et libertés »[361]. « La Cour est non seulement habilitée à se prononcer sur cette question mais elle est même tenue de le faire si la Charte paraît avoir été violée »[362].

Une telle prise en compte de la Constitution signifie que le contrôle opéré n'est pas un leurre : bien qu'exercé avec retenue, ce contrôle s'avère effectif. Un cran plus loin, elle témoigne aussi, en règle, d'une autre forme de réserve. Elle montre que les juges constitutionnels demeurent conscients de la frontière qui sépare leur champ d'action de celui du *constituant*. Elle marque leur souci de ne pas se substituer à ce dernier en posant un principe qu'il n'aurait pas eu l'intention de consacrer. Ce type de réserve se manifeste de façon claire lorsque les juges reconnaissent *expressis verbis* qu'un principe invoqué devant eux, prétendument énoncé par la Constitution, ne peut être déduit de celle-ci. C'est ce à quoi veille par exemple le Conseil constitutionnel français lorsqu'il affirme en 1994 « que, s'agissant de la sélection des embryons, il n'existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité »[363].

b. L'attitude activiste

Le contrôle qui incombe au juge constitutionnel ne le prive pas de tout pouvoir créateur. Au contraire : à chaque fois qu'il met la Constitution en œuvre, il « la précise et l'actualise »[364]. Mais cette mission même le confronte sans cesse à un écueil de taille. Amené à évaluer la loi à l'aune des normes constitutionnelles, il peut être tenté d'aiguiller le législateur sur les voies que lui indiquent ses convictions personnelles. C'est l'*attitude activiste*, qui conduit le juge constitutionnel à faire prévaloir sa propre approche de la problématique dont il est saisi. Caractérisée par un estompement prononcé du cadre constitutionnel, plus généralement par la sensibilité des questions qu'elle concerne, la matière

---

[360] Traduit dans Comm. eur. D.H., 12 juill. 1977, *R.M. Brüggemann et A. Scheuten c. République fédérale d'Allemagne*, R 6959/75.

[361] C. supr. can., *R. c. Morgentaler* (1988), Juge en Chef Dickson et Juge Lamer. Voy. dans le même sens les Juges Mcintyre et La Forest (dissidents): « un changement important a résulté de l'adoption de la Charte. Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur des mesures législatives a pris de l'envergure ».

[362] C. supr. can., *Rodriguez C. Colombie-Britannique* (1993), Juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major. Quant aux Juges L'heureux-Dubé et Mclachlin, dissidentes, elles indiquent dans le même ordre d'idées: « si une loi viole la Charte, notre Cour n'a d'autre choix que de déclarer qu'elle le fait ».

[363] Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC. R. DUMAS, « La France », *op. cit.*, p. 13 ; F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 1653 ; B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, p. 57.

[364] X. DELGRANCE, « La Cour d'arbitrage et le citoyen », *in* F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage. Dix ans de jurisprudence constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 238. Voy. également G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 400 ; D. ROUSSEAU, « Une résurrection: la notion de Constitution », *Rev. dr. publ.*, 1990, pp. 15-16 et 18 ; F. TULKENS, « La Cour d'arbitrage et le pouvoir constituant », *in* F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *op. cit.*, p. 32 ; M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 298-302.

bioéthique n'est pas à l'abri de ce genre d'attitude. L'exemple de la Cour suprême américaine confrontée à la problématique de l'interruption volontaire de grossesse en témoigne jusqu'à un certain point (1) : la tentation de l'activisme est présente dans le champ biomédical (2).

1) Une illustration : la Cour suprême des États-Unis face à l'avortement

La Cour suprême américaine a profondément marqué la problématique de l'interruption de grossesse à travers sa célèbre décision *Roe v. Wade* de 1973. La teneur de celle-ci est bien connue. Amenée à se prononcer sur la constitutionnalité du Code pénal du Texas, qui interdit l'avortement sauf lorsqu'il est nécessaire pour sauver la vie de la mère, la Cour développe – à travers l'opinion du Juge Blackmum – un raisonnement que l'on peut décliner en trois temps.

Dans un premier temps, elle procède à une interprétation de la garantie de liberté inhérente à la clause de *due process of law* inscrite dans le XIVe amendement de la Constitution américaine. Elle indique que le droit à l'intimité qui se dégage de cette garantie inclut un droit de la femme enceinte de mener sa grossesse à terme ou non. Autrement dit, que le *right of privacy* comporte un droit d'avorter[365]. Dans un deuxième temps, la Cour précise que ce dernier doit recevoir la qualification de liberté fondamentale. Le droit d'avorter n'est pas absolu, certes, mais seul un intérêt supérieur peut justifier qu'il soit entravé par l'État. Sachant qu'en l'occurrence, deux intérêts étatiques entrent en ligne de compte : la protection de la santé de la mère d'une part, la protection de la potentialité de vie humaine qui se dessine avant la naissance d'autre part. Dans un troisième temps, enfin, la Cour constate que ces intérêts prennent une importance accrue au fur et à mesure que la grossesse évolue, de telle sorte qu'à un moment donné de celle-ci, ils deviennent prépondérants et peuvent justifier de restreindre le droit de la femme.

Concrètement, il n'en va pas ainsi au cours du premier trimestre de la grossesse. Aucun des deux intérêts étatiques ne devient supérieur à ce stade. Le droit de la femme peut donc s'exercer pleinement : elle peut avorter sans ingérence étatique, pour autant qu'elle ait reçu un avis médical. L'État peut seulement exiger que l'avortement soit pratiqué par un médecin qualifié. La situation évolue au cours du deuxième trimestre de la grossesse. À ce moment, l'intérêt étatique à la protection de la santé de la mère devient prépondérant. Par conséquent, l'État peut imposer des mesures raisonnables visant à assurer que l'avortement soit pratiqué sans mettre en danger la santé de la femme. Enfin, l'intérêt qu'a l'État à la protection de la vie potentielle acquiert un statut supérieur au cours du troisième trimestre de la grossesse, c'est-à-dire à partir du moment où le fœtus devient viable. De ce fait, l'État peut réglementer de manière plus stricte la pratique de l'avortement, voire l'interdire, à moins qu'il ne s'avère indispensable pour préserver la santé de la mère[366].

Ainsi construite, la position de la Cour suprême a fait l'objet de critiques de fond. La solution assez tranchée qu'elle consacre est bien évidemment dénoncée par les opposants à l'avortement. Ce n'est pas à cette critique qu'on s'arrête ici. Le fait que le juge constitutionnel

[365] Sur cette étape du raisonnement, voy. *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 2, a.

[366] « Pour la période antérieure à approximativement la fin du premier trimestre, la décision d'avorter et son exécution doivent être laissées au jugement médical du praticien qui suit la femme enceinte [...]. Pour la période postérieure à approximativement la fin du premier trimestre, l'État, en mettant en avant son intérêt à assurer la santé de la mère, peut, s'il le choisit, réglementer la procédure d'avortement selon des voies en relation raisonnable avec la santé de la mère [...]. Pour la période postérieure à la viabilité, l'État, en mettant en avant son intérêt à la préservation de toute vie humaine potentielle peut, s'il le choisit, réglementer et même interdire l'avortement excepté dans les cas où il est nécessaire, d'après un jugement médical approprié, à la sauvegarde de la vie ou de la santé de la mère » (Juge Blackmum ; traduit dans C. BARON, *op. cit.*, p. 35).

procure une réponse nette à la problématique dont il est saisi ne soulève pas de difficultés en soi. Une telle réponse peut être voulue par le constituant lui-même. En l'occurrence, c'est le raisonnement même de la Cour qui retient l'attention. Critiqué par certains[367], il ne va pas sans interpeller à plus d'un égard. Plusieurs options qui le fondent laissent songeur – même s'il est le fait d'une juridiction puissante qui a de tout temps joué un rôle considérable au sein de la société dont elle est issue[368] – : leur accumulation peut inciter à penser que les juges de la majorité se sont moins préoccupés de dégager la volonté actualisée du constituant que d'exprimer leur propre position par rapport à la problématique de l'interruption volontaire de grossesse.

Tout d'abord, la Cour suprême affirme l'existence d'un droit qui peut apparaître contestable. Non seulement le droit d'avorter n'est pas inscrit dans la Constitution américaine, mais encore, il est déduit d'une prérogative, le *right of privacy*, qui n'y figure pas elle-même de manière expresse. Un droit « innomé » est donc dégagé d'un autre droit « innomé », alors même que cette catégorie de droits est critiquée par d'aucuns. De surcroît, le raisonnement qui permet d'opérer cette déduction n'apparaît pas suffisamment étayé aux yeux de plusieurs observateurs.

Dans la foulée, mais sur un autre plan, il faut ajouter que l'affirmation d'un droit d'avorter va de pair avec la négation de toute protection constitutionnelle des situations prénatales : la Cour affirme que « le mot 'personne' tel qu'il est employé dans le XIVe amendement, ne comprend pas l'enfant à naître »[369]. Or, cette interprétation stricte ne s'accorde pas avec celle, plus large, qui l'a conduite d'ancienneté à reconnaître que le même amendement s'appliquait aux sociétés commerciales[370] [371].

Compte tenu de ces éléments, certains estiment que l'opinion émise par le juge Blackmum ne s'inscrit pas « dans la logique d'un raisonnement juridique fondé sur la Constitution ou sur les 'précédents' de la Cour. À la question cruciale de savoir si la femme enceinte dispose d'un droit fondamental à l'avortement protégé constitutionnellement, le juge Blackmum répond de façon affirmative, créant ainsi une règle de droit, après avoir pesé le 'préjudice' subi par la mère »[372].

Ensuite, la Cour attribue au droit d'avorter la qualité de liberté fondamentale. Une qualification qui n'est pas neutre : elle suppose de fonder le contrôle qui vise à la faire respecter sur le standard d'appréciation le plus strict. Il n'est pas question ici d'un contrôle normal, qui admet la constitutionnalité de la loi dont les dispositions sont en rapport *raisonnable* avec l'intérêt *légitime* qu'elle vise à protéger. Il n'est pas davantage question d'un contrôle intermédiaire, qui subordonne la constitutionnalité de la loi à la condition que ses dispositions présentent un lien *substantiel* avec l'intérêt *important* qu'elle cherche à préserver. Il s'agit d'un contrôle étroit, qui ne décerne le label de constitutionnalité qu'à la loi

[367] « Il n'est pas nécessaire d'être 'pro-life' pour désapprouver sa décision » (C. BARON, *op. cit.*, p. 69). « Comment un tel contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges peut-il être justifié dans une démocratie dans les fondements sont l'État de droit et la souveraineté du peuple ? » (*Ibid.*, p. 72).
[368] L. FAVOREU *et alii*, *op. cit.*, pp. 197-198.
[369] Traduit par C. BARON, *op. cit.*, p. 72.
[370] C. supr. américaine, *Santa Clara Couny c. Southern Pacific Railroad Company* (1886).
[371] C. BARON, *op. cit.*, pp. 72-73 ; D. CUSTOS, *op. cit.*, p. 1122 ; A. DELACHAMBRE, « La Cour suprême américaine et la 'partial-birth abortion' (À propos de l'arrêt *Stenberg v. Carhart* du 28 juin 2000) », *Rev. fr. dr. const.*, 2000, p. 661 ; A. DESORMAUX, *op. cit.*, p. 58.
[372] C. BARON, *op. cit.*, p. 72.

visant à protéger un intérêt *impérieux* avec lequel ses dispositions sont en correspondance *nécessaire*[373].

Autrement dit, la Cour adopte en matière d'avortement l'approche qu'elle réserve aux libertés constitutionnelles qui ne l'amènent pas à faire preuve de réserve à l'égard du législateur. À nouveau sans se justifier de manière convaincante, estiment certains. Parce que l'assise du droit d'avorter est un droit innomé : le *right of privacy* est lui-même issu d'une interprétation du texte constitutionnel. Et parce qu'au moment où la Cour se prononce, l'avortement connaît des limitations dans la plupart des États américains depuis des décennies déjà[374].

Enfin, la Cour déduit de son raisonnement un cadre précis pour toute législation en matière d'avortement. Alors même qu'elle se prononce à la lumière de normes constitutionnelles particulièrement générales, et quand bien même elle fait état du rôle limité qui lui revient en tant que juge constitutionnel[375], elle ne se contente pas de stipuler que le Code pénal texan impose une restriction indue au droit de la femme souhaitant avorter. Elle en vient à imposer aux États américains un régime détaillé, une « norme uniforme positive »[376], qui a pour effet d'invalider indirectement une large majorité des textes existants[377].

Il faut relever qu'à partir de 1989, plus encore à partir de 1992, la Cour suprême elle-même semble accepter tacitement qu'elle est allée trop loin[378]. Jusqu'à un certain point du moins, car il faut insister sur le fait qu'elle n'annule pas le précédent *Roe*. Le maintien de celui-ci se manifeste en particulier à travers la réaffirmation d'une liberté d'avorter puisée dans la garantie de *due process of law* – sachant que la majorité des juges ne l'associe plus au droit à l'intimité. Dans l'arrêt *Webster* de 1989, toutefois, la Cour critique le système des trois trimestres, estimant qu'il n'est pas en phase avec une Constitution formulée en termes généraux[379]. Ce qui l'amène à abandonner ce système, déclaré trop rigide, dans l'arrêt *Planned Parenthood* de 1992, qui fait désormais état du critère de l' « obstacle excessif » : les mesures prises par l'État en vue de réglementer l'avortement ne doivent pas faire peser une « charge indue » sur le droit de la femme[380].

2) Une tentation présente dans le champ biomédical

Les décisions semblables à l'arrêt *Roe* ne sont pas légion en matière bioéthique. On ne saurait pour autant en déduire que l'attitude activiste qu'il reflète épargne toujours les juges constitutionnels appelés à se prononcer dans le domaine. D'autres décisions laissent entrevoir une approche de ce type.

---

[373] D. CUSTOS, *op. cit.*, pp. 1136-1137.
[374] A. DESORMAUX, *op. cit.*, pp. 58-59 ; D. CUSTOS, *op. cit.*, pp. 1136-1137.
[375] La décision du Juge Blackum renvoie à l'opinion dissidente que le Juge Holmes a formulée dans l'affaire *Lochner* (C. supr. américaine, *Lochner v. New York* [1905]), décision par laquelle la Cour suprême s'est engagée dans la période la plus critiquée de son histoire, caractérisée par l'invalidation d'un nombre élevé de législations socio-économiques au nom des principes substantiels qu'elle dégage de la clause de *due process of law* (C. BARON, *op. cit.*, pp. 26-30 ; D. CUSTOS, *op. cit.*, pp. 1128-1129).
[376] J. WOEHRLING, *op. cit..*, p. 56.
[377] C. BARON, *op. cit.*, p. 35 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 51 ; J. WOEHRLING, *op. cit..*, p. 56.
[378] D. CUSTOS, *op. cit.*, pp. 1149-1150.
[379] C. supr. américaine, *Webster v. Reproductive Heath Services* (1989).
[380] C. supr. américaine, *Planned Parenthood of South-eastern Pennsylvania v. Casey* (1992).

Une certaine forme d'activisme transparaît ainsi d'une décision comme celle rendue en 1985, sur la problématique de l'interruption volontaire de grossesse, par le Tribunal constitutionnel espagnol[381]. De manière générale, le Tribunal admet la constitutionnalité du principe de dépénalisation partielle consacré par le législateur espagnol. Au-delà, néanmoins, il constate que les garanties de procédure entourant cette dépénalisation ne sont pas suffisantes pour éviter que soient portées à l'embryon des atteintes non justifiées par les droits de la femme enceinte. Partant de ce constat, il indique au législateur quelles garanties précises celui-ci devrait inscrire dans la loi.

En ce qui concerne l'avortement dit thérapeutique, par exemple, il signale que le législateur devrait prévoir l'intervention d'un médecin spécialiste autre que celui appelé à pratiquer l'avortement. Ceci pour constater de manière préalable le grave danger que la grossesse fait courir à la vie ou à la santé de la mère, c'est-à-dire pour établir *de facto* la justification qui conduit à admettre l'interruption de grossesse. Il ajoute que ce constat, ainsi que l'avortement lui-même, doivent être réalisés dans des centres sanitaires publics ou privés agréés à cet effet, ou être soumis à des mesures d'effet équivalent. Des conditions similaires sont évoquées concernant l'avortement dit éthique, qui fait suite à un viol, et l'avortement eugénique, autorisé pour le motif que l'enfant à naître risque d'être affecté de graves tares physiques ou psychiques. De telles indications vont assurément fort loin. Les opinions dissidentes qui s'attachent à l'arrêt du Tribunal reposent d'ailleurs sur le rejet de cette partie du jugement. Pour leurs auteurs, les juges de la majorité outrepassent les compétences qui sont les leurs en tant que juges constitutionnels, dès lors qu'ils se prononcent moins sur la constitutionnalité de la loi entreprise que sur sa qualité.

Une même logique sous-tend le deuxième arrêt que la Cour constitutionnelle allemande rend en matière d'avortement[382]. À cette occasion, les juges de la majorité sanctionnent le législateur notamment pour le motif qu'il ne règle pas avec suffisamment de précision le déroulement de la consultation médico-sociale préalable à l'avortement. Cette question retient largement leur attention : à son sujet, ils s'avancent loin sur le terrain des détails. Ils énoncent par exemple l'obligation pour le législateur de prévoir la rédaction d'un compte-rendu de la consultation ou l'écoulement d'un délai très précis entre cette consultation et l'avortement à proprement parler.

Dans l'un et l'autre cas, la précision des directives que le juge constitutionnel adresse au législateur ne manque pas d'interpeller. Elle dépasse celle qui caractérise d'autres décisions confrontées aux mêmes types de normes[383]. Les deux arrêts ne semblent pas pour autant s'engager dans la voie de l'activisme avec autant d'aplomb que la décision *Roe* de la Cour suprême américaine. À l'inverse de cette dernière, en effet, ils ne donnent pas le sentiment que le juge constitutionnel fait de la Constitution une lecture davantage dictée par sa propre perception de l'avortement que par tout autre facteur. Ni le Tribunal espagnol ni la Cour allemande n'interprètent les dispositions pertinentes en vue d'en dégager, sans grande justification, un droit aussi idéologiquement marqué que le droit d'avorter, de surcroît doté des caractères d'une liberté de premier rang quand bien même il n'entretient qu'un lien ténu avec le texte constitutionnel.

L'observation tend à montrer qu'en matière bioéthique – comme en d'autres domaines –, l'activisme dont les juges constitutionnels peuvent être tentés de faire preuve connaît des

[381] Trib. const. esp., 11 avr. 1985, n° 53/85.
[382] Cour const. all., 28 mai 1993.
[383] *Supra*, a.

degrés différents. Il peut les amener à empiéter sur le seul domaine d'intervention censé revenir au législateur. C'est là un *activisme tempéré*. Il peut aussi, et simultanément, témoigner de leur ingérence dans la sphère réservée au constituant. C'est d'un *activisme aggravé* qu'il s'agit alors. Dans ce deuxième cas, le juge constitutionnel ne se contente pas de dicter au législateur telle ou telle orientation qu'il estime pertinente compte tenu de la volonté du constituant qu'il s'est efforcé de mettre en lumière. Jusqu'à un certain point, il se substitue à ce dernier. Il énonce une ou plusieurs normes constitutionnelles spécifiques aux questions bioéthiques dont il est saisi. Il procède comme à une insertion constitutionnelle au sens que l'on donne à l'expression dans la présente étude. Dans la foulée, il impose au législateur d'adopter les réponses précises qui s'inscrivent dans le prolongement de ces normes.

Il est évident que, si de telles attitudes devaient trouver à s'affirmer et à se généraliser dans le domaine biomédical, elles n'iraient pas sans soulever des difficultés.

Celles-ci ne concernent pas à proprement parler la capacité qu'a le juge constitutionnel de contribuer à éviter la réalisation des risques – réactions instinctives, ratification des pratiques de terrain, approche pragmatique – dont l'estompement du cadre constitutionnel peut provoquer la survenance dans le chef des autorités investies de la fonction de gouvernement[384]. Dans les hypothèses envisagées, une telle capacité dépend en effet du contenu des solutions que le juge apporte aux questions biomédicales en cause, fonction de la manière dont il décode la Constitution[385].

Tout au plus peut-on indiquer, en rapport avec l'hypothèse où ce juge ferait preuve d'un activisme aggravé, que la réponse précise qu'il formulerait en se substituant au constituant devrait avoir pour effet d'éviter les dérives liées aux réactions instinctives des autorités de gouvernement comme celles inhérentes à une éventuelle approche pragmatique. Ainsi, tout culte du compromis devrait être banni dès lors qu'une solution particulière, reflétant l'opinion du juge constitutionnel et de lui seul, serait censée s'imposer au regard des questions biomédicales concernées. Encore ce soi-disant avantage ne vaudrait-il que sous l'angle des adaptations répétées auxquelles peut conduire la recherche effrénée du compromis – adaptations que la prépondérance d'une solution unique devrait ici contribuer à éviter. Car rien n'indique que la réponse adoptée par le juge constitutionnel ne serait pas synonyme d'une faible résistance face aux abus potentiels de la biomédecine, à l'instar d'une solution de compromis.

Les difficultés évoquées se rapportent davantage à la légitimité de l'intervention du juge constitutionnel. Une telle légitimité se trouve en effet entamée dès l'instant où celui-ci cherche visiblement à assumer le rôle du législateur, et plus encore celui du constituant. Aux yeux des normes constitutionnelles structurantes, le juge constitutionnel n'a pas vocation à légiférer. Il n'a pas davantage vocation à amender la Constitution. Il n'a pas la qualité voulue pour ce faire. Une optique renforcée par le fait qu'il n'est pas conçu comme un représentant de l'ensemble des intérêts et des sensibilités qui s'expriment dans la société[386]. Contrairement au législateur qui intervient par l'intermédiaire d'assemblées démocratiquement élues, il ne saurait donc se prononcer valablement sur l'ensemble des exigences propres à la réalisation du bien public. Contrairement au constituant, il ne saurait dégager *ex nihilo* les valeurs fondamentales partagées par les membres de la société politique. Toute autre perspective ne saurait déboucher que sur un « gouvernement des juges », c'est-à-dire sur la substitution à la

[384] *Supra*, § 1er, B.
[385] *Infra*, 2.
[386] Sur la logique représentative en matière de justice constitutionnelle, voy. *infra*, 2, b, 1.

volonté du législateur et du constituant « de la volonté d'un groupe irresponsable coulant ses opinions propres dans le cadre élastique des formules constitutionnelles »[387].

Ces considérations ne présentent pas seulement un intérêt théorique. Elles révèlent l'impact que peut avoir sur le législateur l'activisme du juge constitutionnel – impact d'autant plus grand que l'activisme est aggravé. En matière bioéthique comme en d'autres, sinon plus qu'en d'autres vu la sensibilité des questions abordées, ce législateur risque en effet de ne se plier que de mauvaise grâce à une décision constitutionnelle dont la légitimité lui paraîtrait contestable. Des résistances pourraient même voir le jour dans son chef. Tantôt lorsqu'il se saisit ou ressaisit des questions biomédicales directement concernées par la décision, tantôt lorsqu'il appréhende des questions proches. Conséquence : le juge constitutionnel risque d'être saisi à nouveau, et rapidement, de la problématique. Sachant qu'il y a de grandes chances de le voir demeurer fidèle à la ligne de conduite qu'il s'est tracée.

Un dialogue de sourd risque ainsi de s'instaurer. À mille lieues du dialogue constructif que d'aucuns appellent de leurs vœux dans le domaine de la justice constitutionnelle[388]. Car dans ce cas de figure, il n'est pas question d'échanges entre le législateur et le juge de son œuvre. Le juge constitutionnel ne laisse pas au législateur la tâche de préciser le détail du dispositif législatif. Il ne lui reconnaît pas la faculté d'imaginer de nouvelles réponses là où il aurait décelé une violation de la Constitution. Le tout à travers des normes soumises elles aussi à son contrôle réservé. Bref, il n'y a pas matière à une interaction positive et créatrice entre autorités constituées, qui aide à préciser peu à peu les contours d'un cadre constitutionnel estompé.

En l'occurrence, le juge cherche à dicter sa propre réponse, comme s'il était détenteur d'une vérité constitutionnelle à lui seul révélée. Il manifeste sa volonté de clôturer le débat par l'argument d'autorité, alors même que ce débat s'impose avec une acuité toute particulière pour mettre en lumière le contenu d'exigences constitutionnelles singulièrement floues. Et il provoque un conflit organisé qui risque de détourner les autorités constituées comme les citoyens des nuances et des enjeux réels propres aux problématiques abordées. Ce faisant, le juge constitutionnel dessert la cause de la Constitution. *Il n'assume pas comme il se doit son rôle d'appui* à la mise en œuvre des normes constitutionnelles directrices.

Une telle perspective n'est pas pure projection de l'esprit. Jusqu'à un certain point, la situation décrite s'est présentée aux États-Unis à la suite de l'arrêt *Roe* : les législateurs étatiques ont fait montre d'une forte résistance à l'encontre de la solution imposée par celui-ci[389]. De sorte que la Cour a été saisie à maintes reprises de normes s'efforçant de repousser les limites étroites posées par sa jurisprudence. Une jurisprudence qu'elle a maintenue durant unquinzaine d'années[390] – au moins jusqu'à l'arrêt *Webster* de 1989 –, exprimant même une forme d'exaspération devant l'opposition rencontrée au sein des États[391].

---

[387] J. RIVERO, Note sous Cons. const. fr., 15 janv. 1975, n° 75-54 DC, *A.J.D.A.*, 1975, p. 137.
[388] F. TULKENS, *op. cit.*, p. 35 ; M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, *op. cit.*, p. 88.
[389] C. BARON, *op. cit.*, pp. 37 et 79-80
[390] Voy. C. supr. américaine, *Planning familial du Missouri central v. Danforth A.G.* (1976), concernant une loi non encore en vigueur de l'État du Missouri ; *Colautti v. Franklin* (1979), concernant une loi de l'État de Pennsylvanie ; *Belloti v. Baird* (1979), concernant une loi de l'État du Massachusetts ; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* (1983), concernant un règlement municipal d'une ville de l'Ohio ; *Thornburg v. American College of Obstetricians and Gynecologists* (1986), concernant une nouvelle loi de l'État de Pennsylvanie.
[391] Dans l'arrêt *Thornburg v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, la Cour note au passage que « dans les années depuis *Roe*, les États et les municipalités ont adopté un nombre de mesures apparemment élaborées pour empêcher une femme, avec les conseil de son médecin, d'exercer sa liberté de choix » (traduit par C. BARON, *op. cit.*, p. 38).

c. L'attitude abstentionniste

Les questions biomédicales sont complexes et sensibles. Elles confrontent les juges constitutionnels à d'épineuses difficultés. Contraints de se prononcer à leur sujet du fait du recours dont ils sont saisis, ceux-ci peuvent être tentés de conforter à tout prix l'œuvre du législateur. De lui décerner un brevet de constitutionnalité quelle que soit la solution qu'elle consacre. C'est l'*attitude abstentionniste* : les juges constitutionnels s'effacent complètement devant la norme adoptée par le législateur et renoncent ainsi à exercer leur contrôle.

L'hypothèse doit être bien comprise. En quelque matière que ce soit, il est évident que l'exercice par le juge constitutionnel de la mission qui lui incombe ne saurait l'amener à déclarer systématiquement l'inconstitutionnalité des normes qui lui sont déférées. Au contraire, il est de la nature de cette mission « de sauvegarder – lorsque cela est possible – l'œuvre du législateur : celui-ci doit [...] bénéficier de la présomption, *iuris tantum*, d'avoir voulu respecter la Constitution »[392]. Mais telle n'est pas l'optique évoquée en l'occurrence. Le constat de constitutionnalité dont il est question ici n'est pas celui qui découle d'un contrôle pleinement assumé par le juge, aboutissant au constat justifié qu'il est possible de sauvegarder la norme. Il se présente comme celui qui s'impose *a priori*, sans autre forme de procès. C'est-à-dire en dehors de l'exercice d'un réel contrôle de constitutionnalité. Par exemple parce qu'« il ne serait pas possible de faire autrement » d'un point de vue politique, ou parce que les juges ne parviendraient pas à se mettre d'accord sur une problématique qui les divise profondément.

Sur un autre plan, on ajoutera qu'en matière bioéthique comme en d'autres, il arrive que les juges constitutionnels esquivent le fond de la question dont ils sont saisis en motivant leur décision par des considérations étrangères au cœur de la problématique dont elle relève[393]. À nouveau, telle n'est pas la situation que l'on envisage ici. L'analyse vise bien l'hypothèse où ces juges abordent le fond des dispositions qui leur sont soumises, tout en faisant preuve à leur égard d'une excessive « prudence jurisprudentielle »[394] – quelle que soit la forme que prend celle-ci.

Le cas de figure évoqué n'est pas un cas d'école. L'arrêt que la Cour d'arbitrage belge a rendu en 2004 sur la question de l'euthanasie[395] – étonnamment méconnu par la doctrine[396] – en témoigne (1). Il atteste que la tentation de l'abstentionnisme n'est pas absente du champ biomédical (2).

---

[392] M. MELCHIOR, « De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1995, p. 66. Voy. également X. DELGRANGE, *op. cit.*, p. 238 ; P. VANDERNOOT, *op. cit.*, p. 363.

[393] Voy. par exemple Cour const. it., 7 mai 1981, n° 108, qui refuse d'annuler une loi dépénalisant partiellement l'avortement au motif que ceci aurait pour effet d'étendre la sphère de la répression pénale ; Trib. const. esp., 27 juin 1984, n° 75/84, qui admet que la requérante n'avait pas à être condamnée en Espagne pour un avortement subi à l'étranger dès lors que celui-ci ne constituait pas un délit au moment où il avait été pratiqué ; C. supr. Can., *Borowski c. Canada* (1989), qui ne se prononce pas sur les droits du fœtus au motif qu'à la suite de l'arrêt *Morgentaler* de 1988, le litige était devenu théorique et que le requérant avait perdu la qualité pour agir (Le juge Sopinka indique à ce sujet, au nom de la Cour: « Quoique je n'exprime pas d'opinion sur les droits du fœtus, je ne suis pas certain du tout qu'une décision sur le fond éliminerait la nécessité de litiges répétés. [...] Au lieu de clarifier le droit, une décision en faveur de l'appelant aurait l'effet contraire ») ; Cour const. all., 27 oct. 1998, qui se prononce sur une loi bavaroise visant à compléter la loi fédérale relative à l'avortement à la lumière des principes relatifs à la répartition des compétences.

[394] F. DELPÉRÉE, « Lire un arrêt de la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1996, p. 289.

[395] C. arb. bel., 14 janv. 2004, n° 4/2004.

[396] Voy. seulement les quelques lignes consacrées à l'arrêt dans B., E. Note, *NjW*, 3 mars 2004, p. 271 ; VANDEVELDE, M., « Arbitragehof laat euthanasiewet in leven », *Juristenkrant*, 11 févr. 2004, n° 83, p. 15.

1) Une illustration : la Cour d'arbitrage de Belgique face à l'euthanasie

La Cour d'arbitrage est amenée à connaître de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie par le biais d'un recours en annulation intenté par deux associations dont l'objet social consiste notamment à défendre la vie humaine des premiers stades de son développement à la mort naturelle. Ces associations estiment que la loi viole le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination en tant qu'elle crée une discrimination entre deux catégories de personnes. D'une part, celles qui bénéficient de la protection que l'État doit garantir à leur droit à la vie, en vertu de l'obligation de prestation que lui impose l'article 2 de la CEDH. D'autre part, les personnes visées aux articles 3 et 4 de la loi – autorisant l'euthanasie sous conditions[397] –, qui ne bénéficient plus de cette protection au nom du respect d'une soi-disant autonomie inexistante dans les faits.

Selon les requérantes, en effet, le « principe de l'autodétermination ou du respect de l'autonomie, qui permettrait à chacun de décider lui-même si sa vie est encore digne d'être vécue et du moment auquel il souhaite y mettre fin, est totalement infondé ». Diverses raisons sont invoquées. Tout d'abord, « l'état de souffrance et de désarroi auquel le patient se trouve confronté est en totale contradiction avec ce principe de l'autonomie, car le patient ne dispose bien souvent plus de son libre arbitre en cette période et devient un fardeau pour les autres ». Ensuite, « le simple fait d'être capable et conscient n'implique nullement la pleine autonomie ; ce principe d'autonomie est totalement hypothéqué par l'intervention de tiers (médecins, éthiciens, etc.) ou par une possible pression familiale dans la décision de pratiquer l'euthanasie ». Enfin, « on ne peut exclure que des motifs financiers ou la nécessité de libérer un lit prennent le dessus sur ce principe d'autonomie et en viennent à fausser toutes les formes de protection et de garde-fou prévues par la loi ».

Pour sa part, le Conseil des ministres renvoie à titre principal à l'avis que la section de législation du Conseil d'État a rendu au cours de l'élaboration de la loi du 28 mai 2002. Il souligne que cet avis a soupesé l'obligation qu'a l'État de protéger la vie et celle qui lui incombe de préserver le droit à l'autodétermination du patient, découlant à la fois du droit à la protection contre les traitements inhumains ou dégradants et du droit au respect de l'intégrité physique et morale inhérent au droit à la vie privée. Il indique que, pour le Conseil d'État, « même si [la loi du 28 mai 2002] prévoit une limitation de la protection du droit à la vie accordée [jusqu'alors], elle reste dans les limites imposées à la marge d'appréciation de l'autorité nationale ».

À titre subsidiaire, le Conseil des ministres avance que les catégories établies par les parties requérantes ne sont pas comparables, dès lors que les unes se trouvent dans une situation médicale dite sans issue et non les autres. Et pour le cas où la Cour ne le suivrait pas sur ce point, il soutient que la différence de traitement, qui repose sur un critère objectif, est également raisonnablement justifiée. Notamment parce que la loi impose au médecin de procéder à des consultations préalables à l'euthanasie et qu'un contrôle est établi via l'intervention de la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation mise sur pied par l'article 8 de la loi.

La réponse de la Cour d'arbitrage se décompose en deux volets.

[397] Voy., pour plus de détails sur le contenu de ces dispositions, *supra*, § 1er, B., 1.

Tout d'abord, la Cour estime que « l'objection de non-comparabilité opposée par le Conseil des ministres méconnaît qu'il résulte de la loi attaquée que les dispositions protégeant la vie diffèrent, à tort ou à raison, pour les personnes visées par les articles 3 et 4 et pour les autres ».

Ensuite, la Cour identifie les conditions que le législateur impose à la dépénalisation de l'euthanasie pratiquée par un médecin, tant sur une personne consciente que sur une personne qui ne l'est plus. Dans la foulée, elle précise : « en alléguant que les personnes visées par les articles 3 et 4 de la loi attaquée ne disposent pas de leur libre arbitre au moment de leur demande, les requérantes, raisonnant comme si elles présupposaient que qui veut cesser de vivre est nécessairement hors d'état de juger, ne tiennent aucun compte des multiples garanties inscrites dans les dispositions de la loi attaquée afin d'assurer que la personne qui exprime sa volonté dans les conditions des articles 3 et 4 le fasse en toute liberté. Les travaux préparatoires de la loi attaquée montrent d'ailleurs que les Commissions compétentes du Sénat puis de la Chambre des représentants se sont constamment préoccupées de cet aspect du problème ». Estimant en outre que « les parties requérantes ne tirent pas de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme des arguments conduisant à une autre appréciation », la Cour conclut que le moyen n'est pas fondé.

Un raisonnement aussi condensé indique à première vue que la Cour d'arbitrage ne s'investit guère dans l'approche de la problématique. Qu'elle demeure en retrait par rapport aux questions qui lui sont soumises. D'une part, les motifs qu'elle avance sont très peu étoffés, pour ne pas dire squelettiques. Abstraction faite des considérants qui rappellent les principales dispositions de la loi ou la position des parties, sa réponse tient en quatre phrases courtes et en une conclusion énonçant que le moyen n'est pas fondé. D'autre part, la réponse de la Cour d'arbitrage apparaît obscure. Elle joue sur les sous-entendus. La Cour ne fait pas œuvre pédagogique dans un domaine où une telle approche aurait pourtant été la bienvenue. Il apparaît notamment qu'elle ne mentionne pas une seule fois le droit à la vie, alors même que celui-ci est au cœur de l'argumentation développé par les parties requérantes et, plus généralement, au cœur de la problématique de l'euthanasie[398].

Cette première impression se confirme au moment de décoder l'arrêt en dégageant les présupposés sur lesquels il repose.

Concernant le premier volet du raisonnement, il faut laisser à la Cour d'arbitrage qu'elle ne cède pas à la facilité. Elle ne prétend pas que les catégories de personnes invoquées devant elle doivent être considérées comme non comparables, ce qui lui aurait permis de rejeter le recours sans pousser plus avant son contrôle du principe d'égalité. Au contraire, la Cour conteste l'argument de non-comparabilité soulevé par le Conseil des ministres : selon elle, il y a matière à appliquer le principe[399].

La réponse de la Cour d'arbitrage s'avère néanmoins ambiguë. « L'objection de non-comparabilité [...] méconnaît [...] que les dispositions protégeant la vie diffèrent [...] pour les personnes visées par les articles 3 et 4 et pour les autres ». Étant entendu que cette différence de traitement existe « à tort ou à raison » : la Cour ne se prononce pas encore sur sa

[398] Si elle fait état de l'art. 2 de la CEDH, c'est seulement pour constater que les parties requérantes n'en déduisent pas des arguments conduisant à une autre appréciation que celle qu'elle formule au regard des garanties définies par la loi.

[399] La conclusion diffère de celle adoptée par la même Cour, douze ans plus tôt, sur la question de l'égalité de traitement entre enfants nés et enfants à naître au regard de la législation en matière d'avortement: la Cour avait alors affirmé que l'enfant à naître ne doit pas être traité à tous égards de manière identique à l'enfant né et vivant (C. arb. bel., 19 déc. 1991, n° 39/91 [6.B.3. et 6.B.4.]).

constitutionnalité ; elle se borne à constater son existence. L'énoncé ne laisse pas de surprendre : le fait même que la loi entreprise ait pour effet d'imposer un régime différent aux deux catégories de personnes prises en compte suffit-il à justifier que ces deux catégories sont comparables ? Ceci est difficilement admissible. Une différence de traitement n'implique pas par elle-même la comparabilité des situations en cause.

En réalité, un chaînon paraît manquer au raisonnement. La Cour semble sous-entendre que les personnes visées par les articles 3 et 4 de la loi jouissent de la protection de la vie, c'est-à-dire du droit fondamental à la vie, au même titre que les autres et que c'est cet élément que l'objection de non-comparabilité du Conseil des ministres tendrait à méconnaître[400]. Si telle est la lecture qu'il convient de faire de l'affirmation de la Cour d'arbitrage, l'argument exprime une position de principe du juge constitutionnel : même lorsqu'elle est placée dans une situation médicale sans issue et souhaite mourir – qu'elle exprime ce souhait verbalement ou qu'elle soit inconsciente et l'ait fait au préalable dans une déclaration écrite récente –, *toute personne jouit du droit à la vie et de la protection qui lui est associée*. Une même position sous-tend l'avis du Conseil d'État rendu préalablement à l'adoption de la loi[401], mais la Cour d'arbitrage s'abstient de le relever[402].

L'argument est-il convaincant ? Suffit-il que deux personnes soient titulaires d'un même droit pour pouvoir être comparées l'une à l'autre en toutes circonstances ? On ne peut l'affirmer. Mais on ne peut le nier non plus. Tout dépend de la mesure législative au regard de laquelle la comparaison est effectuée. En l'occurrence, ceci n'est pas inconcevable dès lors que le droit en jeu est le droit à la vie et que la législation entreprise concerne la possibilité de mettre fin à cette dernière.

Il reste que l'argument demeure abstrait. La Cour ne s'aventure pas sur le terrain factuel. Elle ne tente pas de montrer en quoi le malade placé dans une « situation médicale sans issue » faisant état « d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable » requiert que sa vie soit protégée, de la même manière, sinon plus, que toute personne « dont l'intégrité mentale et physique est bonne » parce qu'elle n'est pas « terrassé[e] par la maladie, le désespoir et la souffrance » – pour reprendre sur ce dernier point la formule des parties requérantes.

Dans la foulée, il faut noter que la Cour demeure silencieuse sur le caractère objectif et raisonnable de la distinction opérée entre les deux catégories de personnes. Caractère dont dépend pourtant, d'après les balises qu'elle s'est données dès 1989, la conformité au principe d'égalité de toute distinction pratiquée par la loi.

---

[400] Une méconnaissance d'autant moins acceptable que le Conseil des ministres a lui-même rappelé que « chacun (...) bénéficie du droit à la vie », de sorte que « les parties requérantes soutiennent à tort que les individus en bonne santé physique et mentale bénéficient du droit à la vie alors que les autres n'en bénéficieraient plus ».

[401] Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 20 juin 2001, sur une proposition de loi relative à l'euthanasie et sur une proposition de loi relative aux soins palliatifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/2, en particulier point 7, al. 1er.

[402] La Cour complète ainsi la conception qu'elle a adoptée au regard de la personne humaine en matière d'avortement (*supra*, note 399). Elle ne le fait néanmoins que partiellement: l'affirmation ne prend pas en compte les personnes en fin de vie qui ne se trouvent pas dans les conditions visées aux art. 3 et 4 de la loi, c'est-à-dire les personnes atteintes d'une affection grave et incurable, placées dans une situation irréversible selon l'état de la science, qui sont inconscientes mais n'ont pas exprimé par écrit leur volonté dans une déclaration de moins de cinq ans. La Cour ne va pas au-delà du strict nécessaire: la situation de ces personnes n'est pas abordée.

Dans le deuxième volet de son raisonnement, la Cour d'arbitrage se penche sur le libre arbitre des malades placés dans une situation médicale sans issue. Ce faisant, elle renvoie implicitement à ce qui peut être considéré comme l'un des principaux objectifs de la loi du 28 mai 2002 : la consécration du *droit à l'autodétermination* de l'individu en fin de vie, qui a fait l'objet de longs développements dans l'avis de la section de législation du Conseil d'État. Sachant qu'à la différence du Conseil – dont elle ignore une fois encore l'avis –, la Cour d'arbitrage ne rattache pas ce droit à un fondement précis. Le droit à l'autodétermination, qui n'est consacré *expressis verbis* ni par le droit belge, ni par le droit international applicable dans l'ordre juridique belge, paraît ici surgir de nulle part. L'arrêt laisse entendre qu'il existe, sans plus. C'est là une deuxième position de principe du juge constitutionnel, qui n'est toutefois en rien étayée.

Implicitement attentive au droit à l'autodétermination, la Cour d'arbitrage est amenée à se pencher sur le conflit qui naît entre l'obligation qu'a l'État de respecter ce droit dans le chef du malade en fin de vie – objet même de la loi – et l'obligation qui s'impose au même État d'assurer la protection de la vie. Ceci même si elle ne fait pas mention d'un tel conflit, contrairement à la section de législation du Conseil d'État[403], et même si elle n'évoque pas la marge d'appréciation dont dispose le législateur pour concilier les deux droits[404].

Dans un premier temps, la Cour estime que « les requérantes [...] raisonn[e]nt comme si elles présupposaient que qui veut cesser de vivre est nécessairement hors d'état de juger ». Elle conteste donc la prémisse sur laquelle se fondent les auteurs du recours. Elle rejette l'idée suivant laquelle la personne qui souhaite mourir ne serait jamais, d'une quelconque façon, en mesure d'exprimer valablement un tel souhait. Selon elle, il est de l'ordre du possible qu'une personne qui demande la mort le fasse en toute autonomie[405].

Telle est l'appréciation qui a conduit le législateur à adopter la loi du 28 mai 2002. Bien sûr, il ne revient pas à la Cour de dénoncer cette appréciation pour y substituer la sienne. Elle ne saurait contester la légitimité du but poursuivi par des assemblées élues dès l'instant où celui-ci n'apparaît pas manifestement déraisonnable. En l'occurrence, toutefois, la Cour balaie l'argument avancé par les requérantes d'un revers de main, donnant ainsi l'impression de prendre parti pour le législateur. Sans doute aurait-elle gagné à énoncer sa position en des termes plus objectifs, attestant qu'elle adopte un point de vue surplombant par rapport à la loi plutôt qu'elle ne reprend sans plus le jugement sur lequel repose cette dernière.

Dans un deuxième temps, la Cour rejette l'interprétation des requérantes selon laquelle les personnes qui demandent qu'un médecin mette fin à leurs jours dans les conditions énoncées aux articles 3 et 4 de la loi ne disposeraient pas de leur libre arbitre. D'après elle, ces conditions visent en effet à garantir que la demande à laquelle il est autorisé de donner suite soit le fruit d'une volonté réelle et incontestable. La loi limite donc la dépénalisation de l'euthanasie aux cas où l'autonomie du malade est avérée. Elle est pertinente et proportionnée, de sorte qu'elle peut se voir décerner un brevet de constitutionnalité. Un tel raisonnement ne va pas sans soulever plusieurs critiques.

---

[403] Avis de la section de législation du Conseil d'État, du 20 juin 2001, sur une proposition de loi relative à l'euthanasie et sur une proposition de loi relative aux soins palliatifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/21, point 8: celui-ci s'intéresse à la mesure dans laquelle « le souhait de mourir d'un individu influence l'importance de l'obligation positive des autorités de protéger le droit à la vie ».

[404] *Ibid.*, point 8.

[405] À noter qu'une conception identique imprègne l'avis du Conseil d'État sur le même sujet, quand bien même elle n'y apparaît pas explicitement.

Tout d'abord, la Cour n'identifie pas avec précision les garanties dont elle estime qu'elles contribuent à assurer l'authenticité de la demande du patient. S'agit-il de l'ensemble des conditions légales qu'elle a énumérées au préalable ? Certaines conditions parmi celles-ci sont-elles plus particulièrement visées ? L'arrêt demeure obscur sur ce point. Au regard d'une question aussi sensible que l'euthanasie, il faut regretter semblable ambiguïté. D'autant que les conditions imposées par la loi du 28 mai 2002 n'ont pas toutes la même nature et ne répondent pas toutes aux mêmes préoccupations. Certaines d'entre elles ne visent pas à s'assurer de la volonté exprimée par le patient : elles tiennent à l'état de santé de celui-ci, dont l'appréciation ne lui est pas abandonnée dès lors qu'elle dépend de critères médicaux objectifs à vérifier dans chaque situation. La Cour ne saurait renvoyer valablement à ces autres conditions pour justifier que la loi limite la dépénalisation de l'euthanasie aux seuls cas où la volonté du patient est avérée. Cette subtilité semble pourtant lui échapper, attestant à nouveau un certain manque d'implication dans la problématique.

Ensuite, la Cour d'arbitrage n'indique pas en quoi les conditions légales auxquelles elle prête la vertu d'authentifier la volonté du patient peuvent raisonnablement être considérées comme susceptibles d'atteindre cet objectif. La Cour affirme que les mesures prévues par la loi sont pertinentes pour atteindre le but de cette dernière mais ne justifie pas cette pertinence. Certes, il n'appartient pas au juge constitutionnel de se substituer au législateur pour porter une appréciation en fait. Dans l'exercice de son contrôle, il lui incombe néanmoins de vérifier si l'appréciation du législateur ne doit pas être considérée comme manifestement déraisonnable au regard des situations qu'il cherche à régir. En l'espèce, la Cour ne s'aventure pas sur ce terrain. À nouveau, son arrêt témoigne d'une indéniable réticence à prendre en compte les dimensions concrètes de la situation médicale dite sans issue. Dans ces conditions, le juge constitutionnel, qui se plaît à dénoncer la vision de la fin de la vie propre aux requérantes, n'opte-t-il pas lui aussi pour une vision réductrice de la personne humaine qui demande la mort ?[406]. Surtout, il apparaît que le contrôle marginal qui est le sien devient ici quasi inexistant.

Enfin, la Cour n'indique rien quant à la question de savoir pourquoi la loi du 28 mai 2002, considérée comme pertinente pour atteindre son objectif, peut également être tenue pour proportionnée. Elle ne précise pas en quoi le dispositif législatif ne porte pas une atteinte exagérée au droit à la vie, notamment compte tenu du nombre limité de cas où il trouve à s'appliquer et des contrôles dont il assortit l'accomplissement de l'acte d'euthanasie[407] : son raisonnement sous-entend que la loi répond au critère de proportionnalité parce qu'elle passe le test de la pertinence. Il s'agit pourtant d'un élément essentiel du raisonnement, supposant d'évaluer si le législateur n'a pas outrepassé la marge d'appréciation qui est la sienne dans le domaine sensible où il est intervenu. La Cour demeure silencieuse sur ce point.

Chacune de ces observations l'indique à sa manière : la Cour d'arbitrage reste largement en retrait de la loi relative à l'euthanasie. Certes, elle ne prend pas soin de noter, comme elle l'avait fait en matière d'avortement, qu'elle « ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et de décision comparable à celui des assemblées législatives démocratiquement élues »[408]. Elle semble pourtant adopter une attitude plus réservée encore que ne le suggère une telle formule. Elle ne vérifie pas réellement si les mesures adoptées par le législateur « respectent le principe d'égalité et de non-discrimination », conformément à la mission qu'elle affirme elle-même

[406] La démarche diffère de celle adoptée par la Cour au regard des recours dirigé contre la loi du 3 avr. 1990, plus précisément au sujet de la problématique du consentement du père à l'avortement voulu par la mère.
[407] Éléments envisagés par la section de législation du Conseil d'État dans le point 9 de son avis.
[408] C. arb. bel., 19 déc. 1991, n° 39/91 (n° 6.B.8.).

devoir exercer dans le même arrêt de 1991[409]. Elle paraît prendre le Conseil des ministres au mot, lorsque celui-ci affirme « qu'en critiquant le choix éthique et politique relevant du pouvoir d'appréciation du législateur, les parties requérantes ne tiennent pas compte de ce que l'opportunité politique n'est pas soumise au contrôle de la Cour ».

Non qu'il s'agisse d'affirmer que la Cour d'arbitrage aurait dû remettre en cause la loi du 28 mai 2002 pour le motif que cette dernière consacrerait des solutions inadmissibles. On ne s'engage pas ici dans le difficile débat qui entoure la problématique de l'euthanasie. On critique par contre l'approche qu'adopte le juge constitutionnel en la matière. Celui-ci raisonne de telle manière qu'il paraît emboîter le pas au législateur. Purement et simplement. Au détriment d'une réflexion fondée sur le cadre dessiné par la Constitution et les conventions internationales. Manifestement, il adopte une attitude absentionniste.

Cette attitude se manifeste de manière éclatante à travers le considérant par lequel la Cour d'arbitrage affirme que « les Commissions compétentes du Sénat puis de la Chambre des représentants se sont constamment préoccupées » d'assurer que la personne qui exprime un souhait de mort le fasse en toute liberté. Comme si le seul fait pour le législateur de certifier avoir pris une question en compte suffisait à assurer la constitutionnalité de la solution qu'il a retenue pour y remédier.

2) Une tentation présente dans le champ biomédical

En matière bioéthique, l'attitude abstentionniste n'est pas le propre de la Cour d'arbitrage, ni de la question de l'euthanasie. D'autres juridictions constitutionnelles, confrontées à d'autres problématiques, trahissent elles aussi une forme de retenue excessive. Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel français, notamment, font l'objet de critiques en ce sens.

Tel est le cas de la décision qu'il rend au sujet des lois « de bioéthique » adoptées en 1994[410]. D'une part, le Conseil affirme sans plus que l'interdiction de procurer aux enfants nés d'une fécondation *in vitro* avec donneur les moyens de connaître l'identité de ce dernier ne constitue pas une atteinte à la protection de la santé ni au libre épanouissement de la personnalité garantis par le Préambule de la Constitution de 1946. Il s'agit là, selon la doctrine, d'une conclusion qui aurait mérité d'être explicitée : elle n'apparaît pas aussi évidente que le laisse entendre le juge constitutionnel, comme l'atteste la consécration d'une solution opposée dans d'autres États[411]. D'autre part, le Conseil évite de se prononcer sur plusieurs questions importantes dont il aurait pu se saisir. Il laisse de côté, par exemple, les questions constitutionnelles relatives au consentement présumé en matière de dons d'organes ou celles que soulève les traitements différents réservés aux couples mariés et non mariés du point de vue des conditions d'accès aux techniques de PMA[412]. De telles questions sont couvertes par le constat général qu'il adopte à la fin de sa décision, suivant lequel l'ensemble des dispositions [des lois entreprises] mettent en œuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables ».

---

[409] *Ibid.* (n° 6.B.8.).
[410] Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC.
[411] B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1031 ; B. MATHIEU, « L'insuffisance des normes constitutionnelles face aux développements des sciences biomédicales », *Rec. Dalloz*, 1995, Juris., p. 241 ; B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, p. 67.
[412] B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel réservé... », *op. cit.*, p. 1024 ; B. MATHIEU, « L'insuffisance... », *op. cit.*, p. 240.

C'est aussi une forme d'abstention qui prévaut dans la décision prononcée par le Conseil constitutionnel au sujet de la loi de 2001 relative à l'interruption de grossesse et à la contraception[413]. Le juge constitutionnel français omet cette fois d'appréhender d'office la question de la stérilisation des personnes incapables. Compte tenu de l'importance des enjeux en présence, « le silence du Conseil est ici assourdissant »[414]. Quant à la décision qui concerne l'importante loi relative à la bioéthique de 2004[415], elle se contente d'affirmer la constitutionnalité de la disposition qui réglemente la brevetabilité des éléments du corps humain. Elle constate pour le reste « qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution ». La question des recherches sur l'embryon, par exemple, n'est pas abordée[416].

Qu'elles soient le fait du Conseil constitutionnel, de la Cour d'arbitrage ou de toute autre juridiction, des décisions de ce type ne surprennent pas outre mesure. En 1981 déjà, Jean Rivero n'insistait-il pas sur la tendance du juge constitutionnel – français – à « filtrer le moustique et laisser passer le chameau »[417] ? Il reste qu'une telle attitude, à l'instar de l'attitude activiste, ne va pas sans poser la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité. Non parce que le juge constitutionnel usurpe les fonctions qui reviennent au législateur ou au constituant. Mais parce qu'il ne remplit pas la fonction que lui assigne les normes structurantes de la Constitution.

Par ailleurs, il est évident que l'attitude abstentionniste soulève des difficultés dans le contexte propre à la matière bioéthique. Poussée à l'extrême, en effet, elle a pour conséquence de *réduire à rien ou presque rien l'appui* que le contrôle de constitutionnalité est susceptible de procurer au législateur. En approuvant sans autre forme de procès les normes adoptées par celui-ci, le juge constitutionnel ne l'aide en aucune manière à mettre en œuvre des normes constitutionnelles directrices aux contours particulièrement flous.

Il ne contribue donc pas à éviter la réalisation des risques dont l'estompement du cadre constitutionnel peut provoquer la survenance dans le chef des autorités investies de la fonction de gouvernement : les réactions instinctives, la ratification des pratiques de terrain, les approches pragmatiques devraient trouver grâce à ses yeux.

De la même manière, le juge constitutionnel ne contribue pas à l'instauration d'un dialogue constructif entre le législateur et lui, qui puisse aider à préciser peu à peu les contours estompés de la Constitution. Il clôture prématurément le débat constitutionnel. Comme lorsqu'il fait preuve d'activisme, mais pour des raisons inverses : en l'occurrence, le dialogue est rompu par le fait qu'il n'y apporte aucun élément neuf susceptible de le nourrir.

2. Les réponses du juge constitutionnel

Le juge constitutionnel ne peut commettre un déni de justice. Quelle que soit la manière dont il exerce son contrôle, il est contraint de donner une réponse aux questions biomédicales

---

[413] Cons. const. fr., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.

[414] B. MATHIEU, « Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 2535. L'auteur ajoute, en guise de commentaire sur l'ensemble de la décision, que la Conseil constitutionnel raisonne comme « Ponce Pilate devenu juge »: il « laisse le législateur face à ses choix et se refuse à intervenir » (p. 2537).

[415] Cons. const. fr., 29 juill. 2004, n° 2004-498 DC.

[416] B. MATHIEU, « Un an... », *op. cit.*, p. 921.

[417] J. RIVERO, « Autour de la loi sécurité et liberté. 'Filtrer le moustique et laisser passer le chameau' ? », *A.J.D.A.*, 1981, p. 275.

dont il est saisi. C'est la teneur de cette réponse qui retient l'attention à ce stade. À tout le moins dans les hypothèses où elle présente une certaine consistance : on écarte de l'analyse les décisions qui témoignent d'une attitude abstentionniste du juge constitutionnel.

À cet égard, il va de soi que l'on ne saurait évoquer le contenu de l'ensemble des décisions constitutionnelles, ou même des principales d'entre elles, rendues au sujet de chaque problématique du champ bioéthique. Un tel examen dépasserait manifestement les limites de la présente étude. En l'occurrence, il faut à la fois faire preuve de plus de modestie et adopter un point de vue plus élevé.

Dans cette optique, on s'intéresse aux tendances qui marquent la jurisprudence constitutionnelle telle qu'elle se développe en matière biomédicale. Deux tendances sont plus particulièrement analysées. C'est la préoccupation que le juge constitutionnel manifeste de ne pas ignorer *les connaissances et les techniques* qui se développent dans le champ biomédical (a). C'est aussi l'attention qu'il prête aux *sensibilités qui s'expriment dans la société politique* (b).

a. L'attention portée aux connaissances et aux techniques

En plusieurs occasions, les juges constitutionnels confrontés à la matière bioéthique se préoccupent d'intégrer à leur contrôle – pour autant qu'ils l'opèrent de manière effective, c'est-à-dire sans céder à la tentation de l'abstentionnisme – des facteurs ou appréciations d'ordre scientifique. Le phénomène se manifeste de diverses manières.

Premièrement, il arrive que les juges se réfèrent à l'état d'avancement des connaissances et des techniques pour *évaluer la mesure dans laquelle une garantie constitutionnelle est respectée* par les dispositions législatives qui leur sont déférées. C'est dans cette perspective que s'inscrit le Conseil constitutionnel français lorsqu'il constate que la protection de la santé de la mère assurée par le Préambule de la Constitution de 1946 n'est pas violée par l'allongement du délai au cours duquel l'avortement peut être pratiqué lorsque la femme enceinte se trouve dans une situation de détresse. Il constate en effet que, « si l'interruption volontaire de grossesse constitue un acte médical plus délicat lorsqu'elle intervient entre la dixième et la douzième semaine, elle peut être pratiquée, en l'état actuel des connaissances et des techniques médicales, dans des conditions de sécurité telles que la santé de la femme ne se trouve pas menacée ».

Deuxièmement, il apparaît que certains juges constitutionnels cherchent à *conditionner la mise en œuvre d'une garantie constitutionnelle* en la subordonnant à l'appréciation d'un ou de plusieurs professionnels de la santé.

Telle est l'optique que retient la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Roe*. Tout en affirmant qu'au cours du premier trimestre de sa grossesse, la femme enceinte a toute latitude pour décider de garder ou non l'enfant qu'elle porte, sans que l'État puisse interférer dans son jugement, la Cour considère qu'elle ne peut effectivement exercer son droit d'avorter qu'à la condition d'avoir reçu un avis médical en ce sens. Elle consacre ainsi un large pouvoir d'appréciation du médecin dans la mise en œuvre du régime qu'elle établit. En l'occurrence, le professionnel de la santé s'avère « nécessaire au processus constitutionnel »[418].

[418] A. DESORMAUX, *op. cit.*, p. 56. On notera toutefois qu'avec la décision *Planned Parenthood of South-eastern Pennsylvania v. Casey* de 1992, qui procure un fondement nouveau au droit d'avorter – tenant non plus au droit à l'intimité mais au droit à la liberté inscrit lui aussi dans le XIVe amendement –, la Cour suprême rejette toute dépendance de la femme

D'une manière assez semblable, mais dans un contexte tout différent, la Cour constitutionnelle allemande indique en 1997 que la Loi fondamentale ne permet pas de reconnaître l'existence d'un droit à prescrire un médicament qui n'a pas fait l'objet d'une autorisation pharmaceutique[419]. En clair, l'exercice de pareil droit est conditionné à ses yeux par l'octroi de ce type d'autorisation, qui présente la particularité de s'appuyer sur « de nombreux justificatifs et l'expertise d'autorités compétentes »[420].

Troisièmement, quelques juges constitutionnels se réfèrent aux développements des connaissances et des techniques pour *éclairer l'interprétation d'une garantie constitutionnelle* applicable à la problématique dont ils sont saisis.

C'est la Cour constitutionnelle allemande qui adopte cette approche de la manière la plus manifeste, dans la première décision qu'elle rend en matière d'avortement[421]. Cherchant à interpréter le texte de l'article 2, § 2, al. 1er de la Loi fondamentale qui consacre le droit à la vie, elle souligne qu' « une connaissance biologico-physiologique [révèle] que la vie au sens d'existence historique d'un être humain, commence au plus tard quatorze jours après la conception », c'est-à-dire au moment de la nidation[422]. Elle relève également que « le développement qui s'opère ensuite est continu, si bien que l'on ne peut faire ni de division précise ni de distinction exacte entre les différentes phases de développement de la vie humaine », même après la naissance[423]. C'est ce constat qui lui permet d'affirmer que la protection assurée à la vie par la Loi fondamentale ne se limite pas à la seule personne née, ni même au fœtus viable, mais bénéficie à quiconque est doué de vie. « Tout être humain vivant » est visé par cette protection. Y compris les « êtres vivants à naître », qui ne peuvent faire l'objet d'aucune distinction par rapport aux enfants nés[424].

Dans le même ordre d'idées, et au regard de la même question, le Tribunal constitutionnel portugais observe en 1984 que la vie humaine est un donné évident, en ce compris dans ses phases antérieures à la naissance : « les progrès de la science [...] sont de nos jours tellement connus qu'il est inutile d'entreprendre ici d'autres développements ou démonstrations sur ce sujet ». Étant entendu que « la science juridique a su s'ouvrir à la compréhension de ces progrès ».

Quatrièmement, on voit des juges constitutionnels se référer aux critères scientifiques en vue de *départager les intérêts en présence* dans le contexte de la problématique dont ils sont saisis. L'arrêt *Roe* fournit ici encore une illustration de la tendance : l'une de ses particularités est précisément d'affirmer que l'intérêt étatique à la protection de la potentialité de vie humaine l'emporte sur le droit d'avorter de la mère une fois atteint le stade de viabilité du fœtus. Sachant que, pour la Cour suprême américaine, la viabilité désigne le moment à partir duquel « le fœtus est susceptible de vivre durablement hors du sein de sa mère, fût-ce grâce à une aide artificielle » et que « ce moment est généralement situé autour de sept mois ou 28 semaines, mais peut intervenir plus tôt, voire à 24 semaines »[425]. Dans l'affaire *Danforth* de

---

par rapport au médecin: elle fait de la décision qu'elle prend au sujet de la poursuite de sa grossesse une décision pleinement personnelle, expression de son choix quant à sa propre destinée.

[419] Cour const. all., 5 mars 1997.

[420] Traduit par B. MATHIEU, « La protection du droit à la santé... », *op. cit.*, p. 2.

[421] Cour const. all., 25 févr. 1975.

[422] Traduit dans *La protection constitutionnelle...*, *op. cit.*

[423] Traduit dans Comm. eur. D.H., 13 mai 1980, *X. c. Royaume-Uni*, D 8416/79, *D.R.* 19, p. 260.

[424] Traduit dans Comm. eur. D.H., 13 mai 1980, *X. c. Royaume-Uni*, D 8416/79, *D.R.* 19, p. 260.

[425] Traduit par D. CUSTOS, *op. cit.*, p. 1138.

1976[426], la Cour précise que ce n'est pas au législateur ou au tribunal mais au médecin que revient le soin de se prononcer sur la viabilité du fœtus, en tenant compte des spécificités propres à chaque cas. Une précision réitérée dans l'affaire *Colautti* de 1979[427] mais nuancée en 1989 dans l'affaire *Webster*[428].

Cinquièmement, enfin, certains juges constitutionnels s'appuient sur l'état des connaissances et des techniques pour *limiter la portée du jugement global qu'ils portent sur la constitutionnalité des normes législatives* soumises à leur contrôle. Ils laissent entendre que « l'état de la science est l'un des éléments qui détermine la validité de la loi »[429]. L'approche marque la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, dont il faut relever qu'il la met en œuvre dans le seul domaine biomédical[430] : « 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, *au regard de l'état des connaissances et des techniques*, les dispositions ainsi prises par le législateur [...] »[431].

À première vue, le souci que manifestent les juridictions constitutionnelles de prêter attention aux développements scientifiques et techniques qui caractérisent le champ biomédical peut paraître louable. Il témoigne de leur préoccupation de ne pas procéder à une mise en œuvre de la Constitution qui serait déconnectée des réalités propres au terrain où elle doit trouver à se réaliser. Ainsi, il semble que le fait d'évaluer le respect d'une garantie constitutionnelle donnée à la lumière des avancées biomédicales concrètes – premier cas de figure que l'on a évoqué – s'avère justifié : l'optique évite au juge d'adopter une solution désincarnée qui ne pourrait que susciter objections et critiques à l'encontre de sa décision. Cette première impression mérite néanmoins d'être nuancée au regard des autres modalités de prise en compte des facteurs et appréciations d'ordre scientifique.

On comprend que les juges constitutionnels soient amenés dans certaines hypothèses à subordonner la mise en œuvre d'une garantie constitutionnelle à l'avis d'un médecin ou de tout autre professionnel de la santé. Quand bien même ceci a pour effet d'opérer un transfert partiel de la prérogative protégée par la Constitution de son titulaire à un tiers, le raisonnement peut se justifier : en raison de leurs compétences, seuls des professionnels peuvent s'avérer capables de déterminer si les conditions d'un exercice raisonnable du droit ou de la liberté en cause sont réunies lorsque cet exercice met en jeu des considérations de santé individuelle ou publique. Il reste que leur pouvoir d'appréciation doit pouvoir s'exercer avec un minimum d'uniformité. Il doit aussi être encadré comme il se doit, notamment par l'indication des critères qu'il leur revient de prendre en compte – ce deuxième facteur n'étant pas dénué de rapports avec le premier.

---

[426] C. supr. américaine, *Planning familial du Missouri central v. Danforth A.G.* (1976).
[427] C. supr. américaine, *Colautti v. Franklin* (1979).
[428] C. supr. américaine, *Webster v. Reproductive Heath Services* (1989).
[429] B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1024 ; IDEM, « La France », *op. cit.*, p. 40.
[430] CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Note sous Cons. Const fr., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Cahiers Cons. const.*, 2001, n° 11, *www.conseil-constitutionnel.fr*, p. 1.
[431] Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC, relative aux lois dites de bioéthique (c'est nous qui soulignons). Pour une formule identique: Cons. const. fr., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, qui ajoute que la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception « n'a pas, *en l'état des connaissances et des techniques*, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (c'est nous qui soulignons). À noter que, déjà dans sa décision n° 75-54 DC du 15 janv. 1975, le Conseil avait indiqué de manière plus imprécise qu'aucune des dérogations prévues par [la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse n'était], *en l'état*, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconn[aissait] [...] le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 » (c'est nous qui soulignons).

Tel semble être le cas dans l'hypothèse où la Cour constitutionnelle allemande subordonne l'exercice du droit de prescrire un médicament au fait que celui-ci ait reçu l'autorisation *ad hoc* : une telle autorisation doit être délivrée de manière centralisée, sur la base d'une législation pharmaceutique censée réglementer l'intervention des experts au regard d'un objectif déterminé – assurer la sécurité de la distribution des médicaments au bénéfice de la santé de tous. Pour autant que ces experts fassent preuve d'objectivité et d'indépendance, leur intervention s'avère justifiée[432].

Mais tel n'est pas le cas, ou nettement moins, lorsque la Cour suprême américaine fait dépendre d'un avis médical l'exercice du droit au libre choix de la femme enceinte, sans autre indication. Au-delà de toute considération relative au contenu du droit d'avorter, un tel raisonnement de la juridiction constitutionnelle ne manque pas d'interpeller. Car il encourage la mise en œuvre de solutions qui pourraient s'avérer arbitraires au cas où les professionnels ne feraient pas preuve d'objectivité et d'indépendance. Des solutions diverses, aussi, dès l'instant où même les médecins les plus objectifs et les plus indépendants pourraient ne pas aboutir dans des situations semblables à des conclusions identiques, notamment parce que certains auront accès aux moyens techniques les plus performants là où d'autres devront se contenter de moyens beaucoup plus limités[433].

En pareil cas, donc, la mise en œuvre de la Constitution risque de dépendre purement et simplement de la manière dont les pratiques se développent sur le terrain. Le juge constitutionnel cède ici à la tentation qui guette le législateur : il lui impose une solution qui, même aussi rigide que la solution *Roe*, traduit une tendance analogue à entériner les faits. Par conséquent, *il ne sert pas réellement d'appui* aux autorités investies de la fonction de gouvernement. Il encourage celles-ci dans la voie critiquable qu'elles peuvent être enclines à emprunter. Sans compter qu'il affaiblit les exigences constitutionnelles en admettant de couvrir en leur nom une multitude de situations diverses. Il risque ainsi d'accentuer l'estompement qui affecte le cadre constitutionnel dans le domaine biomédical, et par là les autres dérives auxquelles cet estompement peut donner lieu dans le chef des autorités de gouvernement – réactions instinctives et autres approches pragmatiques.

Une même observation s'impose au regard des hypothèses où la juridiction constitutionnelle recourt aux critères scientifiques pour interpréter telle garantie énoncée par la Constitution ou pour départager les intérêts en présence dans le contexte de la question à régler. Certes, il faut répéter que la Constitution ne peut faire l'objet d'une lecture totalement déconnectée des réalités de la science et de la technique. Mais la nuance reste de mise. Car poussé jusqu'au bout de sa logique, le raisonnement revient à arrimer la norme suprême à l'évolution du fait scientifique. Comme si d'autres facteurs, et notamment des facteurs éthiques et sociologiques, n'entraient pas eux aussi en ligne de compte aux yeux du constituant.

Ainsi conçue, la Constitution n'est plus en mesure de corriger les excès d'un législateur qui veillerait à suivre docilement les développements d'une pratique orientée par les progrès de la biomédecine. Plus généralement, elle perd de sa consistance en raison du nombre de solutions différentes dont elle doit s'accommoder en peu de temps, progrès scientifiques obligent. De sorte qu'ici encore, elle ne parvient pas à offrir plus qu'un faible rempart face aux autres dérives liées à l'estompement du cadre constitutionnel. Bref, en décodant les normes constitutionnelles à la lumière des seuls facteurs scientifiques, le juge constitutionnel ne sert

[432] B. MATHIEU, « La protection du droit à la santé… », *op. cit.*, p. 2.
[433] A. DESORMAUX, *op. cit.*, p. 73.

pas la cause de la Constitution : à nouveau, *il ne sert pas à proprement parler d'appui* aux autorités de gouvernement.

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant de voir certaines juridictions constitutionnelles prendre leurs distances par rapport à l'interprétation purement scientifique des normes de la Constitution. On constate ainsi qu'après avoir renvoyé aux progrès de la science pour affirmer l'évidence de la vie humaine, en ce compris avant la naissance, la décision susmentionnée du Tribunal constitutionnel portugais abandonne clairement cette perspective au moment de préciser la nature de la vie intra-utérine par rapport à celle de la mère. Le Tribunal note que, « bien que [...] la science nous di[se] qu'il n'y a aucune différence qualitative entre les deux, [...] pour le droit, il peut en aller autrement, car la science juridique est encore loin d'avoir atteint aux mêmes conclusions, ceci malgré une lente progression en ce sens »[434]. Dans la même optique, mais de manière plus manifeste encore, la Cour suprême du Canada affirme, dans l'affaire *Tremblay c. Daigle* de 1989, que « les arguments scientifiques sur le statut biologique du fœtus ne sont pas déterminants. La classification juridique et la classification scientifique du fœtus sont deux démarches différentes. L'attribution de la personnalité au fœtus est en droit une tâche essentiellement normative ».

Enfin, la tendance du juge constitutionnel à statuer « en l'état des connaissances et des techniques » ne va pas elle non plus sans soulever des critiques. Certes, il est évident, une fois encore, qu'un tel juge ne peut demeurer insensible aux évolutions technoscientifiques. Il peut très bien prononcer l'inconstitutionnalité des normes qui lui sont déférées en constatant qu'elles ne sont pas adaptées à ces évolutions. Telle est la solution que retient la Cour d'arbitrage de Belgique lorsqu'elle statue sur une disposition de la législation relative aux accidents du travail qui refuse d'accorder une rente à l'enfant né ou conçu avant l'accident mortel du travailleur mais reconnu par son conjoint après cet accident, au motif que ceci encouragerait les reconnaissances intéressées. Pour la Cour, « cette justification n'est plus pertinente aujourd'hui ». La procédure de reconnaissance offre désormais suffisamment de garanties contre les risques de fausses reconnaissances, « spécialement depuis qu'il est permis de recourir à des modes de preuve scientifiques fiables » : l'établissement de la filiation *post mortem* se fait « au terme d'une procédure au cours de laquelle le juge peut ordonner, même d'office, 'l'examen du sang ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées' »[435].

Il y a cependant une marge entre le fait de constater *a posteriori* que le contexte technologique a changé de telle manière qu'une norme n'est plus en phase avec les exigences constitutionnelles et le fait d'annoncer *a priori* que la conclusion formulée au regard de la Constitution est liée à un « état des connaissances et des techniques » dont il est sous-entendu qu'il va évoluer. Cette dernière stratégie accrédite en effet l'idée que les appréciations portées par le juge constitutionnel sont tout à fait provisoires[436]. Que celui-ci devra nécessairement revoir son raisonnement au moment où l'évolution pressentie sera avérée. Bref, qu'il pourrait entériner des normes législatives nouvelles inspirées de l'évolution des connaissances et des techniques. En procédant de la sorte, le juge encourage donc la propension des autorités de gouvernement à faire écho aux pratiques de terrain guidées par l'état de la science. Par la même occasion, il affaiblit le cadre constitutionnel en laissant entendre que celui-ci pourrait

[434] Trib. const. port., 19 mars 1984, n° 24/84 (traduit par J. MIRANDA, *op. cit.*, p. 195).
[435] C. arb. bel., 6 nov. 2001, n° 142/2001 (B.3.). Voy. également, pour un raisonnement analogue, C. arb. bel., 20 avril 1999, n° 46/99 (B.5.). ; C. arb. bel., 9 janv. 2002, n° 10/2002 (B.4.).
[436] B. MATHIEU, « La France », *op. cit.*, p. 40 ; B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.* , pp. 548-549 ; B. MATHIEU, « La place des normes... », *op. cit.*, p. 74.

tolérer toute solution conforme à ces pratiques, quelles qu'elles soient. Une fois encore, il ouvre ainsi la voie aux autres dérives liées à l'estompement des normes constitutionnelles directrices. *Son intervention ne sert donc pas d'appui réel* aux autorités de gouvernement dans la mise en œuvre de ces normes.

b. L'attention portée aux sensibilités en présence

Une seconde orientation se dessine au cœur des décisions constitutionnelles relatives à la matière bioéthique : bien souvent, de telles décisions s'efforcent de faire preuve d'ouverture vis-à-vis d'un large éventail des sensibilités qui traversent la société où elles sont rendues.

Très logiquement, cette tendance n'apparaît pas au cœur des décisions marquées par l'abstentionnisme du juge constitutionnel. Mais à la différence de la première, elle ne saurait concerner non plus, à proprement parler, les décisions caractérisées par un activisme aggravé. Cette dernière attitude conduit en effet le juge constitutionnel à faire prévaloir jusqu'à un certain point sa propre perception des questions en cause, au détriment d'une prise en compte des exigences constitutionnelles[437]. Il est évident qu'une telle perception fait écho à une opinion particulière qui se manifeste au sujet de la problématique. Mais l'attitude même du juge le conduit à ne prendre en compte, pour l'essentiel, que cette seule opinion avec laquelle il est en phase.

Pareille approche de la matière n'est pas partagée par les juges constitutionnels qui rejettent l'activisme aggravé – y compris ceux qui font preuve d'un activisme tempéré, dès lors que celui-ci les amène moins à imposer leur opinion propre sur le fond des questions abordées qu'à dicter au législateur des mesures précises censées prolonger la volonté du constituant qu'ils se sont efforcés de dégager. Ces juges affichent en bien des circonstances le souci de dépasser la perception qui leur est propre pour prêter attention à la diversité des sensibilités sociales. Un souci qui tend à se manifester de deux manières différentes. Tantôt à travers l'*expression d'opinions multiples* (1). Tantôt à travers l'*adoption de solutions d'équilibre* (2).

1) L'expression d'opinions multiples

La technique ne se conçoit, c'est évident, que dans les systèmes de contrôle de constitutionnalité qui admettent l'expression par les juges constitutionnels d'opinions concurrentes et dissidentes. Dans de tels systèmes, il n'est pas rare de voir les juges mettre à profit la faculté qui leur est laissée d'exprimer publiquement leur approche personnelle des points juridiques à trancher pour laisser transparaître leur approche personnelle des questions biomédicales en cause[438]. L'idée étant que l'accumulation des opinions exprimées doit offrir un reflet des principales positions qui se dessinent au sein de la société en rapport avec les questions biomédicales concernées. En pareil cas, la solution finale que la Cour apporte aux questions dont elle est saisie, c'est-à-dire le constat de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité qu'elle formule, n'est pas le fruit d'une délibération collégiale, même conduite seulement entre une partie des juges dont les autres se désolidariseraient en exprimant une opinion séparée. Elle s'établit à la lumière du recensement mécanique des

[437] *Supra*, 1, b, 2.

[438] Pour ce qui concerne le Canada, S. Philips-Nootens observe ainsi qu'en un domaine aussi délicat, les juges « peuvent en effet difficilement faire abstraction des valeurs fondamentales qui sont aussi les leurs » (S. PHILIPS-NOOTENS, « La Cour suprême... », *op. cit.*, p. 147).

opinions en présence : elle équivaut à la solution à laquelle aboutissent la majorité des juges sur la base de l'argumentation propre développée par chacun d'eux.

L'arrêt *Morgentaler* que la Cour suprême du Canada rend en 1988 sur la question de l'avortement offre une claire illustration du phénomène. Les sept juges qui composent le siège de la Cour se divisent en effet en quatre groupes distincts au moment de rendre la décision.

Un premier groupe est constitué de la seule Juge Wilson, qui admet l'inconstitutionnalité du régime de l'avortement imposé par l'article 251 du Code criminel sur la base des motifs les plus libéraux – nettement inspirés de la jurisprudence *Roe*. Raisonnant au départ du droit à la sécurité et du droit à la liberté consacrés par l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, elle insiste sur le contrôle que la femme enceinte doit pouvoir exercer à l'égard de sa capacité de reproduction, c'est-à-dire sur la liberté dont celle-ci doit pouvoir disposer concernant les décisions qui se rapportent à sa grossesse. La Juge estime que cette liberté est méconnue par le Code criminel. Elle soutient en outre qu'une telle violation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale évoqués par l'article 7 – dont la sauvegarde permet de porter atteinte aux garanties énoncées par cette disposition – dès lors que le même Code enfreint la liberté de conscience de la femme enceinte. Elle avance enfin que la violation de l'article 7 ne peut être justifiée à la lumière des exigences que l'article 1^er^ de la Charte impose à toute restriction apportée aux droits et libertés énoncés par celle-ci.

Un deuxième groupe est formé des Juges Dickson et Lamer. Il se présente comme le groupe intermédiaire. Les deux juges défendent eux aussi l'inconstitutionnalité de l'article 251 du Code criminel, mais cette fois sur la base du seul droit à la sécurité. Ils estiment que le régime prévu par cette disposition impose à la femme enceinte qui désire interrompre sa grossesse des conditions dénuées de tout rapport avec ses aspirations. Tant parce qu'il la prive de son pouvoir de décision, qu'il remet entre les mains de tiers, que parce qu'il lui impose des délais longs et préjudiciables avant d'obtenir l'avortement. Ces deux éléments ont pour effet de porter atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle de la femme, violant ainsi son droit à la sécurité. Violation elle aussi contraire aux principes de justice fondamentale : les restrictions imposées par l'article 251 du Code à la possibilité d'obtenir un avortement sont conçues de telle manière qu'elles rendent illusoire la défense qu'il offre à l'encontre de l'incrimination qu'il établit. Violation qui ne peut non plus être justifiée à la lumière de l'article 1^er^ de la Charte.

Un troisième groupe rassemble les Juges Beetz et Estey. C'est lui qui exprime les motifs les plus mesurés en faveur de l'inconstitutionnalité du Code criminel. En l'occurrence, le régime prévu par celui-ci est dénoncé au motif qu'il viole le droit à la sécurité de la femme enceinte parce qu'il impose à celle-ci de choisir entre « la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et [...] un traitement inadéquat, voire aucun traitement ». Cette violation, de surcroît, n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale : le régime légal s'avère manifestement injuste. Car bon nombre d'hôpitaux canadiens sont dans l'impossibilité de remplir les conditions qu'il impose sur le plan organisationnel, de telle sorte que l'avortement ne peut y être pratiqué. Et parce que l'article 251 du Code n'encadre d'aucune manière la décision des comités d'avortement thérapeutique appelés à autoriser l'interruption de grossesse. Enfin, la violation ne répond pas aux exigences de l'article 1^er^ de la Charte.

Le quatrième et dernier groupe, quant à lui, réunit les Juges McIntyre et La Forest. Ceux-ci formulent une opinion dissidente. Ils refusent de déclarer inconstitutionnel le Code criminel.

Pour soutenir leur point de vue, ils avancent notamment que le droit à l'avortement n'existe pas dans le droit canadien, de telle sorte qu'il ne peut être dégagé de la Charte des droits et libertés. Ils soutiennent aussi que les inégalités qui se dessinent dans la mise en œuvre du régime établi par l'article 251 ne sont pas le fait de la loi mais de facteurs qui lui sont étrangers.

D'autres arrêts marquants propres à la matière biomédicale reposent sur une telle approche plurielle. Au Canada, où les juges de la Cour suprême « semblent souvent ne pouvoir se résigner à fondre leurs arguments dans une opinion collective »[439], mais aussi dans d'autres États. Ainsi, la technique des opinions multiples caractérise-t-elle notamment l'arrêt *Webster* de la Cour suprême des États-Unis[440], qui porte un premier coup de canif à la jurisprudence *Roe*[441]. Elle marque aussi les arrêts que la même juridiction rend en matière d'assistance médicale au suicide : quand bien même les arrêts *Washington v. Glucksberg* et *Vacco v. Quill* de 1997 aboutissent à une solution unanime, consistant à rejeter l'existence d'un droit constitutionnel au suicide ou à l'aide au suicide, ils reposent sur des argumentations très diversifiées, qui s'expriment à travers pas moins de six opinions distinctes[442].

Une telle optique, il faut le souligner, soulève des objections. Le fait que les juges constitutionnels manifestent de manière visible leurs positions personnelles ne va pas sans poser problème.

Certes, la stratégie ne se traduit pas ici par un activisme aggravé de la juridiction constitutionnelle, qui l'amène à substituer son appréciation à celle du constituant. En l'occurrence, les juges de la Cour, ou du moins une majorité d'entre eux, ne cherchent pas à imposer à la lumière de leurs convictions propres une position unique qu'ils partagent – position dont il y a de grandes chances qu'elle reflète *de facto* une sensibilité particulière, mais une seule, parmi celles qui se manifestent au sein de la société. Au contraire : en extériorisant sa vision propre de la problématique, chaque juge qui exprime une opinion séparée fait ici écho à l'une des thèses développées à son sujet au sein de la société, thèse distincte de celles auxquelles renvoient les autres membres de la juridiction.

Mais on trouve là l'expression d'une logique représentative condamnable du point de vue de la justice constitutionnelle. Condamnable parce qu'elle n'est pas conforme aux prévisions d'une Constitution qui investit les juges constitutionnels d'une fonction de contrôle et non d'une fonction de gouvernement ou d'une fonction constituante[443]. Condamnable aussi parce qu'elle conduit les mêmes juges à exercer leur contrôle de manière inadéquate[444] : en amenant

---

[439] *Ibid.*, p. 147.

[440] C. supr. américaine, *Webster v. Reproductive Heath Services* (1989). Voy. F. MODERNE, « La liberté ne trouve pas refuge dans une jurisprudence qui doute (à propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Planned parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Robert P. Casey et al.*, du 29 juin 1992, relatif au droit à l'interruption de grossesse) », *Rev. fr. dr. const.*, 1992, p. 586.

[441] *Supra*, 1, b, 1.

[442] G. SCOFFONI et J. VARAT, « L'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte (janvier-juin 1997), États-Unis », *Rev. fr. dr. const.*, 1997, p. 847 ; G. SCOFFONI, « Chronique – États-Unis », *A.I.J.C.*, 1997, pp. 627-628.

[443] *Supra*, 1, b, 2.

[444] M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, *op. cit.*, p. 52: « Le rôle d'une Cour constitutionnelle, qui entend assurer pleinement son rôle de contre-pouvoir, est d'écouter et, s'il échet, de protéger ceux dont les intérêts ont été délaissés dans les hémicycles parlementaires et les cénacles gouvernementaux ». *Contra*: « Chaque juge peut légitimement prendre en considération les valeurs fondamentales de sa propre philosophie politique mais non les avantages à court terme de la politique de parti. Il n'est pas mauvais que des différences d'orientation philosophique conduisent certains juges à des conclusions constitutionnelles différentes ; tant que l'ensemble de la magistrature représente les différents points de vue, il devrait se dégager un consensus équilibré » (D. GIBSON, « L'interprétation de la Charte canadienne des Droits et Libertés: considérations générales », *in*

chacun d'eux à se faire le porte-parole de la sensibilité qu'affiche un groupe social particulier au sujet des questions bioéthiques en cause, elle détourne son attention de sensibilités nettement plus fondamentales censées inspirer sa lecture des normes directrices de la Constitution. Sensibilités dont la prise en compte doit conforter ces normes – au moment de leur donner un contenu pour en faire application – en leur qualité d'expressions des valeurs sociales partagées par les membres de la collectivité étatique[445].

Plus encore que tout autre autorité constituée, en effet, le juge constitutionnel doit veiller à orienter son action à la lumière du consensus social fondamental qui se forge autour de la Constitution. En l'occurrence, autour des valeurs partagées qu'expriment les normes constitutionnelles directrices. Or, un tel consensus ne réside pas dans la position particulière défendue par un groupe social donné au sujet de questions spécifiques. Moins encore lorsque ces questions touchent à la biomédecine, qui tend à radicaliser les points de vue. Le consensus en cause naît des rapprochements qui s'opèrent entre les principales conceptions de l'homme coexistant au sein de la société, lorsque celles-ci sont appréhendées au niveau de ce qui forme leur substance, abstraction faite de toute question concrète[446]. Étant entendu que ces conceptions ne sont pas figées. Elles sont portées par des groupes « dont la composition et la force varient dans le temps »[447]. De sorte que, d'une époque à l'autre, une conception dominante peut se trouver marginalisée, voire même disparaître, là où d'autres tendent au contraire à se développer[448]. La prise en compte du consensus social fondamental impose par conséquent de prêter une attention aux « mouvements [de la] société politique »[449] tout entière. Selon la belle expression de M. Verdussen, le juge constitutionnel doit être « à l'écoute des cris et des murmures de la société »[450].

C'est ce que rappelle le Juge Harlan de la Cour suprême des États-Unis lorsqu'il indique, dans l'affaire *Griswold*[451] relative à la contraception au sein du couple marié, que le contenu de la clause de *due process of law* « ne peut être déterminé par référence à aucun code. [Il représente] l'équilibre que notre nation, bâtie sur les postulats du respect de la liberté individuelle, a établi entre cette liberté et les exigences d'une société organisée. [Un équilibre] déterminé par le pays, au regard de ce que l'histoire enseigne comme étant les traditions à partir desquelles il s'est développé et celles desquelles il a rompu ». Le Juge ajoute : « cette tradition est vivante. Une décision de cette Cour qui s'en départirait radicalement ne pourrait pas survivre longtemps »[452].

Cette facette du contrôle de constitutionnalité fait défaut, c'est évident, lorsque les juges constitutionnels font preuve d'un activisme aggravé. D'une certaine façon, il se situe alors *au-delà* du travail qui consiste à prêter l'oreille au consensus social fondamental et à s'en inspirer pour décoder les dispositions de la Constitution. Ils prennent la place du constituant : ils

---

W.S. TARNOPOLSKY et G.A. BEAUDOIN, *Charte canadienne des Droits et Libertés*, Toronto, Carswell Compagny, 1982, p. 34)

[445] *Supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 2.

[446] Sur ces rapprochements et leur prise en compte par le constituant lui-même, voy. *infra*, Troisième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er. Voy. également, du point de vue de la prise en compte du consensus social fondamental par le législateur, *supra*, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 2.

[447] A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 1997, p. 166.

[448] *Ibid.*, p. 166.

[449] F. DELPÉRÉE, « La vie... », *op. cit.*, p. 124.

[450] M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, *op. cit.*, p. 66. Sur ce point, voy. notamment F. LUCHAIRE, « Constitutions et contradictions », *Rev. b. dr. const.*, 1995, p. 273 ; B. MATHIEU, « La place des normes... », *op. cit.*, p. 75 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 495 ; F. MODERNE « La liberté... », *op. cit.*, p. 597 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 118 ; M. UYTTENDAELE, *Précis...*, *op. cit.*, pp. 69-73.

[451] C. supr. américaine, *Griswold v. Connecticut* (1965).

[452] Traduit par C. BARON, *op. cit.*, pp. 47-48.

complètent ces dispositions d'une norme nouvelle, qu'ils intègrent de leur propre initiative au cœur de ce qui est censé exprimer les valeurs partagées par l'ensemble de la société.

Dans l'hypothèse ici envisagée, c'est en quelque sorte la situation inverse qui prévaut. Chaque juge qui émet une opinion distincte demeure *en deçà* d'une prise en compte de la substance des conceptions de l'homme qui traversent la société, censée éclairer sa lecture des normes constitutionnelles. Ce n'est pas à dire qu'il fait preuve d'abstentionnisme : il dégage une position qui, loin de révéler une approbation automatique des réponses formulées par le législateur, témoigne d'une mise en œuvre effective de la Constitution. Mise en œuvre qui aboutit parfois, comme dans l'affaire *Morgentaler*, à la formulation d'un constat d'inconstitutionnalité. Mais le contrôle est ici amputé d'une de ses dimensions : cette dimension objective invitant à dépasser les particularismes qui divisent afin de mettre en lumière dans toute la mesure du possible, pour les prendre en compte de manière effective, les facteurs conceptuels qui unissent. Les juges constitutionnels ne tentent pas de donner à leur approche la hauteur voulue. Ils ne mettent pas en œuvre tous les moyens qui leur permettent de se détacher des positions particulières en conflit. Ils ne s'astreignent pas, notamment, à développer entre eux un dialogue riche et constructif qui puisse contribuer à dégager les quelques principes consensuels susceptibles d'aider à l'approche de la problématique au sein de la société où ils évoluent.

Ceci n'est pas dénué de conséquences dans une matière biomédicale caractérisée par des divergences de vue singulièrement marquées. Concrètement, la logique représentative ne peut aboutir qu'à la formulation d'une grande diversité de solutions. Envisagée dans sa globalité, la décision rendue par la juridiction constitutionnelle prend la forme d'un agglomérat de solutions éparpillées. L'arrêt *Morgentaler* le prouve : les seuls juges majoritaires y mettent en lumière pas moins de deux interprétations différentes du droit à la sécurité énoncé à l'article 7 de la Charte canadienne, trois interprétations différentes des principes de justice fondamentale visés par la même disposition et trois appréciations distinctes des limites que tolèrent l'article 1[er] de la Charte[453].

Dans ce genre de cas, la décision de la juridiction constitutionnelle s'avère tout sauf lisible. De sorte qu'elle ne contribue en rien à accroître la lisibilité des normes constitutionnelles directrices. Au contraire, elle reflète l'estompement du cadre dessiné par celles-ci. Pire : elle risque de le renforcer en accréditant l'idée que, dans le domaine biomédical, les normes directrices de la Constitution s'accommodent d'à peu près toutes les solutions. Concrètement, donc, *l'intervention du juge constitutionnel ne fait pas figure d'appui valable* aux autorités de gouvernement appelées à intervenir à sa suite. Elle ne contribue guère à éviter que celles-ci se laissent guider par des réactions instinctives, entérinent les pratiques de terrain ou développent une approche pragmatique en rejetant toute considération relative aux fondements.

2) L'adoption de solutions d'équilibre

Dans le domaine biomédical, les juges constitutionnels s'efforcent bien souvent de ne pas énoncer des solutions catégoriques. Rejetant une approche semblable à celle développée par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Roe*, ils cherchent à faire preuve de mesure. Ils développent un évident souci d'équilibre.

---

[453] M. HARTNEY, *op. cit.*, p. 776.

Il va de soi qu'une telle préoccupation n'est pas spécifique au champ biomédical. Elle est inhérente à la mission du juge constitutionnel comme à celle de toute autorité appelée à faire application des normes directrices de la Constitution : celles-ci ne peuvent toutes être observées pleinement au moment de régler les questions vis-à-vis desquelles elles s'avèrent pertinentes. Elles doivent être conciliées les unes avec les autres. Leur mise en œuvre doit aussi tenir compte d'autres considérations relatives à la réalisation du bien public. Lorsqu'il contrôle la loi à la lumière des normes directrices de la Constitution, le juge constitutionnel doit donc apprécier la pesée des intérêts à laquelle a procédée son auteur. Il doit vérifier qu'elle ne porte pas exagérément atteinte à l'une des garanties pertinentes sous prétexte d'en respecter une autre ou de satisfaire à une exigence extérieure qu'impose la réalisation du bien public. Ceci en tenant compte des éventuels critères généraux dont la Constitution impose la prise en compte dans l'opération de conciliation.

Les décisions du juge constitutionnel se font le reflet de ce genre d'évaluation dans le domaine biomédical comme en d'autres matières. En règle du moins[454]. C'est dans cette optique que s'inscrit par exemple le Tribunal fédéral suisse lorsqu'il affirme que l'interdiction absolue de l'insémination artificielle hétérologue et de la fécondation *in vitro* avec transfert d'embryons porte une atteinte exagérée à la liberté personnelle[455]. C'est le même souci qui guide la majorité du Tribunal constitutionnel espagnol lorsqu'elle indique que l'atteinte grave causée aux individus souffrant de maladie mentale par la stérilisation qui leur est imposée n'est pas excessive eu égard aux finalités légitimes qui sont en jeu, tenant notamment à leur dignité et à leur intégrité morale[456]. C'est encore la même préoccupation qui conduit les Cours constitutionnelles allemande et italienne à admettre que la liberté thérapeutique peut faire l'objet de limitations inhérentes aux exigences de santé publique : la faculté du patient de choisir les moyens de se soigner peut être restreinte par le biais d'une législation relative à la mise sur le marché des médicaments[457].

Dans le domaine biomédical, cependant, les juges constitutionnels semblent manifester une préoccupation d'équilibre toute particulière. Les décisions qu'ils rendent sur la problématique de l'avortement – celle qui, depuis trois décennies, a retenu le plus leur attention au sein du champ biomédical – illustre clairement le phénomène[458]. En ce domaine, la recherche de l'équilibre se manifeste à trois stades distincts de leur raisonnement.

Le premier stade renvoie à la délicate question de la protection à accorder au fœtus – ou au *nasciturus*, pour reprendre l'expression révélatrice du Tribunal constitutionnel espagnol. Bien souvent, les juges constitutionnels adoptent sur ce point une position médiane. D'un côté, ils ne lui reconnaissent pas la qualité de titulaire à part entière des droits énoncés par la Constitution, et notamment du droit à la vie. De l'autre, ils ne lui dénient pas non plus le bénéfice de toute protection constitutionnelle. *Ils le considèrent comme un objet de droit* qu'il revient à l'État de préserver au nom des obligations de prestation que lui impose la lecture objective des garanties constitutionnelles.

---

[454] Voy. à cet égard les observations formulées au sujet de l'arrêt n° 4/2004 que la Cour d'arbitrage a rendu en matière d'euthanasie (*supra*, 1, c, 1): la Cour demeure extrêmement discrète sur la conciliation à opérer entre le droit à la vie et le droit à l'autodétermination du patient en fin de vie.

[455] Trib. féd. suisse, 15 mars 1989, *K. et consorts, S. et consorts c. Grand Conseil du Canton de Saint-Gall* ; 22 déc. 1993, *L. et consorts c. Cantonde Bâle-Ville.*

[456] Trib. const. esp., 14 juill. 1994, arrêt n° 215/94.

[457] Cour const. all., 5 mars 1997 ; Cour const. it., 20 mai 1998, n° 185.

[458] L. FAVOREU, Note sous Cons. const.fr..., *op. cit.*, p. 805 ; F. MODERNE, « L'interruption volontaire de grossesse... », *op. cit.*, p. 230.

Cette position sous-tend déjà la décision que la Cour constitutionnelle italienne rend sur la problématique de l'avortement en 1975[459]. Tout en s'abstenant de définir l'embryon, la Cour considère que celui-ci est protégé notamment par l'article 2 de la Constitution, suivant lequel « la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme [...] ». D'après elle, il faut admettre que la disposition vise la situation juridique de l'embryon, tout en tenant compte de ses caractères particuliers. L'embryon apparaît ainsi comme un intérêt protégé par la Constitution : c'est l'intérêt de la collectivité à la vie[460].

La Cour constitutionnelle allemande adopte un raisonnement semblable. Une semaine après la Cour italienne[461], elle indique que « la vie de l'enfant qui se développe dans le corps de la mère représente un intérêt juridique indépendant protégé par la Constitution ». Dans la foulée, elle précise que « le devoir de protection de l'État non seulement interdit une intervention directe de l'État dans la vie de l'enfant à naître mais exige également qu'il la protège et la favorise »[462] [463].

Le Tribunal constitutionnel portugais emboîte le pas en 1984. Après avoir reconnu que la vie humaine intra-utérine est à l'évidence une vie, il constate que cette vie n'a pas nécessairement le même contenu essentiel que celle de la mère, à tout le moins aux yeux du droit. Il constate ainsi qu'il y a matière à la confrontation « d'une valeur non subjectivée du point de vue juridique – la vie humaine intra-utérine – avec d'autres valeurs juridiquement subjectivées dans la femme enceinte et dont la nature est celle de droits fondamentaux »[464]. Dans sa décision de 1985, il ajoute que la vie intra-utérine « ne peut [...] pas jouir de la même protection que la Constitution assure au droit à la vie proprement dit – lequel n'est attribué qu'aux seules personnes ». Elle est un « bien protégé constitutionnellement »[465].

Une position analogue est encore défendue par le Tribunal constitutionnel espagnol. Pour lui également, le *nasciturus* est un bien juridique constitutionnellement protégé. De telle sorte que l'État doit à la fois s'abstenir de faire obstacle au processus naturel de gestation et édicter les dispositions législatives – éventuellement pénales – propres à le protéger. Mais « cela ne signifie pas que cette protection ait à revêtir un caractère absolu car, comme il arrive à propos de tous les biens et droits constitutionnellement reconnus, elle peut et même doit, dans des hypothèses déterminées, être soumise à des limitations »[466].

---

[459] Cour const. it., 18 févr. 1975, n° 27.
[460] G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 171.
[461] Cour const. all., 25 févr. 1975.
[462] Traduit dans Comm. eur. D.H., 12 juill. 1977, *R.M. Brüggemann et A. Scheuten c. République fédérale d'Allemagne*, R 6959/75.
[463] On notera par contre que la Cour, dans son arrêt du 28 mai 1993, évoquera un réel droit à la vie de l'embryon – tout en l'enracinant davantage dans le principe de dignité de l'être humain (art. 1er, § 1er de la Loi fondamentale) que dans la garantie inhérente au droit à la vie et à l'intégrité physique (art. 2, § 2, première phrase de la Loi fondamentale) –: « La L. fond. allemande place sous la protection de l'État, en tant que devoir, la vie humaine, incluant celle de l'embryon. [...] L'État de droit doit garantir de manière égale le développement de l'embryon en vertu de son *droit à la vie*. Le *droit à la vie de l'embryon* ne dépend pas de la volonté de la mère, mais prévaut sur elle [...] » (traduit dans *La protection constitutionnelle...*, *op. cit.*).
[464] Trib. const. port., 19 mars 1984, n° 24/84 (traduit par J. MIRANDA, *op. cit.*, p. 195).
[465] Trib. const. port., 29 mai 1985, n° 85/85 (traduit par J. MIRANDA, *op. cit.*, p. 195). La position est contestée par les juges dissidents, pour qui « la vie intra-utérine est protégée par la Constitution au même titre que la vie extra-utérine puisqu'il s'agit de la même vie » (traduit par J. MIRANDA, *op. cit.*, p. 197). Elle est par contre confirmée par le Tribunal en 1998 (Trib. const. port., 17 avr. 1998, n° 288/98).
[466] Trib. const. esp., 11 avr. 1985, n° 53/85 (traduit par P. BON, « L'Espagne », *op. cit.*, p. 76). Le raisonnement, admis par les juges dissidents, est confirmé ultérieurement par le Tribunal: en 1996, dans l'arrêt qu'il rend sur la loi relative au don et à l'utilisation des fœtus humains et des embryons ou de leurs cellules, tissus et organes (Trib. const. esp., 19 déc. 1996, arrêt n° 212/96) ; en 1999, dans la décision qu'il prononce au sujet de la loi sur les techniques de reproduction assistée (Trib. const. esp., 17 juin 1999, n° 116/99).

Aussi nuancées soient-elles, de telles indications présentent un caractère explicite. Le juge constitutionnel prend expressément position sur la question du statut de l'embryon au regard de la Constitution. Il faut relever qu'il n'en va pas toujours ainsi. Les décisions d'autres juridictions constitutionnelles demeurent plus sibyllines sur cette problématique, témoignant par là d'une autre manière de faire preuve de mesure dans son approche. Ainsi le Conseil constitutionnel français se contente-t-il d'évoquer, en 1975, le « principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie » rappelé par l'article 1er de la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse qui lui est déférée[467]. Il n'indique pas si le principe repris par la loi doit ou non se voir reconnaître valeur constitutionnelle. Une question qui fait l'objet d'avis partagé au sein de la doctrine, en ce compris à la lumière de la décision que le Conseil rend en 1994 au sujet des lois dites « de bioéthique »[468]. La décision de 2001 concernant la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception s'avère quant à elle un peu plus explicite[469] : tout en demeurant silencieuse sur le point de savoir en quoi le fœtus bénéficierait d'un droit constitutionnel à la vie[470], elle laisse entendre que l'embryon bénéficie de la protection constitutionnelle inhérente au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine que le Conseil constitutionnel a dégagé en 1994 du Préambule de la Constitution de 1946[471] [472].

À un deuxième stade de leur raisonnement, les juges constitutionnels cherchent à concilier la protection reconnue au fœtus avec celle assurée aux droits des autres protagonistes, à commencer par ceux de la femme enceinte. C'est la traditionnelle opération de mise en balance des intérêts en présence que l'on évoquait plus haut. À cet égard, les juges ne suivent pas la voie ouverte par la jurisprudence *Roe* de la Cour suprême américaine : *ils ne reconnaissent pas à la femme enceinte un droit aussi radical que le droit à l'avortement*[473]. Ils estiment qu'au nom de la protection accordée à l'enfant à naître, ses prérogatives doivent être plus limitées. Sachant que le nécessaire équilibre à établir de ce point de vue est évoqué avec des accents différents d'une juridiction constitutionnelle à l'autre. Ainsi, là où la Cour italienne indique que « la loi ne peut pas attribuer à l'embryon une primauté absolue et totale en déniant une protection appropriée aux femmes enceintes »[474], la Cour allemande stipule que « la protection de la vie de l'embryon a en principe la priorité sur le droit d'autodétermination de la femme enceinte tout au long de la grossesse et ne peut être

---

[467] 15 janv. 1975, n° 75-54 DC.

[468] 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC. Dans le sens d'une reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe: B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1028 ; IDEM, « L'insuffisance... », *op. cit.*, p. 240 ; D. THOUVENIN, *op. cit.*, p. 160. Dans le sens contraire: L. DOMINGO, « Le Conseil constitutionnel et l'interruption volontaire de grossesse », *A.I.J.C.*, 2001, p. 613 ; L. FAVOREU, Note sous Cons. const. fr..., *op. cit.*, pp. 804, 806 et 809 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1653.

[469] 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.

[470] CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Note sous Cons. Const fr., 27 juin 2001, *op. cit.*, p. 1.

[471] B. MATHIEU, « Une jurisprudence... », *op. cit.*, p. 2535 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 873.

[472] On ajoutera que certains juges constitutionnels s'abstiennent de se prononcer sur le statut de l'embryon. Tel est le cas, par exemple, des juges de la majorité de la C. supr. Can dans l'arrêt *Morgentaler* de 1988: « le ministère public a reconnu que la Cour n'est pas invitée en l'espèce à évaluer des arguments relatifs aux 'droits du fœtus' ni à déterminer le sens du 'droit à la vie'. Je m'abstiens expressément de me prononcer à cet égard » (Juge Dickson). « Je n'ai pas traité de la question [...] de savoir si le terme 'chacun', à l'art. 7 [de la Charte], vise aussi le fœtus, lui conférant un droit indépendant à la vie en vertu de l'article. [...] Il n'est pas nécessaire de la trancher pour statuer sur les questions en litige en l'espèce » (Juge Wilson). Il faut toutefois noter que cette position de principe ne les empêche pas de considérer la protection du fœtus comme un objectif législatif valide aux yeux de l'art. 1er de la Charte.

[473] L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, pp. 331 et 334 ; B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1028 (au sujet de Cons. const. fr., 15 janv. 1975, n° 75-54 DC) ; IDEM, « Une jurisprudence... », *op. cit.*, p. 2535 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 873 (au sujet de Cons. const. fr., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC) ; M. HÉBERT, *op. cit.*, p. 513 (au sujet de C. supr. can., *R. c. Morgentaler* [1988]).

[474] Cour const. it., 18 févr. 1975, n° 27 (traduit par R. ARNOLD, *op. cit.*, pp. 452-453).

considérée comme pouvant faire l'objet d'une dérogation pendant une certaine période » : « il faut reconnaître la priorité à la vie de l'enfant conçu »[475].

Le troisième stade du raisonnement, enfin, conduit les juges constitutionnels à tirer une conclusion des considérations qu'ils ont développées au cours des deux premières étapes. À la lumière de celles-ci, ils se prononcent sur les modalités que le législateur doit consacrer pour faire valablement écho aux exigences constitutionnelles, et notamment sur le type d'instruments – sanctions pénales ou mesures d'une autre nature – auxquels il doit recourir à cet effet. Ici encore, ils peuvent témoigner d'un souci de nuance. Certains juges constitutionnels admettent ainsi que, là où la Constitution impose d'après eux d'interdire l'interruption volontaire de grossesse, cette interdiction ne soit pas ancrée dans le droit pénal. *Ils admettent que l'illicéité de l'avortement soit consacrée par d'autres voies que son incrimination.*

Le Tribunal constitutionnel portugais opte pour cette solution lorsqu'il indique en 1985 que « dans le cas de l'avortement et de la garantie de la vie intra-utérine, il existe d'autres moyens de protection et de combat contre l'avortement qui doivent être préférés aux mesures pénales [...] et dont l'absence ou l'insuffisance rendent les dispositions pénales encore plus lourdes et disproportionnées ». De telles dispositions ne sont en effet exigées par la Constitution que « quand il s'agit de protéger un droit ou un bien constitutionnel de première importance », ce qui, vu la position adoptée au sujet du statut de l'embryon, n'est pas le cas en l'espèce[476].

Dans une même optique, la Cour constitutionnelle allemande admet en 1993 qu'« en raison de mesures de protection constitutionnellement suffisantes et d'une autre nature, il peut être licite de renoncer à la menace pénale, dans une étendue limitée, pour des avortements non justifiés »[477]. En clair, alors qu'elle réaffirme l'obligation de principe qui s'impose à la femme enceinte, dès le début de sa grossesse, de mener celle-ci à terme, elle prend distance par rapport à la solution qu'elle avait défendue dans sa décision de 1975, qui l'avait amenée à décréter inconstitutionnelle la loi déclarant non punissable l'avortement pratiqué durant les douze premières semaines après la nidation. Elle reconnaît ici que le législateur peut marquer le caractère illicite de l'interruption volontaire de grossesse seulement à travers l'interdiction de procéder au remboursement de celle-ci, associée à une réglementation très sévère des obligations incombant à la femme enceinte, à ses proches, aux organismes consultatifs[478]. C'est à cette occasion que la Cour énonce les modalités précises que le législateur doit consacrer concernant la consultation médico-sociale préalable à l'avortement, faisant preuve par là d'un activisme tempéré[479]. Il est intéressant de noter que la distinction pratiquée par la Cour entre le caractère illicite de l'avortement et son caractère non punissable est dénoncée par certains juges dissidents, qui y voient une nuance artificielle.

Trois étapes de raisonnement, un même souci de ne pas faire droit à des solutions radicales. Manifestement, nombre des juges constitutionnels confrontés à la délicate

---

[475] Cour const. all., 25 févr. 1975 (traduit dans Comm. eur. D.H., 12 juill. 1977, *R.M. Brüggemann et A. Scheuten c. République fédérale d'Allemagne*, R 6959/75).

[476] Trib. const. port., 29 mai 1985, n° 85/85 (traduit par J. MIRANDA, *op. cit.*, p. 196). La position est contestée par les juges dissidents qui, après avoir constaté que la vie à naître est de même nature que la vie déjà née, ajoutent: « étant donné que le droit à la vie est considéré comme le plus important des droits fondamentaux, l'État est tenu de lui accorder la protection pénale nécessaire » (traduit par J. MIRANDA, *op. cit.*, p. 197).

[477] Traduit dans *La protection constitutionnelle..., op. cit.*

[478] R. ARNOLD, *op. cit.*, pp. 444-445 ; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993 », *Rev. dr. publ.*, 1995, p. 330 ; M. WOUTERS, « Le droit à la vie et la pénalisation de l'avortement. Deux réflexions à propos d'un arrêt de cassation 'en passant' », *R.W.*, 1993-1994, p. 463.

[479] *Supra*, 1, b, 2.

problématique de l'avortement s'appliquent à ne pas prendre ouvertement parti en faveur d'une des opinions qui s'affrontent à son sujet au sein de la société. Certes, ils adoptent *in fine* une position qui tend à se rapprocher davantage des unes que des autres – par la force des choses. Ils ne balaient pas pour autant d'un revers de main les autres sensibilités en présence, qu'ils jugeraient indignes d'intérêt. D'une certaine manière, ils adoptent un point de vue surplombant qui les amène à se détacher de leurs propres convictions. Mais d'une certaine manière seulement. Car l'élévation qu'ils donnent à leur approche peut demeurer limitée. Tout dépend du type de sensibilités auxquelles ils s'efforcent de faire écho.

Ainsi, le souci marqué d'adopter des solutions équilibrées peut attester que les juges constitutionnels ont prêté l'oreille au consensus social fondamental qui entoure, au moment de leur intervention, les normes directrices de la Constitution. Il peut montrer que ceux-ci ont été attentifs à la substance des conceptions de l'homme qui marquent la société où ils évoluent : conceptions qui n'ont plus l'homogénéité qui les caractérisaient autrefois, de telle manière que le consensus qui s'en dégage s'exprime à travers des développements nuancés. En particulier dans une matière bioéthique qui touche aux limites de l'existence humaine – dans l'exemple de l'avortement, aux premiers instants de la vie.

De ce point de vue, il est à la fois malaisé et délicat de pointer du doigt telle ou telle décision parmi celles évoquées pour indiquer qu'à coup sûr, elle traduit une approche de ce type. Pareille affirmation ne pourrait reposer que sur une analyse détaillée, nourrie notamment de considérations sociologiques, qui dépasse manifestement le cadre de la présente étude. À première vue, il semble néanmoins qu'un arrêt tel celui rendu en 1975 par la Cour constitutionnelle allemande s'inscrive dans la logique ici évoquée : tout en évitant de consacrer telles ou telles positions tranchées propres au débat sur l'avortement, qui l'auraient conduit à affirmer par exemple que l'embryon est titulaire d'un droit à la vie, le juge constitutionnel y indique avec clarté que la protection de la vie à naître ne peut tolérer une dépénalisation de l'avortement durant les premiers mois de la grossesse. Il témoigne ainsi d'un souci de ne pas céder au législateur sur un point qui lui paraît essentiel compte tenu de l'histoire du peuple allemand. Une motivation qui transparaît notamment du rejet par la Cour de l'objection tenant à ce que certains États occidentaux sont allés plus loin dans l'abandon de la répression de l'avortement : à cette occasion, la Cour affirme qu'aucun de ces États n'a fait, comme l'Allemagne, l'expérience d'un régime totalitaire.

Lorsque la juridiction constitutionnelle s'inscrit dans une telle logique, elle exerce pleinement la mission qui est la sienne. D'un côté, elle dégage à tout le moins une majorité en son sein, évitant d'éparpiller sa décision dans des opinions multiples qui ôtent à celle-ci une grande part de sa clarté. De l'autre, elle donne un contenu aux exigences générales de la Constitution. Enfin, elle veille à ce que ce contenu ne soit pas le fait de la conjoncture mais de cette Constitution elle-même, décodée à la lumière de ce qui fait consensus au sein de la société où elle évolue. « Quitte à affronter l'hostilité immédiate d'une opinion publique qui n'est pas toujours disposée à accepter toutes les implications découlant des valeurs sociales les plus fondamentales »[480]. Sans nul doute, *elle fournit là un appui précieux* au législateur. Elle consolide un cadre constitutionnel affaibli par sa lisibilité réduite, contribuant de cette manière à détourner les autorités de gouvernement de la tentation des réactions instinctives, de la propension à entériner les pratiques de terrain ou de l'inclination à développer une approche pragmatique.

[480] M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, *op. cit.*, p. 78. Voy. sur ce point B. MATHIEU, « La difficile appréhension... », *op. cit.*, p. 8 ; B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel... », *op. cit.*, p. 1032 ; F. MODERNE, « La liberté... », *op. cit.*, p. 597 ; M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, *op. cit.*, p. 66

La tendance très marquée de la juridiction constitutionnelle à consacrer des solutions mesurées peut toutefois être le symptôme d'une attitude d'un autre type, nettement moins compatible avec sa fonction. Elle peut traduire le fait que les juges constitutionnels, à l'instar des autorités de gouvernement, ont recherché le compromis à tout prix. En l'occurrence, non pas en rejetant la problématique des fondements, comme le législateur peut être tenté de le faire, mais en procurant à la Constitution qui consacre ces fondements une lecture visant à satisfaire les opinions particulières qui s'expriment *hic et nunc* au sujet des questions biomédicales appréhendées.

Ce n'est pas là, à proprement parler, une attitude abstentionniste. Jusqu'à un certain point, le contrôle constitutionnel est exercé de manière effective – les développements parfois subtils du raisonnement du juge en témoignent. Dans certains cas, il peut même aboutir à une sanction partielle de la loi. Mais ce contrôle vise à consacrer une solution censée recueillir l'adhésion immédiate des participants au débat bioéthique. Sans doute en raison de l'un des motifs qui peuvent expliquer l'abstentionnisme du juge constitutionnel : l'idée suivant laquelle il n'aurait pas été possible, politiquement parlant, d'adopter une solution autre, par exemple parce que les discussions auxquelles la question a donné lieu au sein des assemblées législatives ont été marquées par de longues polémiques dont il a été difficile de sortir. Sachant que d'autres considérations peuvent venir se greffer sur cette raison première, comme le souci que pourrait avoir une jeune Cour constitutionnelle d'asseoir sa légitimité en veillant à ne pas bousculer d'emblée la société politique par des décisions qui pourraient être mal reçues.

Une fois encore, il n'est pas aisé d'illustrer le propos en affirmant de manière catégorique qu'une décision donnée du juge constitutionnel trahit indéniablement la recherche d'un compromis. *A priori*, il apparaît toutefois que la Cour constitutionnelle allemande offre ici encore un exemple qui mérite d'être évoqué, à travers l'arrêt qu'elle prononce sur la question de l'avortement en 1993. En admettant que le législateur n'est plus contraint, pour marquer le caractère illicite de l'interruption volontaire de grossesse, de recourir à une protection pénale qu'elle estimait pourtant indispensable moins de vingt ans plus tôt, la Cour adopte une attitude qui ne va pas sans interpeller. Comme l'indique M. Fromont, elle tient « un langage très rigoriste, rappelant presque l'ordre moral, et en même temps, elle [cède] au législateur sur l'essentiel, à savoir la quasi liberté de la femme enceinte d'interrompre sa grossesse durant les douze premières semaines »[481]. Étant entendu qu'elle entoure cette importante concession de contraintes procédurales très précises, faisant preuve d'un activisme tempéré dont on pourrait croire qu'il est une manière de compenser sa position de repli.

Un auteur comme B. Mathieu estime que ce souci d'adopter « une position moyenne susceptible de rencontrer la plus large adhésion [...] représente l'explication première des décisions rendues par le juge dans le domaine de la bioéthique »[482]. Quelle que soit l'ampleur effective du phénomène, il est évident que pareille attitude s'avère critiquable. Comme l'expression d'opinions multiples obéissant à une logique représentative, mais sous une autre forme, la juridiction constitutionnelle qui l'adopte demeure en effet en deçà des exigences d'une saine lecture de la Constitution, éclairée par le consensus social fondamental qui entoure celle-ci. Elle n'élève pas réellement le débat : elle donne aux normes constitutionnelles directrices un contenu censé satisfaire dans l'immédiat les opinions qui s'expriment dans la société en rapport avec la pratique biomédicale en cause. Un contenu qui

[481] M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence... », *op. cit.*, p. 333.
[482] B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.*, p. 549.

correspond au plus petit commun dénominateur de ces positions particulières. Un contenu qui risque aussi d'être affecté d'une rapide péremption, condamnant les juges constitutionnels à l'adapter au gré des évolutions conjoncturelles qui affectent les besoins exprimés.

Dans ce cas, *l'intervention de la juridiction constitutionnelle ne fait pas réellement office d'appui* aux autorités de gouvernement. Même mis en œuvre par le juge constitutionnel, le cadre de la Constitution demeure lâche. Il est conçu de telle manière qu'il n'aide pas à corriger les écarts propres au culte du compromis auquel le législateur serait lui-même tenté de céder en adoptant une approche pragmatique. Par ses adaptations répétées, il risque en outre d'accréditer l'idée que la Constitution s'accommode d'à peu près toutes les réponses au regard de la problématique en cause, favorisant de cette manière les autres dérives liées à l'estompement du cadre constitutionnel.

Ces quelques constats parachèvent le tableau. Ils complètent un aperçu de la jurisprudence constitutionnelle qui, à défaut de pouvoir mettre en relief l'ensemble des spécificités qu'elle présente en matière biomédicale, se veut néanmoins révélateur de quelques-unes de ses tendances. En l'occurrence, c'est un double constat qui s'impose au terme de l'analyse.

D'un côté, il apparaît que l'intervention du juge constitutionnel sur les questions bioéthiques peut s'avérer utile aux autorités de gouvernement dès l'instant où celles-ci sont confrontées en la matière à un cadre constitutionnel estompé. Ce juge peut en effet leur procurer des réponses qui sonnent juste. Parce qu'elles sont le fruit d'une attitude modérée. Et parce qu'elles s'efforcent de faire des normes directrices de la Constitution, peu engagées et surtout peu lisibles, une analyse inspirée du consensus social fondamental relatif aux valeurs partagées dont ces normes sont l'expression.

D'un autre côté, il apparaît aussi que le même juge n'échappe pas à une série de tentations qui l'amènent à n'offrir aux autorités de gouvernement qu'un soutien inadéquat, sinon inexistant, face aux questions bioéthiques dont elles se saisissent. Tentations dont la matérialisation confirme la difficulté de la tâche qui lui incombe dans le domaine biomédical[483].

Concrètement, donc, le juge constitutionnel fait figure d'appui effectif dans le domaine biomédical. Mais cet appui est aussi *relatif* du fait des imperfections qui peuvent affecter son contrôle. Le constat atteste que, là où le *pouvoir de persuasion* des normes directrices de la Constitution laisse à désirer compte tenu de leur faible lisibilité[484], leur *pouvoir de contrainte* peut éventuellement prendre le relais : *il peut leur assurer une forme d'autorité qui les rend capables de marquer de leur empreinte l'approche des questions bioéthiques dont les autorités de gouvernement se sont saisies*. Cette empreinte n'est toutefois pas garantie : *le pouvoir de contrainte des normes directrices de la Constitution, c'est-à-dire leur autorité, demeure relatif* à l'image de l'appui que le juge constitutionnel offre en la matière aux autorités de gouvernement.

B. L'appui limité des normes internationales

Les dispositions adoptées au niveau international ne sauraient être négligées dans l'analyse de l'empreinte constitutionnelle sur l'approche des questions biomédicales de fond. Il n'est pas exclu, en effet, que de telles dispositions puissent aider les autorités investies de la

[483] *Supra*, introduction du présent point A.
[484] *Supra*, § 1er, A, 2.

fonction de gouvernement et le juge constitutionnel à appliquer les normes directrices de la Constitution en éclairant leur teneur au regard de ces questions. On évalue cet appui potentiel en distinguant très logiquement les normes internationales générales (1) et les normes internationales spécifiques à la matière bioéthique (2).

1. L'incidence des normes internationales générales

Les dispositions visées à ce stade recouvrent pour l'essentiel des règles de nature *conventionnelle*[485]. Règles dont on suppose qu'elles ont été ratifiées par l'État et, lorsque la Constitution l'exige, introduites en droit interne par l'acte d'incorporation ou de transformation requis. Pareilles dispositions ne demeurent pas étrangères aux préoccupations des autorités nationales – du moins là où elles se voient reconnaître une valeur supérieure à celle de la loi, à telle enseigne qu'elles bénéficient d'un rayonnement particulier au sein de l'État[486]. Mieux : elles peuvent effectivement être prises en compte par ces autorités au moment de mettre en œuvre les normes constitutionnelles directrices. Ceci de différentes manières.

Les autorités de gouvernement comme le juge constitutionnel peuvent procéder à une *combinaison* des normes conventionnelles et de la Constitution. Ils peuvent ériger les premières en un ensemble de *valeurs de référence* appelées à orienter la mise en œuvre de telles normes constitutionnelles transversales qu'ils désignent[487]. C'est la jurisprudence que la Cour d'arbitrage de Belgique a développée en rapport avec les articles 10 et 11 de la Constitution : selon elle, « les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges »[488], étant entendu qu'au rang de ceux-ci « figurent bien les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment. Il en est ainsi à tout le moins des droits et libertés résultant de dispositions ayant effet direct »[489].

Autorités de gouvernement et juge constitutionnel peuvent aussi procéder à une *conciliation* des normes conventionnelles et de la Constitution. Autrement dit, faire des dispositions internationales un *modèle d'interprétation* des normes constitutionnelles[490].

Le constituant lui-même peut encourager le recours à cette technique. Tantôt en consacrant une garantie en des termes analogues à ceux utilisés par une norme conventionnelle, invitant par là à procéder au rapprochement[491]. Tantôt en invitant les autorités à interpréter la

---

[485] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, introduction du point B.

[486] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, B, 2.

[487] M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », *in* J. VELU, R. ERGEC, M. VERDUSSEN *et alii*, *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 55-58 ; IDEM, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fr. dr. const.*, 1994, pp. 435-438.

[488] C. arb. bel., 14 juill. 1990, n° 26/90 (6.B.1.). Pour une antienne du même type, voy. notamment C. arb. bel., 23 avr. 1992, n° 31/92 (6.B.1.) ; 8 juill. 1997, n° 37/97 (B.7.) ; 9 déc. 1998, n° 132/98, (B.3.) ; 19 mai 2004, n° 88/2004 (B.17.). Voy. également, en tant qu'il a ouvert la voie à cette jurisprudence mais en rapport avec le seul principe de non-discrimination: C. arb. bel., 13 oct. 1989, n° 23/89 (B.1.2.).

[489] C. arb. bel., 23 mai 1990, n° 18/90, B.11.3. Pour une antienne du même type, voy. notamment C. arb. bel., 14 juill. 1990, n° 26/90 (6.B.2.) ; 18 févr. 1993, n° 14/93 (B.2.7.) ; 15 juill. 1993, n° 62/93 (B.3.2.) ; 8 mars 1994, n° 22/94 (B.1.) ; 9 janv. 1996, n° 4/96 (B.4.) ; 12 juill. 1996, n° 45/96 (B.6.2.).

[490] M. VERDUSSEN, « La Convention européenne... », *op. cit.*, pp. 44-54 ; IDEM, « La Cour d'arbitrage belge... », *op. cit.*, pp. 434-435.

[491] À titre d'exemple, voy. la Const. portugaise, dont l'art. 25, § 2 consacre l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, dégradants ou inhumains en des termes très proches de ceux de l'art. 3 de la CEDH.

Constitution à la lumière des règles internationales, que ce soit par une disposition expresse comme l'article 10, § 2 de la Constitution espagnole[492] ou au cours des travaux qu'il consacre à une disposition donnée, comme l'article 22 de la Constitution belge relatif au droit au respect de la vie privée et familiale[493].

La conciliation peut aussi être prônée par le juge constitutionnel. C'est l'approche que la Cour d'arbitrage de Belgique a retenue après l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 9 mars 2003 qui étend ses compétences : « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs dispositions [du Titre II de la Constitution ou à ses articles 170, 172 et 191], les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. [...] Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation [de ces dernières], la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »[494].

Enfin, il n'est pas exclu que les autorités de gouvernement et le juge constitutionnel voient dans une ou plusieurs normes conventionnelles données une *source d'inspiration* qui les amène à dégager du texte de la Constitution une garantie que celle-ci ne consacre pas expressément. Telle est l'optique dans laquelle s'inscrit le Conseil constitutionnel français lorsqu'en 1994, il déduit le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine de la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946 – « 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 »[495].

La question qui se pose en l'occurrence est celle de savoir si, en recourant à l'une ou l'autre de ces modalités d'application, les autorités de gouvernement comme le juge constitutionnel peuvent trouver dans les normes conventionnelles de quoi appuyer la mise en œuvre des normes constitutionnelles directrices dans le domaine biomédical.

De manière générale, les conventions internationales ne sont pas dénuées d'influence sur les droits constitutionnels nationaux. On a déjà eu l'occasion de le relever : elles se présentent comme l'un des facteurs qui contribuent aux rapprochements des normes directrices énoncées par les Constitutions contemporaines[496]. Elles inspirent les constituants à plus d'un égard. Sans pour autant que cette influence prenne la forme d'un diktat qui amènerait ceux-ci à calquer les normes qu'ils énoncent sur le contenu des conventions internationales. Il est évident que des différences demeurent entre les unes et les autres, qui favorisent leur enrichissement mutuel : tout en s'inscrivant dans une même mouvance, les normes constitutionnelles et conventionnelles conservent chacune leurs particularités, de telle manière que la lecture des unes peut tirer profit de celle des autres. Concrètement, il apparaît que les

---

[492] « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution, seront interprétées conformément [...] aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiées par l'Espagne ».

[493] « Les auteurs ont cherché à mettre le plus possible la proposition en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...], afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la CEDH » (Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*quater* relatif au respect de la vie privée, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1993-1994, n° 997/5, p. 2). Une indication sur laquelle la Cour d'arbitrage ne manque pas de mettre l'accent (C. arb. bel., 26 nov. 2003, n° 151/2003 [B.15.4.] ; 19 janv. 2005, n° 16/2005 [B.2.4]) ; 20 avr. 2005, n° 69/2005, [B.22.2.]).

[494] C. arb. bel., 22 juill. 2004, n° 136/2004 (B.5.3. et B.5.4.) ; 20 oct. 2004, n° 158/2004 (B.5.2.) ; 21 déc. 2004, n° 202/2004 (B.2.2. et B.2.3.) ; 19 janv. 2005, n° 16/2005 (B.2.3. et B.2.4.) ; 4 mai 2005, n° 87/2005 (B.46.).

[495] Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC. Voy. N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 67.

[496] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la Section 2 et § 2 de cette même Section.

normes constitutionnelles peuvent bénéficier de l'éclairage des normes conventionnelles à travers deux types d'apports de ces dernières.

C'est l'apport qui tient au *contenu* même des normes conventionnelles. Une convention internationale peut consacrer des garanties *qui ne trouvent pas d'écho* au sein de la Constitution, c'est-à-dire qui ne figurent pas en tant que telles au rang de celles énoncées par les normes constitutionnelles directrices[497]. Elle peut également consacrer des garanties protégées par la Constitution *en des termes plus précis* que cette dernière[498].

C'est aussi l'apport qui tient à la *mise en œuvre* des normes conventionnelles. Que celles-ci trouvent ou non un écho dans la Constitution, qu'elles soient ou non formulées en des termes plus précis que les normes constitutionnelles, elles peuvent avoir fait l'objet d'*applications jurisprudentielles* qui contribuent à en éclairer la signification et la portée. Soit au niveau du juge national habilité à les mettre en œuvre. Soit au niveau du juge international chargé de veiller – comme c'est le cas pour la Convention européenne des droits de l'homme – à leur respect par les États parties.

Compte tenu de ces indications, il semble clair qu'en matière bioéthique, la prise en compte des normes conventionnelles générales doit au moins contribuer à *ouvrir les perspectives* des autorités de gouvernement et du juge constitutionnel. Comme en d'autres matières. Une décision telle que celle rendue par la Cour d'arbitrage en matière d'avortement en témoigne. Confrontés à une Constitution qui ne consacre pas à proprement parler le droit à la vie, les juges constitutionnels belges trouvent leur planche de salut au niveau des conventions qui lient la Belgique. On les voit ainsi affirmer comme une évidence, en recourant à la technique de l'application combinée, qu'« il ne peut être inféré des dispositions internationales conventionnelles [...] que l'adhésion que l'État belge y a donnée emporte la garantie constitutionnelle de droits identiques aux personnes vivantes et aux enfants à naître »[499].

On ne saurait cependant affirmer que les conventions internationales offrent de quoi résoudre en toutes circonstances les difficultés auxquelles se heurte la mise en œuvre des normes directrices de la Constitution dans le champ biomédical. Au contraire, plusieurs réserves doivent être formulées de ce point de vue.

Il faut en effet garder à l'esprit que les normes conventionnelles évoquées conservent par hypothèse, à l'instar des normes constitutionnelles, une formulation générale – d'une généralité propre à des dispositions énoncées au niveau international. La signification qu'elles

---

[497] Il ne s'agit pas là d'une hypothèse farfelue. Une convention internationale peut énoncer des droits et libertés ignorés par une Constitution rédigée à une époque antérieure, marquée par d'autres préoccupations. Ainsi les art. 2 et 3 de la CEDH, qui consacrent en 1950 le droit à la vie et l'interdiction de la torture, ne trouvent-ils pas d'équivalents au sein de la Constitution belge, dont le titre II « des Belges et de leurs droits » date pour une large part de 1831.

[498] À nouveau, cette hypothèse ne tient pas du cas d'école, quand bien même les normes conventionnelles ont bien souvent reçu une formulation relativement générale compte tenu du niveau où elles sont négociées. Les art. 8, 9 et 10 de la CEDH, par exemple, énoncent le droit au respect de la vie privée, la liberté de pensée, de conscience et de religion et la liberté d'expression avec davantage de précision que les art. 22, 19 et 20 de la Constitution belge. En France, J. Rivero relève dans le même sens: « Précise, la Convention européenne l'est, beaucoup plus que les documents hétérogènes que récapitule le Préambule [de la Constitution française de 1958]. Elle pourrait plus aisément qu'eux guider la démarche du Conseil constitutionnel entre les deux écueils de l'inefficacité et du gouvernement des juges » (Note sous Cons. const. fr..., *op. cit.*, p. 138).

[499] C. arb. bel., 19 déc. 1991, n° 39/91 (6.B.3.). Dans une optique un peu différente, mais toujours dans le même sens, la Cour s'inspire de la jurisprudence générale développée par les organes de Strasbourg pour définir les notions de « torture » et de « traitement cruel ou inhumain » invoquées devant elle – ici encore sur la base des conventions internationales applicables dès lors que la Constitution belge ne consacre pas l'interdiction de telles pratiques (6.B.23.).

revêtent au regard des questions biomédicales appréhendées par les autorités nationales tend donc elle aussi à faire difficulté. L'estompement qui affecte le cadre constitutionnel en la matière ne les épargne pas. Elles engendrent des questions analogues à celles soulevées par la Constitution concernant l'objet et les bénéficiaires de la protection assurée. Même lorsqu'elles consacrent des garanties qui ne trouvent pas d'écho au niveau des normes constitutionnelles, ou lorsqu'elles sont énoncées en des termes plus précis que celles-ci. Tout bien considéré, les normes conventionnelles d'ordre général ne sont donc pas d'un grand secours dans l'approche des questions biomédicales[500], du moins lorsqu'elles sont considérées à l'état brut. *Leur appui en ce domaine demeure limité.*

C'est ainsi que la Cour constitutionnelle autrichienne, saisie en 1974 de la problématique de l'avortement, se trouve contrainte de procéder à une analyse attentive de l'article 2 de la CEDH – qu'elle prend en compte après avoir écarté la possibilité de déduire des dispositions expresses de la Constitution fédérale une protection de la vie qui vaille en matière biomédicale – quant à la question de savoir si le fœtus doit être considéré comme une « personne » au sens de cette disposition[501].

Il est vrai qu'un tel constat ne saurait valoir dans les cas où les normes conventionnelles ont fait l'objet d'applications jurisprudentielles qui se rapportent spécifiquement aux questions biomédicales que les autorités nationales s'efforcent de régler. En particulier lorsque ces questions ont été appréhendées par une juridiction internationale qui jouit d'une forte influence au sein de l'État, comme la Cour européenne des droits de l'homme : les décisions rendues par une telle juridiction cumulent l'avantage de procéder à une application de la convention dans le contexte particulier de la biomédecine à celui que leur confère leur position surplombante, qui leur permet de porter sur la problématique en cause un regard neuf parce que extérieur à l'ordre juridique national.

Prolongées par des décisions de ce type, les dispositions conventionnelles sont davantage en mesure de fournir aux autorités nationales des *points de repère* qui puissent les aider à préciser les contours du cadre constitutionnel dans le contexte biomédical. L'application procurée à ces dispositions est censée leur offrir des indications relatives aux bénéficiaires de la protection assurée, à l'objet de celle-ci et aux limites qu'elle tolère lorsqu'elle doit être conciliée avec d'autres exigences. Elle peut donc éclairer directement la portée des normes constitutionnelles correspondantes en leur fournissant un modèle d'interprétation taillé à la mesure des questions bioéthiques abordées. Plus indirectement, elle peut préciser la portée que revêtent au regard de celles-ci les valeurs de référence à prendre en compte dans la mise en œuvre d'une garantie constitutionnelle transversale. Sachant que de telles indications peuvent éclairer par ricochet le sens d'autres garanties constitutionnelles, et fournir ainsi, au regard des questions biomédicales en cause, une clé d'interprétation du cadre constitutionnel tout entier. Deux exemples illustrent le propos.

Confronté à la problématique de l'avortement, le Tribunal constitutionnel espagnol[502] fonde son interprétation de l'article 15 de la Constitution espagnole, suivant lequel « tous ont droit à la vie », sur des considérations qui renvoient notamment à la position que la Commission européenne des droits de l'homme[503] a développée en la matière au départ de

---

[500] L. FAVOREU, « Rapport introductif », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, pp. 19-20 ; B. GENEVOIS, « L'interruption volontaire de grossesse... », *op. cit.*, p. 215 ; F. MODERNE, « L'interruption volontaire de grossesse... », *op. cit.*, p. 226.
[501] C. const. Autr., 11 oct. 1974.
[502] Trib. const. esp., 11 avr. 1985, n° 53/85.
[503] Comm. eur. D.H., 13 mai 1980, *X. c. Royaume-Uni*, D 8416/79.

l'article 2 de la CEDH. Il fait ainsi écho à l'article 10, § 2 de la Constitution, qui l'oblige à interpréter les dispositions de celle-ci conformément aux traités ratifiés par l'Espagne. En l'occurrence, le Tribunal estime que la Commission a conclu à l'inapplication de la norme conventionnelle à l'enfant à naître. Il en déduit que le *nasciturus* n'est pas titulaire du droit à la vie consacré par la Constitution espagnole[504].

Toujours en rapport avec l'avortement, la Cour d'arbitrage de Belgique[505] s'inspire elle aussi de la décision de la Commission – mais sans le mentionner expressément – lorsqu'elle statue sur le droit du père du fœtus au respect de sa vie privée et familiale ainsi que sur son droit de se marier et de fonder une famille. Mais, cette fois, il n'est plus question d'utiliser la décision pour interpréter une disposition constitutionnelle donnée : à l'époque où elle rend son arrêt, ni le droit au respect de vie privée et familiale – inséré quelques années plus tard –, ni celui de se marier et de fonder une famille ne sont consacrés par la Constitution belge. De surcroît, quand bien même cela aurait été le cas, la Cour n'aurait pas été habilitée à en opérer un contrôle direct, ses compétences s'étendant seulement, du point de vue du Titre II de la Constitution, au contrôle de l'égalité et des libertés en matière d'enseignement. C'est donc en tant que valeurs de référence que les prérogatives du père du fœtus ont été invoquées devant la Cour – sur la base des conventions *ad hoc* qui permettent d'ouvrir les perspectives de son contrôle – : ces prérogatives seraient méconnues de manière discriminatoire dans le chef du père dès lors que la loi ne l'associe pas à la décision de la mère concernant l'interruption de la grossesse. Et c'est pour définir la portée de ces valeurs de référence que la Cour reprend quasi mot pour mot les développements de la Commission européenne des droits de l'homme[506].

Les avantages inhérents à l'intervention d'une juridiction internationale dans le contexte particulier de la biomédecine sont donc indéniables. Ils ne peuvent néanmoins conduire à surestimer l'appui que pareille intervention est susceptible de procurer aux autorités de gouvernement et au juge constitutionnel confrontés aux questions bioéthiques. Certes, le cadre limité de la présente étude ne permet pas d'étayer l'affirmation au moyen d'une analyse détaillée des décisions internationales rendues sur ces questions. À elle seule la matière pourrait faire l'objet d'un livre. Mais quelques constats généraux formulés à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permettent déjà d'indiquer que *l'appui fourni par une jurisprudence de ce type demeure limité.*

Premièrement, il faut noter qu'un tel appui est *loin de concerner l'ensemble des questions qui relèvent du champ bioéthique*. On constate ainsi qu'à l'heure actuelle, quand bien même la naissance de la biomédecine remonte à plusieurs décennies, la Cour européenne des droits de l'homme n'a été amenée à se prononcer que sur quelques problématiques bioéthiques. Ce sont pour l'essentiel l'avortement, les traitements médicaux forcés, les traitements visant au

---

[504] Il faut noter que le raisonnement du Tribunal ne va pas sans soulever des critiques. D'une part, la lecture qu'il fait de la décision de la Commission s'avère assez peu nuancée. Il n'apparaît pas des motifs développés par celle-ci que le juge de Strasbourg dénie radicalement au fœtus le bénéfice de tout droit à la vie. D'autre part, la formulation utilisée par l'art. 2 de la CEDH diffère nettement de celle utilisée par la Constitution espagnole: cette dernière vise à protéger le droit de « tous » et non celui de « toute personne » comme la CEDH (R. ARNOLD, *op. cit.*, p. 449 ; P. BON, « L'Espagne », *op. cit.*, p. 75).

[505] C. arb. bel., arrêt n° 39/91 du 19 déc. 1991 .

[506] « Le droit du mari ou du père à l'égalité de traitement quant au respect de sa vie privée et familiale et le droit de se marier et de fonder une famille ne peuvent être interprétés largement au point de comprendre les droits de caractère procédural qu'invoquent les parties requérantes, à savoir le droit pour un homme d'être consulté ainsi que son droit de saisir un tribunal lorsque son épouse manifeste l'intention d'interrompre sa grossesse » (6.B.14. Comp. avec Comm. eur. D.H., 13 mai 1980, *X. c. Royaume-Uni*, D 8416/79, § 27: « Eu égard au droit de la femme enceinte, la Commission n'estime pas que le droit du mari ou du père potentiel au respect de sa vie privée et familiale puisse être interprété assez largement pour englober les droits de caractère procédural que revendique le requérant, c'est-à-dire le droit d'être consulté ou celui de saisir un tribunal à propos d'un avortement que son épouse se propose de faire pratiquer sur sa personne »).

changement de sexe et le suicide assisté qui ont retenu son attention. Tant à travers les décisions de la défunte Commission qu'à travers les arrêts de la Cour à proprement parler.

Bien sûr, une telle jurisprudence devrait trouver à s'enrichir dans les années à venir, au fil des requêtes qui, dans un domaine aussi controversé, ne manqueront pas d'être soumises à la Cour européenne. Il reste que l'intervention de celle-ci risque de présenter toujours un certain décalage par rapport aux développements du champ biomédical, en raison même de son mode de saisine : le fait qu'elle ne puisse exercer ses compétences qu'une fois épuisées les voies de recours internes[507] lui impose par définition un certain recul par rapport aux situations inédites. Les autorités nationales ne devraient donc jamais trouver dans sa jurisprudence un arsenal complet de réponses aux questions biomédicales du moment.

Deuxièmement, la jurisprudence de la Cour européenne *n'apporte pas de réponse globale à l'ensemble des questions qui relèvent des problématiques bioéthiques dont elle est saisie.* Telle est la conséquence qui s'attache à la nature même du contrôle qui lui est confié, appelé à s'exercer pour l'essentiel sur la base de requêtes individuelles introduites par des particuliers qui se prétendent victimes d'une violation concrète de la Convention. Tel est aussi, un cran plus loin, le résultat de la grande prudence dont témoigne la Cour face aux questions biomédicales particulières dont elle est saisie.

De ce point de vue, il apparaît que le juge européen tire souvent profit du contexte propre à ces questions pour *restreindre au maximum la portée de sa décision.* Il évite avec un soin particulier de donner à son intervention une portée plus large que nécessaire. Autrement dit, il se garde de fournir des éléments qui pourraient donner à penser qu'il a adopté une position générale sur les sujets controversés qu'il aborde – réduisant d'autant l'appui qu'il fournit aux autorités nationales dans l'approche de ceux-ci.

Cette stratégie est mise en œuvre à plus d'une reprise en matière d'avortement. « La Commission n'estime pas nécessaire d'examiner [...] si l'enfant à naître doit être considéré comme une 'vie' au sens de l'article 2 de la Convention »[508]. « La Commission n'est pas [...] appelée à se prononcer sur l'ensemble de la question de savoir si l'article 2 reconnaît au fœtus 'un droit à la vie' pendant toute la durée de la grossesse mais seulement sur la question plus limitée de savoir si ce droit doit être présumé pendant la phase initiale de la grossesse. En outre, [...] seule la limitation destinée à protéger la vie ou la santé de la femme enceinte [...] est pertinente pour décider de la présente affaire »[509]. « La Cour relève d'emblée qu'elle ne se trouve pas appelée, en l'espèce, à déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie [...] vaut également pour le fœtus. [...] Il s'agit [...] uniquement de savoir si les restrictions à [la liberté d'expression] sont nécessaires dans une société démocratique à la protection de la morale »[510]. La Cour « estime n'avoir pas à décider du point de savoir si le fœtus peut bénéficier d'une protection au regard de la première phrase de l'article 2 [dès lors que] l'interruption de grossesse s'est effectuée conformément à l'article 5 de la loi n° 194 de 1978 » : celle-ci assure un juste équilibre entre les intérêts de la femme et la nécessaire protection du fœtus[511].

---

[507] CEDH, art. 35, § 1er.
[508] Comm. eur. D.H., 12 juill. 1977, *R.M. Brüggemann et A. Scheuten c. République fédérale d'Allemagne*, R 6959/75, § 60.
[509] Comm. eur. D.H., 13 mai 1980, *X. c. Royaume-Uni*, D 8416/79, § 22.
[510] C. eur. D.H., 29 oct. 1992, *Open Door Counselling Ltd et Dublin Well Woman Center Ltd c. Irlande*, § 66.
[511] C. eur. D.H., 5 sept. 2002, *Boso c. Italie*, § 1er.

La stratégie évoquée marque aussi l'approche de la Cour au regard de la problématique du suicide assisté. « La mesure dans laquelle un État permet ou cherche à réglementer la possibilité pour les individus en liberté de se faire du mal ou de se faire faire du mal par autrui peut donner lieu à des considérations mettant en conflit la liberté individuelle et l'intérêt public qui ne peuvent trouver leur solution qu'au terme d'un examen des circonstances particulières de l'espèce ». La Cour ajoute – laissant entendre que la position qu'elle adopte au regard du droit à la vie ne l'amènerait pas nécessairement à condamner l'État qui autorise le suicide assisté[512] – : « même si l'on devait juger non contraire à l'article 2 de la Convention la situation prévalant dans un pays donné qui autoriserait le suicide assisté, cela ne serait d'aucun secours pour la requérante en l'espèce, où n'a pas été établie la justesse de la thèse très différente selon laquelle le Royaume-Uni méconnaîtrait ses obligations découlant de l'article 2 de la Convention s'il n'autorisait pas le suicide assisté »[513].

D'un autre côté, la Cour européenne des droits de l'homme se montre particulièrement attentive à la grande diversité des sensibilités nationales qui se manifestent dans le domaine biomédical. Le constat de cette diversité l'amène souvent à reconnaître aux États une *large marge d'appréciation* pour réglementer celui-ci – les privant par la même occasion d'indications claires au sujet des questions concernées[514].

C'est l'approche qu'elle adopte dans la seule décision qui l'amène – indirectement – à traiter des questions liées aux techniques d'assistance médicale à la procréation : « il n'a pas été démontré à la Cour que les Hautes Parties contractantes suivent dans l'ensemble une approche commune lorsqu'il s'agit de traduire sur le plan juridique la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par [insémination artificielle avec donneur] et la personne assumant le rôle de père ». De sorte qu'« il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une large marge d'appréciation »[515].

C'est aussi l'approche que la Cour finit par consacrer sur la question de l'applicabilité de l'article 2 de la Convention à l'enfant à naître : « le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention [...]. Les raisons qui la poussent à ce constat sont, d'une part, que la solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des États contractants [...] et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie »[516].

C'est encore l'approche qui guide la jurisprudence de Strasbourg dans le domaine du transsexualisme – lui aussi caractérisé par le fait qu'« il n'y a guère de communauté de vues » à son sujet parmi les États parties à la Convention[517]. Du moins jusqu'à l'arrêt *Goodwin* de 2002, qui amène la Cour à attacher « moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen [...] qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des

---

[512] H. NARAYAN-FOURMENT, « L'euthanasie active: la position prudente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Médecine et droit*, 2003, p. 100.
[513] C. eur. D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, § 41.
[514] La Cour fait ainsi écho aux observations qu'on a formulées plus haut quant à la diversité des regards portés sur l'homme d'un État à l'autre (supra, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 2).
[515] C. eur. D.H., 22 avr. 1997, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, § 44.
[516] C. eur. D.H., 8 juill. 2004, *Vo c. France*, § 82.
[517] C. eur. D.H., 17 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, § 37. Voy. également C. eur. D.H., 27 sept. 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, § 40 ; C. eur. D.H., 25 mars 1992, *B. c. France*, § 48 ; C. eur. D.H., 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, § 58.

transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés ». Une démarche qualitative plutôt que quantitative[518] qui la conduit à affirmer que le Royaume-Uni – qui a échappé plusieurs fois à la condamnation – « ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière, sauf pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre afin d'assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention »[519].

Troisièmement, il faut souligner que les solutions retenues par la Cour européenne des droits de l'homme *ne sauraient être prises pour argent comptant par les autorités nationales.* Même lorsqu'elles témoignent d'une prise de position plus affirmée du juge européen qui pourrait matériellement orienter la lecture que font ces dernières du cadre dessiné par les normes constitutionnelles directrices. Plusieurs considérations entrent ici en ligne de compte.

Tout d'abord, il apparaît que la Cour se révèle elle aussi sensible à l'*état des connaissances et des techniques*. Sa jurisprudence en matière de transsexualisme le confirme : jusqu'à l'arrêt *Goodwin* de 2002, qui marque ici encore un tournant, elle évalue les droits des transsexuels à l'aune des connaissances et des techniques développées dans le domaine.

Concrètement, elle part du constat que l'appartenance à un sexe donné s'évalue à la lumière des caractères chromosomiques de l'individu. Elle note aussi que l'opération de conversion sexuelle, qui demeure impuissante à modifier ces caractères chez celui qui la subit, ne lui permet pas d'acquérir tous les caractères biologiques du sexe opposé[520]. Mais elle ajoute – et c'est là l'essentiel – que la problématique doit faire l'objet d'« un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science »[521]. Un examen auquel elle procède systématiquement dans le cadre des affaires ultérieures dont elle est saisie. En 1998, par exemple, elle estime que « les requérantes n'ont pas démontré [qu'il y a eu], dans le domaine de la science médicale, de quelconques découvertes propres [à faire] admettre que le sexe cérébral constitue un déterminant essentiel du sexe d'un individu. [...] Il demeure toujours établi qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé, nonobstant les progrès scientifiques en matière de procédures de conversion sexuelle »[522].

Une position de ce type ne va pas sans interpeller. Comme on a déjà pu le souligner du point de vue de la jurisprudence constitutionnelle, elle risque d'avoir pour effet d'arrimer le droit à l'évolution des sciences exactes[523]. Il faut voir là, probablement, le motif qui amène la Cour à la nuancer beaucoup dans l'arrêt *Goodwin*, où elle affirme désormais n'être « pas convaincue que l'état des connaissances médicales ou scientifiques fournisse un argument déterminant quant à la reconnaissance juridique des transsexuels »[524].

Il n'en reste pas moins qu'une telle optique pourrait se manifester au regard d'autres questions que la Cour serait amenée à traiter. Si tel devait être le cas, elle ne servirait pas d'appui valable aux autorités de gouvernement et au juge constitutionnel. Elle les inciterait au contraire à céder à la tentation qui les guette d'entériner les pratiques qui se déploient sur le terrain – pratiques nettement orientées par l'état des connaissances et des techniques. Raison

---

[518] J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, « Chroniques. Sources internationales », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, p. 864.
[519] C. eur. D.H., 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, §§ 85 et 93.
[520] C. eur. D.H., 17 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni.*
[521] *Ibid.*, § 47.
[522] C. eur. D.H., 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, § 58. Voy. aussi 27 sept. 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, § 40 ; 25 mars 1992, *B. c. France*, § 48.
[523] C. eur. D.H., 22 avr. 1997, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, opinion dissidente du Juge Bernhardt .
[524] C. eur. D.H., 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, § 83.

pour laquelle il importe ici encore que les autorités nationales fassent preuve de vigilance lorsqu'elles s'inspirent de la jurisprudence européenne pour décoder les normes directrices de la Constitution, en admettant d'écarter l'appui qu'elle pourrait leur fournir lorsque cela s'avère nécessaire.

Ensuite, et sur un autre plan, il faut être conscient du fait que les positions arrêtées par la Cour risquent de ne refléter que le *plus petit commun dénominateur* du vaste ensemble des sensibilités étatiques auxquelles elle affirme prêter attention dans sa lecture de la Convention. De telles positions pourraient donc s'avérer manifestement incompatibles avec la substance des conceptions de l'homme ancrées dans la société où évoluent les autorités nationales – substance d'où naît le consensus social fondamental qui se forge autour des valeurs partagées inscrites dans la Constitution. Si ces autorités devaient assurer la transposition pure et simple de la jurisprudence européenne, par l'intermédiaire de normes constitutionnelles décodées à la lumière des exigences minimales qu'elle pose, elles heurteraient ce qui contribue à consolider les valeurs sociales partagées par les membres de la collectivité étatique. Ceci d'une manière plus grave encore que lorsqu'elles cèdent à la tentation de l'approche pragmatique : il ne s'agirait même plus de rechercher le compromis entre les conceptions particulières qui se dessinent au sujet des questions biomédicales dans le cadre limité de la société concernée. Ce sont des conceptions extérieures à cette dernière qui l'emporteraient.

Il semble donc important que les autorités nationales passent au crible d'une saine critique les solutions consacrées par la Cour européenne. Quitte à adopter des solutions propres qui ne s'inscrivent pas à tous égards dans le prolongement de ces dernières, c'est-à-dire à rejeter au moins partiellement l'appui que celles-ci sont censées leur fournir, au nom de ce qu'elles pressentent former le consensus fondamental propre à la société où elles évoluent. Une telle attitude n'est pas nécessairement source de conflit stérile. Si elle est bien comprise par le juge de Strasbourg – qui accepterait de ne pas s'accrocher en toutes circonstances à ses positions –, elle peut être ferment d'un dialogue constructif. Dialogue à développer non plus sur le plan horizontal, entre les autorités d'un même État[525], mais sur le plan vertical, entre ces autorités et le juge international. Idéalement, les solutions nationales et internationales doivent être élaborées non pas dans un sentiment de subordination des premières vis-à-vis du second, mais sur la base d'initiatives propres éclairées par une écoute mutuelle susceptibles d'enrichir progressivement les débats.

2. L'incidence des normes internationales spécifiques

Plusieurs types de normes sont en cause à ce stade. Comme on l'a déjà relevé, il s'agit avant tout de normes *politiques*. Il peut s'agir aussi, plus rarement, de normes *unilatérales* – essentiellement des directives européennes –, voire de normes *conventionnelles* – au rang desquelles figurent à l'heure actuelle les seules dispositions de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine, complétée de ses Protocoles additionnels[526].

Aux yeux des autorités nationales, les normes conventionnelles spécifiques peuvent servir à éclairer le cadre dessiné par la Constitution de la même manière que les normes conventionnelles qui conservent un caractère général. Les techniques de la *combinaison* et de la *conciliation*, tout particulièrement, restent d'actualité. Pour autant, bien évidemment, que ces normes aient été dûment signées, ratifiées et introduites en droit interne suivant les

[525] Sur le dialogue entre autorités de gouvernement et juge constitutionnel, voy. *supra*, A, 1, b, 2.
[526] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, introduction du point B.

prévisions de la Constitution. Autant d'opérations dont on a vu qu'elles pourraient se heurter aux résistances des autorités nationales compétentes[527].

Du point de vue des normes politiques, précisément, la prise en compte des indications formulées au niveau international pourrait s'avérer plus aléatoire. Ceci en raison même de leur défaut de caractère contraignant. Certes, il n'est pas exclu qu'elles servent de modèles d'interprétation des normes constitutionnelles, c'est-à-dire qu'elles soient *conciliées* avec celle-ci[528]. Mais l'*application combinée* pourrait être rejetée au motif que de telles normes ne seraient pas considérées comme l'expression de réelles valeurs de référence. Ainsi la Cour d'arbitrage de Belgique n'a-t-elle pas inclus, parmi les droits et libertés dont la jouissance doit être assurée à tous sans discrimination, ceux qui figurent dans des textes tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme[529].

Enfin, la problématique se présente sous un jour différent en ce qui concerne les directives européennes. Celles-ci contraignent en effet les États membres de l'Union européenne à *adopter les normes nationales voulues* pour atteindre, par les moyens qu'ils jugent adéquats, les objectifs précis qu'elles leur fixent. Elles s'inscrivent donc nettement au-delà d'un simple schéma d'appui à la mise en œuvre des normes constitutionnelles : elles imposent des solutions particulières, et par là une lecture de la Constitution.

Du fait même qu'elles se rapportent spécifiquement à la matière bioéthique, les normes internationales spécifiques sont en position d'aiguiller les autorités de gouvernement et le juge constitutionnel dans la lecture qu'ils font du cadre constitutionnel. Les difficultés propres à l'application dans le domaine biomédical de normes de formulation générale ne sont pas ici à l'ordre du jour. Une fois encore, néanmoins, cet appui potentiel ne doit pas être surestimé. À l'analyse, *il fait lui aussi figure d'appui limité*. Ceci pour des motifs très similaires à ceux qui amènent à relativiser l'appui fourni par la jurisprudence spécifique de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ainsi, les normes internationales propres au domaine biomédical *ne concernent pas toutes les questions bioéthiques*. L'observation se vérifie de manière évidente en ce qui concerne les directives européennes, dont le domaine d'intervention demeure limité par les compétences peu étendues dont l'Union européenne dispose dans le secteur. Elle se vérifie également du point de vue des règles politiques et des règles conventionnelles, dont on a vu qu'elles témoignent d'une indéniable tendance au pointillisme compte tenu de la difficulté d'aboutir, au niveau élevé où elles sont négociées, à un accord sur des questions aussi sensibles que les questions biomédicales[530].

En outre, et en raison de cette même difficulté, les normes internationales spécifiques – à tout le moins politiques et conventionnelles – *ne prennent pas position sur l'ensemble des questions bioéthiques qu'elles abordent*. Comme on l'a relevé en son temps, il leur arrive de faire aveu d'impuissance au sujet de telle question particulièrement disputée à laquelle elles étaient pourtant censées procurer une réponse en se saisissant d'une problématique donnée[531].

---

[527] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, introduction du point B.
[528] L.M. DIEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 499 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, pp. 19-20.
[529] C. arb. bel., 8 mars 1994, n° 22/94 (B.1.).
[530] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, B, 1.
[531] Voy. l'exemple de la Conv. eur. sur les droits de l'homme et la biomédecine évoqué *supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 2.

Enfin, les normes internationales spécifiques *ne peuvent être prises pour argent comptant*, à l'instar des solutions consacrées par la Cour européenne des droits de l'homme. À nouveau, plusieurs motifs entrent ici en ligne de compte.

D'une part, ces normes ne sont pas épargnées par les tentations contestables qui guettent les autorités de gouvernement, et même le juge constitutionnel, au sein des États.

Ainsi, on ne saurait exclure qu'elles soient l'expression d'une *impulsion passagère*. Même au niveau international, de promptes réactions peuvent parfois marquer l'approche des questions bioéthiques. En témoignent les réactions qu'a suscitées l'annonce du clonage de la brebis *Dolly* en 1997, non seulement sur le plan politique[532] mais aussi et surtout sur le plan juridique. En ce qui concerne ce dernier, on demeure surpris de la rapidité avec laquelle a été élaboré le Premier Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains : ce texte a été ouvert à la signature des États dès le 12 janvier 1998, soit moins d'un an après la révélation de « l'affaire Dolly », alors qu'il avait fallu près de quinze ans pour élaborer la Convention elle-même[533].

Il faut noter aussi, sur un autre plan, que les normes internationales spécifiques peuvent s'avérer sensibles à l'état des connaissances et des techniques tout autant que les normes étatiques. À cet égard, on relèvera par exemple que l'article 32, § 4 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine précise – à la manière des lois bioéthiques françaises de 1994 et 2004 – que la Convention doit faire l'objet « d'un examen [...] dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur, et par la suite à des intervalles [à] déterminer » et ce, « afin de tenir compte des évolutions scientifiques ».

D'autre part, les normes internationales propres à la matière bioéthique risquent elles aussi de se faire l'écho d'un *plus petit commun dénominateur*, du fait de la grande divergence des positions qui s'est très probablement manifestée au moment de leur élaboration. Dans ce cas, entériner les solutions qu'elles consacrent, sans autre forme de procès, serait céder à un culte du compromis d'autant plus critiquable qu'il heurterait en profondeur la substance des conceptions de l'homme qui caractérisent la société politique concernée. Sachant qu'ici, le conflit qui se dessine ne peut guère se résoudre par le biais d'un dialogue engagé avec l'auteur de la solution internationale : en l'occurrence, celle-ci n'est pas avancée par le juge international statuant dans un cas concret mais inscrite dans un texte appelé à régir un ensemble de cas de ce genre.

En ce qui concerne les normes politiques, majoritaires dans le domaine biomédical, la difficulté peut être aisément contournée. Dépourvues d'effets contraignants, de telles règles ne peuvent obliger ni les autorités de gouvernement, ni le juge constitutionnel à tenir compte d'un appui dont ils pressentent qu'il les amènerait à dénaturer la Constitution.

Les rares normes spécifiques de nature conventionnelle, pour leur part, ne devraient en principe pas conduire au conflit envisagé. Car leur ratification par l'État devrait avoir été assortie des mesures – formulation de réserves, révision de la Constitution – censées l'éviter. Dans le cas contraire, les controverses propres à la primauté de la Constitution sur le droit

---

[532] Voy. Décl. du Conseil européen sur l'interdiction du clonage humain, Conseil européen d'Amsterdam (16-17 juin 1997), conclusions de la présidence, annexe IV ; Communiqué du Groupe des huit pays les plus industrialisés (G8) à l'issue du Sommet de Denver, 22 juin 1997, § 40. Sur ces réactions et sur d'autres encore, N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, pp. 79, 84, 86, 97, 106-107 et 119.

[533] N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 80. Le texte n'est toutefois entré en vigueur que trois ans plus tard, soit le 1er mars 2001, comme si l'empressement qui avait présidé à son élaboration avait subitement paru dénué de raison d'être.

international conventionnel reprendraient le dessus, à tout le moins dans les ordres juridiques où ce dernier bénéficie à certaines conditions d'une primauté sur les normes de nature législative. Sachant qu'en l'occurrence, elles pourraient se résoudre au profit de la Constitution plus facilement que dans les hypothèses où d'autres conventions sont en cause. Ceci en raison de la faiblesse des contrôles dont ces normes – en l'occurrence celles de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine et ses protocoles additionnels – sont assorties sur le plan international.

En réalité, seules les contradictions impliquant les quelques normes unilatérales pertinentes pourraient soulever de réelles difficultés : l'appui que procurent de telles normes est alors imposé, et le conflit qui se dessine avec la Constitution est un conflit dont la résolution demeure délicate dans les ordres nationaux concernés[534].

*
* *

[534] Sur ces diverses considérations, voy. *supra*, Section 1, § 2, B.

Un bref retour s'impose vers la question centrale qui s'attache au procédé de l'imprégnation constitutionnelle en matière bioéthique. Les normes générales de la Constitution peuvent-elles intervenir dans la résolution des questions biomédicales ? Peuvent-elles intégrer et aiguiller l'approche de ces questions ? Les réponses partielles qui ont été formulées tout au long de l'analyse tendent à confirmer le bilan en demi-teinte que l'on pressentait à la fin de la première partie de l'étude.

Oui, les normes générales de la Constitution sont à même d'orienter la résolution des questions biomédicales dès lors qu'elles peuvent faire figure de référence en ce domaine. Bien que générales, elles présentent une teneur pertinente : elles dessinent des modèles susceptibles d'aider à l'appréhension de la matière. De surcroît, elles bénéficient d'une forme d'autorité. Elles peuvent faire état d'un pouvoir de contrainte et, mieux encore, d'un pouvoir de persuasion tenant à ce que les solutions qu'elles énoncent font figure de solutions légitimes. *Les deux premières conditions de l'imprégnation constitutionnelles sont donc réalisées*. Elles suffisent à montrer que la Constitution est en mesure d'intégrer et d'aiguiller la fonction bioéthique de clarification.

Oui, les normes générales de la Constitution peuvent être mises en œuvre au regard des questions biomédicales. Elles peuvent trouver un ancrage ferme dans l'approche de ces questions, moyennant l'intervention des autorités de gouvernement. Et par l'entremise de cet ancrage, il n'est pas impossible qu'elles marquent de leur empreinte la résolution de celles-ci. Le cas échéant avec l'appui d'un juge constitutionnel qui veille à adopter l'attitude et le type de réponses qui siéent à sa fonction.

Mais il apparaît que la Constitution ne se donne pas des moyens suffisants pour assurer son ancrage et son empreinte dans un maximum d'hypothèses. Elle ne met pas toutes les chances de son côté pour aiguiller les fonctions bioéthiques de régulation et de décision. D'une part, son pouvoir de persuasion est en cause. Son expressivité demeure faible, que celle-ci soit comprise comme son caractère démonstratif, sa visibilité, sa lisibilité ou son engagement au regard des questions biomédicales. D'autre part, son pouvoir de contrainte n'est pas pleinement satisfaisant, compte tenu des particularités qui affectent le contrôle de constitutionnalité et des tentations auxquelles cède parfois le juge constitutionnel. Quant au droit international, il n'est guère en mesure d'apporter une aide efficace pour pallier les insuffisances de la Constitution. Dans certaines circonstances, il risque même de contrecarrer l'imprégnation constitutionnelle.

Ces facteurs expliquent que cette dernière n'est pas un fait dans un ensemble de situations, ou ne l'est qu'imparfaitement. *Les troisième et quatrième conditions de l'imprégnation constitutionnelle sont réalisables pour l'essentiel, mais elles le sont difficilement, de telle sorte qu'elles ne sont pas réalisées en toutes circonstances.*

En somme, l'*imprégnation* de la bioéthique par la Constitution gagne à être pratiquée mais se pratique mal. À ce stade de l'analyse, toutefois, on ne saurait considérer que la norme suprême a dit son dernier mot. Il faut encore envisager l'option qui consiste à *insérer* la bioéthique directement au cœur de la Constitution.

TROISIÈME PARTIE. L'INSERTION DE LA BIOÉTHIQUE DANS LA CONSTITUTION

On examine à présent la *démarche qui, au sein de l'approche bioéthique, consiste à appréhender les questions biomédicales en inscrivant dans le texte même de la Constitution une ou plusieurs indications qui se rapportent à ces questions, sous la forme d'une ou plusieurs dispositions spécifiques à celles-ci.*

Cette *insertion constitutionnelle* se profile comme l'une des variantes que peuvent présenter les démarches à visée régulatrice qui intègrent l'approche bioéthique. Par nature, elle relève de la fonction bioéthique de régulation : elle revient à débattre d'un faisceau plus ou moins large de questions biomédicales, à poser des choix les concernant, de quelque nature qu'ils soient, et à énoncer ces choix sous la forme de règles générales et abstraites[1]. Étant entendu que ce processus est ici le fait du constituant lui-même, qui acquiert le statut d'acteur de l'approche bioéthique. Il peut s'agir du constituant dérivé, dont l'intervention est organisée par la Constitution pour modifier ses propres dispositions moyennant le respect des conditions qu'elle pose à cet effet. Il peut s'agir aussi du constituant originaire, c'est-à-dire de la nation souveraine qui fait œuvre initiale en adoptant une Constitution entièrement nouvelle.

Une série d'États ont déjà procédé à une insertion constitutionnelle en rapport avec la matière bioéthique. Tantôt par petites touches, comme en Irlande, au Paraguay ou au Venezuela. Tantôt de manière un peu plus approfondie, comme en Suisse. Mais ce sont là des démarches ponctuelles, qui ne concernent pas un échantillon très significatif des questions biomédicales. De surcroît, la plupart des dispositions spécifiques qui en découlent sont récentes, de sorte que le recul manque pour apprécier pleinement leurs effets dans l'ordre juridique où elles sont censées s'appliquer. Enfin, beaucoup relèvent de systèmes juridiques peu familiers au juriste européen, tels ceux de l'Amérique latine.

Pour ces raisons, il ne semble guère approprié de développer l'analyse de l'insertion constitutionnelle sur des bases semblables à celles qui ont servi à l'étude de l'imprégnation. Autrement dit, de fonder cette analyse sur la teneur de la Constitution appréhendée sous l'angle des normes du type envisagé – normes propres à la matière bioéthique plutôt que normes générales en l'occurrence. L'optique conduirait ici à procéder au relevé systématique et à la classification des dispositions spécifiques éparses que recèlent les Constitutions contemporaines pour évaluer leur pertinence, leur légitimité, leur empreinte sur l'approche bioéthique. Ce qui, vu le caractère épars, nouveau et peu accessible de telles dispositions, ne saurait aboutir à des résultats constructifs.

On choisit dès lors d'adopter d'emblée une perspective plus globale. De placer la réflexion sous le signe du « devoir être ». Bref, de l'axer sur les dispositions qui devraient idéalement figurer dans la Constitution pour aiguiller comme il se doit la résolution des questions biomédicales. Sachant qu'une telle perspective ne suppose pas d'ignorer les normes constitutionnelles spécifiques qui existent à l'heure actuelle. Elle suppose seulement d'y recourir à titre d'exemples, ou en vue de compléter l'analyse. En étant conscient que, plus une Constitution donnée parmi celles qui énoncent semblables normes comportera des dispositions identifiées comme susceptibles de contribuer à l'approche des questions biomédicales, moins elle s'exposera aux difficultés que l'on a recensées concernant

[1] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B.

l'imprégnation opérée au départ des normes constitutionnelles générales – que ces difficultés concernent l'ancrage ou l'empreinte de la Constitution au sein de l'approche bioéthique.

L'imagination est donc au pouvoir. *A priori*, tout type de disposition spécifique est envisageable. Au point que l'insertion constitutionnelle pourrait passer pour la solution providentielle aux faiblesses des normes générales de la Constitution. N'y a-t-il pas place, par exemple, pour une ambitieuse « quatrième génération de droits » appelés à « protéger la dignité humaine contre d'éventuels abus du développement scientifique »[2] ?

Il importe néanmoins de modérer les enthousiasmes. La mesure est de rigueur. Concrètement, en effet, l'insertion ne saurait avoir pour objet de faire table rase, en matière bioéthique, de l'ensemble des normes structurantes et directrices qui figurent dans la Constitution. Il faut séparer le bon grain de l'ivraie : l'apport de ces normes générales à l'approche des questions biomédicales ne peut être purement et simplement ignoré. La pertinence et la légitimité qui permettent à celles-ci de faire figure de références dans le secteur, en particulier, ne peuvent être négligées. En somme, l'insertion ne saurait être envisagée comme un *substitut* de l'imprégnation réalisée à partir des normes constitutionnelles générales. Elle doit être conçue comme son *complément*.

La question qui se pose à ce stade de l'étude est donc la suivante : *la Constitution peut-elle servir de réceptacle à des dispositions spécifiques qui aiguilleraient la résolution des questions biomédicales en offrant un support à ses normes générales dans l'appréhension de la matière ?* Peut-elle intégrer l'approche bioéthique en s'ouvrant à des dispositions propres à la matière biomédicale, spécialement adoptées pour consolider l'emprise de ses exigences générales dans un secteur où tant l'ancrage que l'empreinte de celles-ci s'avèrent malaisés à assurer ?

Pour qu'il en aille ainsi, il faut que les dispositions à insérer présentent un *objet* qui, tout en leur permettant d'appuyer les normes constitutionnelles générales, demeure en phase avec l'objet global de la Constitution (Titre premier).

Il importe également qu'elles ne se heurtent pas à des *obstacles* qui empêcheraient leur insertion (Titre II).

*
* *

[2] Cour eur. D.H., 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, opinion dissidente du Juge *ad hoc* Marcus-Helmons, § 221. Voy. également F. CLAUDOT, « Droit constitutionnel et bioéthique. La biomédecine, limite du droit constitutionnel », *Rapport rédigé dans le cadre du IVe Congrès français de droit constitutionnel des 10, 11 et 12 juin 1999 organisé par l'Association française des Constitutionnalistes et par l'Université d'Aix – Marseille III* (polycopié), p. 11 ; S. MARCUS-HELMONS, « La quatrième génération des droits de l'homme », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 549-559.

TITRE PREMIER. L'OBJET DE L'INSERTION

Dans un premier temps, on s'efforce de définir le contour des dispositions relatives à la matière bioéthique qui gagneraient à être insérées dans la Constitution.

À cet égard, il faut rappeler l'orientation donnée à l'analyse développée dans la présente l'étude. C'est dans une optique globale que la réalité bioéthique est abordée. C'est dans une même perspective globale que la Constitution est envisagée lorsqu'elle est confrontée à cette réalité. En clair, ni l'une ni l'autre ne sont réduites aux spécificités qu'elles offrent dans un État choisi au préalable.

L'option n'est pas dénuée de conséquences sur la réflexion menée à ce stade de l'étude. Elle conduit à renoncer à la prétention de faire œuvre d'une précision extrême. Concrètement, en effet, on ne saurait spécifier ici, à tous égards, la teneur que devraient présenter des dispositions constitutionnelles relatives au domaine biomédical, conçues dans l'optique de prêter main forte à la Constitution face aux difficultés qu'y rencontrent ses normes générales. Semblable analyse ne se conçoit qu'au regard de la Constitution d'un État donné, à la lumière des caractéristiques propres à ses dispositions, des particularités que présente la matière bioéthique dans la société politique correspondante et des difficultés spécifiques que les premières rencontrent de ce fait face aux secondes. En l'occurrence, on cherche seulement à cerner l'*objet* des dispositions à insérer. Un objet entendu comme leur objectif, leur but, ce vers quoi devraient tendre les efforts de leur auteur : la *finalité* qu'elles devraient viser à atteindre. Un objet entendu aussi comme leur *matière* : ce qu'elles devraient concerner, ce sur quoi elles devraient porter – étroitement lié à leur finalité. Étant entendu que l'on ne manque pas de fournir, lorsque cela s'avère possible, toute précision complémentaire susceptible d'aider à cerner mieux les dispositions pressenties pour l'insertion.

Ainsi appréhendées, les dispositions relatives à la matière bioéthique sont *évaluées au regard de l'objet de la Constitution*. À nouveau, la perspective est marquée par l'optique englobante retenue dans la présente étude. C'est à l'aune de l'objet général de la Constitution, et non au regard de l'objet propre de telle Constitution donnée, que sont jugées les dispositions spécifiques censées aider à l'appréhension constitutionnelle des questions biomédicales. Conçues à la lumière d'une matière particulière comme la matière bioéthique, ces dispositions font-elles écho à la finalité qui caractérise des normes de nature constitutionnelle ou s'inscrivent-elles en faux contre celle-ci ? La matière qui est la leur n'est-elle pas en décalage par rapport à la matière propre à de telles normes ?

Le principe même de telles questions peut surprendre. Il est vrai que, par hypothèse – et sous réserve d'éventuelles limites envisagées plus loin dans l'analyse[3] –, le constituant appelé à adopter les dispositions spécifiques en cause est libre de toute contrainte. Il est censé pouvoir insérer quelque norme que ce soit dans la Constitution dont il est l'auteur. Il ne

[3] *Infra*, Titre II, Chapitre II.

connaît d'autres bornes que celles qu'il veut bien se donner : son action est souveraine. Tantôt parce qu'il incarne la nation souveraine, pour ce qui est du constituant originaire. Tantôt parce qu'il est habilité par lui à modifier son œuvre, en ce qui concerne le constituant dérivé.

Il reste qu'en adoptant une Constitution, le pouvoir constituant cherche à faire œuvre utile. Il se fixe un objectif déterminé vis-à-vis de la société politique qui est la sienne. Objectif éminent qui a d'évidentes répercussions sur la teneur de la Constitution, ce qui explique que l'on en a déjà laissé entrevoir les principales facettes tant en évoquant l'existence de normes constitutionnelles structurantes et directrices qu'en appréciant l'autorité de celles-ci dans le domaine biomédical[4].

De ce point de vue, il va de soi que le constituant – originaire ou dérivé – gagne à être cohérent avec lui-même. À ne pas perdre de vue la finalité qu'il cherche à atteindre en développant son action. Les dispositions à lui suggérer en vue d'une insertion relative aux questions bioéthiques gagnent donc à tenir compte de cette finalité et de ses conséquences sur la matière de la Constitution. Toute autre optique ne saurait aboutir qu'à une dévalorisation de cette dernière : admettre d'intégrer à la Constitution des dispositions spécifiques à la biomédecine qui seraient sans rapport aucun avec la préoccupation primordiale du constituant, c'est ouvrir la voie à l'adoption d'autres dispositions détachées de celle-ci. C'est engager la Constitution dans une direction qui, à terme, pourrait lui faire perdre l'identité, donc, l'efficacité que son auteur entendait lui donner au plus grand bénéfice de la société politique où il évolue.

La détermination de l'objet des dispositions à insérer comme son évaluation au regard de l'objet de la Constitution ne peuvent être opérées dans la confusion. Autrement dit, l'analyse à développer sur l'un et l'autre plans ne peut être conduite d'un seul tenant. Il importe de distinguer les besoins que manifestent les normes constitutionnelles générales compte tenu des différentes hypothèses qui se dessinent du point de vue de leur mise en œuvre.

C'est l'hypothèse la plus simple qui retient l'attention dans une première étape. On présuppose que les autorités investies de la fonction de gouvernement ont pris l'initiative de se saisir d'un ensemble cohérent de questions bioéthiques, assurant ainsi, virtuellement, un ancrage ferme de la Constitution au sein de l'approche de ces questions. On présuppose également que ces autorités de gouvernement font application des normes structurantes de la Constitution d'une manière que l'on peut juger satisfaisante : elles assurent l'empreinte de ces normes au cœur de l'approche bioéthique, tant parce qu'elles préservent leur action de toute influence ou délégation abusive que parce qu'elles procurent une réponse inspirée des exigences constitutionnelles aux éventuelles questions biomédicales organisationnelles abordées à titre principal.

En pareil cas, les difficultés qui se présentent du point de vue constitutionnel concernent la réponse à donner aux questions biomédicales de fond. Elles tiennent à la mise en œuvre des normes directrices de la Constitution : celles-ci ont du mal à marquer de leur empreinte l'action que les autorités développent autour des questions de ce type, tant en raison de leur formulation générale qu'en raison des carences qui peuvent affecter leur pouvoir de contrainte. Idéalement, des dispositions constitutionnelles nouvelles préoccupées d'optimaliser l'approche bioéthique devraient donc chercher à renforcer l'expressivité des

[4] Supra, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier et Chapitre II.

normes directrices tout en veillant à consolider les contrôles appelés à garantir leur mise en œuvre.

En ce qui concerne ces derniers, plusieurs solutions sont envisageables. Les dispositions à insérer pourraient prévoir l'intervention d'un juge constitutionnel là où le contrôle de constitutionnalité de la loi n'est pas encore organisé. Elles pourraient aussi fournir à ce juge – qu'il leur préexiste ou non – de quoi renforcer l'appui qu'il procure aux autorités dans la mise en œuvre des normes constitutionnelles directrices.

On relèvera toutefois que cette dernière solution passe par un renforcement de l'expressivité des normes directrices. Quant à l'instauration du contrôle de constitutionnalité des lois, elle ne se conçoit guère au profit de la seule matière bioéthique. Elle devrait être envisagée de manière plus générale. Elle sortirait donc manifestement du cadre de la présente étude. Il ne s'agirait plus de développer la réflexion autour de l'inscription dans le texte de la Constitution d'indications portant spécifiquement sur les questions biomédicales. C'est une réforme d'une grande envergure qu'il faudrait passer au crible de l'analyse, à la lumière de nombreuses considérations, politiques et autres, propres aux systèmes juridiques qui ne l'ont pas réalisée à l'heure actuelle. Il s'agirait en somme de prendre position sur le débat relatif à la justice constitutionnelle dans son ensemble, tel qu'il se développe dans de tels systèmes. Ce qui éloignerait beaucoup l'analyse du contexte biomédical, vaste déjà, où elle cherche à évoluer.

Compte tenu de ces éléments, on limite l'analyse, dans l'hypothèse retenue, à l'insertion de dispositions visant à renforcer l'expressivité des normes directrices générales de la Constitution. On envisage l'introduction dans le texte constitutionnel de dispositions dites *indicatives* en ce qu'elles précisent la signification de ces normes au regard des questions biomédicales (Chapitre premier).

Dans un second temps, il convient d'abandonner les présupposés pris en compte dans la première étape de l'analyse : les autorités investies de la fonction de gouvernement ne prennent pas toujours l'initiative d'intervenir en matière biomédicale ni d'y faire œuvre systématique et cohérente, affectant ainsi l'ancrage de la Constitution au sein de l'approche bioéthique. Par ailleurs, ces autorités cèdent parfois à la tentation des influences et délégations abusives, de sorte qu'elles n'assurent pas l'empreinte des normes constitutionnelles structurantes. Ici encore, la formulation générale et le pouvoir de contrainte de la Constitution sont en cause. Mais cette fois aussi bien du point de vue des normes structurantes que de celui des normes directrices : c'est sur l'expressivité et les contrôles propres aux unes et aux autres qu'il importe de jouer.

Dès l'instant où s'impose, concernant les seconds, une objection analogue à celle évoquée en rapport avec la première hypothèse prise en compte, on se contente ici aussi d'évaluer l'insertion constitutionnelle de dispositions qui jouent sur l'expressivité de la Constitution : en l'occurrence, des dispositions dites *incitatives* invitant les autorités à agir, et à agir bien, au cœur du champ biomédical (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER. DES DISPOSITIONS INDICATIVES

On s'attache tout d'abord, et très logiquement, au *profil* des dispositions à insérer dans la Constitution pour accroître l'expressivité de ses normes directrices dans l'optique d'orienter l'approche des questions biomédicales de fond (Section 1). On se penche ensuite sur l'*adéquation* de ce type de dispositions avec l'objet de la Constitution (Section 2).

SECTION 1. LE PROFIL DES DISPOSITIONS INDICATIVES

En quoi l'expressivité des normes directrices générales de la Constitution doit-elle être renforcée au regard des questions biomédicales de fond ?

D'emblée, il faut indiquer que le *caractère démonstratif* de ces normes n'est pas en cause à ce stade de l'analyse. Ceci parce que, dans l'hypothèse retenue, l'intervention des autorités de gouvernement dans le domaine biomédical est présupposée : il n'y a pas matière à mettre les questions bioéthiques en relief afin d'amener ces autorités à faire application du message que la Constitution délivre à leur égard. Sur un autre plan, il faut rappeler que, même générales, les normes constitutionnelles directrices ne soulèvent pas de difficultés particulières en ce qui concerne leur *visibilité*. Dès lors que les autorités se sont effectivement saisies de questions biomédicales de fond – pour quelque motif que ce soit –, de telles normes semblent à même d'attirer leur attention en raison de l'objet qui est le leur : protéger et promouvoir diverses facettes de l'homme, dont beaucoup sont précisément affectées par la biomédecine.

Il convient par contre de garder à l'esprit que les normes directrices de la Constitution se contentent de dessiner un cadre de référence dans le domaine biomédical. Générales, elles présentent au regard de celui-ci un *engagement limité*. Au-delà, il faut aussi tenir compte du fait que ce cadre tend à s'estomper. La *lisibilité* de bien des normes directrices s'avère faible en la matière, au niveau du contenu de la protection qu'elles cherchent à assurer, sinon même au niveau du bénéficiaire de celle-ci.

Conçues dans l'optique d'appuyer les normes directrices générales, des dispositions indicatives propres à la matière bioéthique devraient donc veiller à enrayer l'estompement du cadre constitutionnel (§ 1er). Elles pourraient également dépasser la logique propre à celui-ci en précisant la volonté du constituant directement en rapport avec certaines questions bioéthiques déterminées (§ 2).

§ 1ER. DES DISPOSITIONS RÉVÉLATRICES

Une première catégorie de dispositions spécifiques devraient se donner pour objet – conçu comme leur finalité – non d'inscrire dans la Constitution des réponses aux questions biomédicales mais de clarifier les *éléments de réponse* que cette même Constitution offre à leur égard. Elles devraient donc veiller à *accroître la lisibilité des normes directrices générales* dans le domaine biomédical. Pour ce faire, elles devraient chercher à préciser quelle interprétation de celles-ci privilégier dans ce contexte particulier. À mettre en lumière les exigences qui s'attachent aux valeurs dont les normes générales sont porteuses lorsqu'elles

sont prises en compte en biomédecine. Bref, à *révéler* leur contenu au regard cette dernière : les dispositions indicatives ici visées peuvent être dites *révélatrices*.

Par définition, toute disposition de ce type devrait se rapporter à une norme directrice générale de la Constitution qui s'avère pertinente dans le domaine de la biomédecine[5]. Norme envisagée en tant que sa signification apparaît confuse en ce domaine, que ce soit du point de vue du bénéficiaire ou du point de vue du contenu de la protection qu'elle assure. Norme appréhendée par conséquent au regard d'un faisceau plus ou moins limité de questions biomédicales, c'est-à-dire par rapport à une problématique plus ou moins particulière du champ bioéthique. Car, outre le fait qu'elle n'est pas nécessairement pertinente au regard de l'ensemble des questions de ce champ, il est probable que sa lisibilité ne fasse pas difficulté face à l'ensemble des problématiques vis-à-vis desquelles elle s'avère pertinente – s'il est particulièrement marqué dans le domaine biomédical, l'estompement du cadre constitutionnel ne doit pas non plus y être exagéré[6]. Par ailleurs, il est possible que la norme générale en cause ne soulève pas des difficultés d'interprétation identiques au regard de chacune des problématiques vis-à-vis desquelles sa lisibilité s'avère faible. Ceci parce que de telles problématiques peuvent relever de secteurs différents de la biomédecine, ou du moins de facettes différentes de ces secteurs.

En somme, toute disposition révélatrice s'attacherait par hypothèse, à la base du moins, à une *norme directrice générale dont la lisibilité fait difficulté au regard du faisceau de questions bioéthiques engendrées par un ensemble plus ou moins vaste de connaissances, techniques ou pratiques biomédicales*. Cette indication permet dès à présent de mettre en évidence la matière – l'« objet matière » – des dispositions révélatrices. À l'instar des normes directrices générales, chaque disposition de ce type porterait sur *une facette de l'homme* : celle protégée par la norme directrice dont elle s'efforcerait de préciser la signification confuse. Mais elle n'appréhenderait pas l'homme de manière globale. Il s'agirait de l'individu, ou de l'un des individus, *confronté à des connaissances, techniques ou pratiques biomédicales déterminées* : celles qui engendrent le faisceau de questions bioéthiques au regard desquelles la disposition révélatrice viserait à éclairer l'interprétation de la garantie à laquelle elle se rapporte.

On illustre le propos en recourant à l'exemple éclairant de la norme constitutionnelle qui consacre le droit à la vie. Manifestement, un tel droit s'avère pertinent du point de vue de la biomédecine. La protection qu'il assure peut même être qualifiée de centrale en ce domaine[7]. En outre, sa lisibilité ne soulève guère de difficulté au regard de certains secteurs de celui-ci. Il est clair, par exemple, que le droit à la vie bénéficie à l'individu qui accepte de se soumettre à une expérimentation et que, dans ce contexte, il lui offre un rempart contre les pratiques expérimentales susceptible de lui causer la mort.

En revanche, l'interprétation du droit à la vie pose problème dans le secteur de la biomédecine qui se rapporte aux débuts de la vie. Notamment au regard du faisceau de questions bioéthiques soulevées par la pratique de l'avortement. Dans ce contexte, la protection assurée par la garantie s'étend-elle au fœtus, c'est-à-dire à une entité qui n'a pas atteint le stade du plein développement de l'être humain doué d'une vie entendue au sens

---

[5] Que celle-ci soit ou non inscrite dans le texte constitutionnel. Au cas où elle n'y figure pas *expressis verbis*, l'insertion de la disposition révélatrice doit en toute logique aller de pair avec celle de la norme générale dont elle vise à éclairer l'interprétation.

[6] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er, A, 1.

[7] *Supra*, Deuxième partie, Titre Premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 1, a.

courant du terme mais qui possède en elle, en principe, toutes les potentialités voulues pour ce faire[8] ?

Par ailleurs, la portée du même droit pose question dans le secteur de la biomédecine qui concerne la fin de la vie. Elle fait difficulté dans le cadre de la problématique soulevée par le recours aux moyens techniques lourds assurant le maintien des fonctions vitales d'un individu plongé dans un état végétatif permanent : le droit à la vie peut-il être invoqué au bénéfice d'un tel individu, c'est-à-dire au profit d'un être humain dépossédé des facultés qui lui permettaient de mener une vie entendue dans son sens le plus courant[9] ? Une autre difficulté se présente dans le cadre de la problématique soulevée par la pratique de l'euthanasie ou du suicide assisté : le droit à la vie comporte-t-il un droit à la mort au profit de celui qui souffre dans son corps et dans son psychisme du fait d'une maladie grave et incurable[10]?

Sans nul doute, ces trois interrogations sont complexes. La réponse à leur apporter ne va pas de soi. Elles présentent aussi la particularité de ne pas être semblables. Concrètement, elles ne requièrent pas une même « révélation » quant à la portée du droit à la vie. Elles appellent l'insertion de plusieurs dispositions révélatrices, dont chacune envisage ce droit sous l'angle particulier d'un faisceau de questions bioéthiques déterminé.

Comme sa qualification l'indique, toute disposition révélatrice aurait pour objet de procéder à une révélation apte à éclairer la lisibilité d'une norme directrice générale. Telle serait sa *finalité de principe*. Mais que chercherait-elle à faire dans cette optique ? Comment veillerait-elle à révéler le contenu de pareille norme générale ? En clair, quelle serait sa *finalité concrète* ?

L'optique appelée à guider l'auteur de la disposition révélatrice serait exactement opposée à celle qui amène un acteur de l'approche bioéthique à adopter une approche dite pragmatique. Par définition, les partisans d'une telle approche rejettent toute référence aux fondements des opinions qui s'affrontent au sujet des questions biomédicales qu'ils abordent. Ils concentrent leurs efforts sur la recherche de compromis pratiques relatifs à ces questions, c'est-à-dire aux règles de conduite à observer sur le terrain où elles se posent. Ceci afin d'éviter tout blocage des débats bioéthiques, auquel conduirait selon eux l'invocation du substrat des opinions divergentes en présence[11]. Et quitte à ce que le compromis obtenu soit fragile, donc, éminemment évolutif.

Telle n'est pas la perspective dans laquelle s'inscrirait la révélation envisagée. Certes, l'auteur de celle-ci – le constituant – ne pourrait ignorer les lectures diverses dont la garantie en cause fait l'objet au sein de la société politique concernée. Il ne pourrait méconnaître le fait que chaque courant de pensée qui traverse la société développe à son sujet, au regard du faisceau de questions bioéthiques pris en compte, une interprétation qui lui est propre. En clair, il ne pourrait privilégier sans plus l'une de ces conceptions au détriment des autres. Mais il ne pourrait en rester au constat de ces divergences de vues. Il lui faudrait les dépasser. Pour ce faire, il lui reviendrait de procéder en trois temps.

Dans un premier temps, le constituant devrait prendre conscience du fait que les conflits de valeurs qui se développent dans le domaine biomédical sont, comme on l'a souligné à maintes

[8] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er, A, 2.
[9] *Ibid.*
[10] Supra, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er, A, 1.
[11] Supra, Deuxième partie, Titre II, Section 2, § 1er, B, 2.

reprises, exacerbés par l'implication particulière de chaque participant aux débats bioéthiques. Il devrait réaliser que les questions bioéthiques concernées, touchant chacun au plus intime de lui-même, engagent de ce fait les convictions les plus intérieures, les croyances les plus personnelles de ceux qui s'efforcent de les résoudre, avivant les divergences de vue qui se manifestent à leur égard. Contrairement aux tenants de l'approche pragmatique, le constituant devrait donc faire temporairement abstraction du faisceau de questions biomédicales au regard desquelles la signification de la norme directrice en cause pose problème. Pour un moment, il devrait laisser de côté la problématique qui attise les conflits de valeurs et rend difficile, de ce fait, l'exercice d'interprétation d'une telle norme. Bref, il devrait s'arracher aux opinions particulières qui s'expriment à son sujet. Tel devrait être sa ligne de conduite première : élever le débat, c'est-à-dire prêter attention aux courants éthiques auxquelles de telles opinions tendent à se rattacher en les envisageant hors de toute référence à la matière bioéthique.

Dans un deuxième temps, le constituant devrait s'efforcer de dégager des courants en présence ce qui forme leur substance, l'essentiel du message qu'elles délivrent. Par hypothèse, en effet, ces courants ne sont pas dénués de tout point commun : la plupart se retrouvent en principe dans les garanties qu'énoncent les normes directrices générales de la Constitution – dont on a relevé plus d'une fois qu'elles expriment les valeurs partagées au sein de la société politique. De surcroît, ils sont portés par des individus rassemblés au sein d'une collectivité qui, dans les faits, a bien souvent connu les vicissitudes d'une histoire commune.

En l'occurrence, les divers courants en présence ne devraient plus être pris en compte en ce qu'ils affirment la valeur partagée consacrée par la norme directrice dont l'interprétation fait difficulté. Cette valeur apparaît comme un point acquis, de sorte que c'est en amont qu'ils devraient être confrontés. Mais d'un autre côté, ils ne devraient pas être envisagés au niveau des justificatifs divergents qu'ils procurent à la valeur pour en soutenir l'existence, c'est-à-dire sous l'angle de la vision de l'homme et du monde défendue par chacun d'eux. D'une certaine manière, ils devraient être appréhendés dans l'entre-deux étroit qui sépare ces deux éléments : le constituant devrait les scruter au niveau des principes qui s'inscrivent dans le prolongement de leur vision du monde et qui les amènent à affirmer la valeur en cause en tant que valeur essentielle. De tels principes pourraient en effet converger sur l'un ou l'autre point, formant la base de ce *consensus social fondamental* censé éclairer l'interprétation de la Constitution. Consensus inexprimé que les autorités investies de la fonction de gouvernement[12], voire même le juge constitutionnel[13], peuvent avoir bien du mal à prendre en compte dans une matière qui conduit notamment à céder aux réactions impulsives et à entériner les pratiques développées sur le terrain.

Ainsi, il apparaît qu'au cœur de la société politique dont la Constitution consacre le droit à la vie – pour reprendre l'exemple évoqué plus haut –, les principaux courants éthiques en présence devraient par définition s'accorder sur la valeur que forme la protection de la vie humaine. Certes, d'aucuns pourraient estimer qu'une telle valeur découle naturellement du fait que la vie de l'homme doit être considérée comme le don d'une puissance divine créatrice et organisatrice de l'univers, alors que d'autres pourraient rejeter une telle vision de l'univers. Mais au-delà de ces divergences, il n'est pas exclu que des rapprochements puissent se dessiner entre les uns et les autres, encouragés par leur passé commun – passé marqué par exemple par leur expérience commune d'un régime totalitaire, d'une occupation étrangère ou

[12] Supra, Deuxième partie, Chapitre II, Section 2, § 1er, B.
[13] Supra, Deuxième partie, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 2, a.

de la longue domination d'une religion donnée. Il se pourrait donc qu'un accord se dégage sur l'un ou l'autre principe fondamental, comme celui suivant lequel la vie de l'homme est le bien le plus précieux que possède celui-ci. Un principe qui viendrait éclairer le droit à la vie en insistant sur le poids particulier qu'il doit se voir reconnaître parmi les valeurs constitutionnelles.

On notera à ce stade que, jusqu'à un certain point – mais jusqu'à un certain point seulement –, c'est dans une logique semblable à celle ici évoquée que s'inscrit l'avis de certains membres du Comité consultatif de bioéthique belge concernant la problématique du statut éthique de l'embryon humain[14]. Ces membres proposent en effet de développer à ce sujet une stratégie d'approche censée recueillir un large accord au sein de la société. Après avoir constaté que, sur une question aussi sensible, « chacun peut rester sur ses positions, de telle sorte [que] le débat rationnel s'arrête et [que] seuls les équilibres de force concluent le débat », ils notent qu'« une autre stratégie consiste à partir de ce sur quoi tout le monde est d'accord et d'examiner ensuite pas à pas si on peut trouver ensemble des arguments pour élargir le consensus à d'autres points. Avec le point de départ social ici visé, on ne parle pas d'un sentiment superficiel mal réfléchi mais d'un consensus qui est [...] accepté par tous ceux qui ont réfléchi au problème »[15]. On notera toutefois que la démarche proposée ne renvoie pas à la substance des conceptions en présence telles qu'elles s'articulent autour des valeurs partagées par le plus grand nombre. Elle concerne des « attitudes et [...] sentiments humains socialement valables »[16].

Dans un troisième temps, enfin, le constituant devrait rapporter les éléments consensuels qu'il serait parvenu à mettre en lumière au champ biomédical qui a servi de point de départ à sa démarche. En clair, il devrait opérer un retour vers le faisceau de questions bioéthiques retenues comme celles au regard desquelles opérer la révélation pour *exprimer en termes spécifiques à ces questions le consensus social fondamental appelé à éclairer l'interprétation de la norme constitutionnelle directrice qui fait difficulté à leur sujet*. C'est là que résiderait la finalité concrète de toute disposition révélatrice.

Dans l'hypothèse évoquée à titre d'illustration, le constituant pourrait par exemple déduire du principe dégagé en rapport avec le droit à la vie, suivant lequel l'existence est le bien le plus précieux de l'homme, qu'un degré de protection élevé doit être accordé à l'embryon et au fœtus qui portent cette vie en germe, et inscrire cet élément dans le texte constitutionnel lui-même. Dans un contexte différent, il pourrait estimer qu'aucun droit à la mort ne peut être déduit du droit à la vie au profit des personnes atteintes d'une maladie grave et incurable, et l'énoncer expressément dans une autre disposition révélatrice incorporée à la Constitution.

Trois temps de réflexion, autant d'étapes qui peuvent soulever de multiples difficultés. La démarche de révélation, on le pressent d'emblée, s'avère sensible, délicate, éminemment complexe. D'autant qu'il se pourrait qu'elle doive être conduite en même temps au regard de plusieurs normes directrices générales qu'il serait dénué de sens d'aborder de manière isolée,

[14] Comité consultatif de bioéthique de Belgique, avis n° 18, du 16 sept. 2002, relatif à la recherche sur l'embryon humain *in vitro*.
[15] *Ibid.*, p. 30.
[16] *Ibid.*, p. 30. Ainsi, les membres évoqués notent qu'il existe un consensus éthique « sur le fait que les nouveaux-nés vivants et viables sont intégrés dans la communauté humaine » (p. 30). Ils constatent ensuite qu'« il devient insupportablement artificiel de ne pas adopter la même attitude tant envers un fœtus de quelques jours avant la naissance qu'envers celui de quelques semaines avant la naissance » (p. 31). Car « seules des personnes parfaitement cyniques ou dépourvues d'émotions pourraient se comporter adéquatement envers un bébé, et rester totalement sans émotions devant un fœtus à un stade avancé de la grossesse » (p. 31).

ce qui devrait aboutir tantôt à l'insertion de plusieurs dispositions révélatrices en rapport avec le même faisceau de questions bioéthiques, tantôt à l'insertion d'une disposition révélatrice de synthèse relatif à celui-ci[17]. On ne saurait donc prétendre qu'elle puisse être couronnée de succès à tous égards et dans toute société politique, loin de là[18].

Il reste que des dispositions révélatrices tendent à affleurer ici et là, au cœur de certaines Constitutions parmi celles qui consacrent des dispositions spécifiques à la matière biomédicale. Elles attestent que l'exercice n'est pas impossible[19].

Il en va ainsi de l'article 40, § 3, 3° de la Constitution irlandaise, suivant lequel « l'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant 'à naître' et, tout en tenant compte du droit égal à la vie de la mère, s'engage à respecter et à défendre ce droit dans sa législation dans toute la mesure du possible ». La disposition, introduite par un amendement de 1983, s'inscrit dans le prolongement de l'article 40, § 3, 2° de la Constitution, suivant lequel « l'État protégera de son mieux contre les attaques injustes, la vie [...] de tout citoyen [...] ». Manifestement, elle s'attache à un faisceau de questions bioéthiques particulier : celui qu'engendre la pratique de l'interruption volontaire de grossesse. Parce qu'elle fait état de l'enfant « à naître », ce qui paraît exclure du champ de la disposition l'embryon *in vitro* créé exclusivement pour les besoins de la recherche. Surtout parce qu'elle évoque en parallèle le droit à la vie de la mère, qui tend à n'entrer en ligne de compte, aux côtés des droits du fœtus, qu'au regard d'une telle pratique.

Concrètement, l'insertion de la disposition est liée à la reconnaissance du *right of privacy* qu'opère la Cour suprême d'Irlande en 1974[20]. Certains commentateurs irlandais estiment en effet qu'en matière d'avortement, une telle innovation jurisprudentielle pourrait ouvrir la voie à des développements semblables à ceux de la décision *Roe* de la Cour suprême des États-Unis[21]. Décision dont il faut rappeler qu'elle dégage du *right of privacy* de la femme enceinte un droit d'avorter, dont l'affirmation va de pair avec la dénégation de toute protection constitutionnelle des situations prénatales[22]. En Irlande, la reconnaissance du *right of privacy* conduit donc à brouiller la lisibilité du droit à la vie énoncé par la Constitution, à tout le moins au regard de la problématique de l'interruption volontaire de grossesse : certains peuvent estimer qu'un tel droit ne bénéficie pas à l'enfant à naître là où d'autres peuvent défendre la solution contraire.

C'est dans cette optique que le constituant prend la parole. Il procède à une démarche de révélation qui le conduit à dépasser les divergences de vue propres aux questions liées à l'avortement pour rechercher le consensus social fondamental qui se dessine au cœur de la société irlandaise. Et il déduit de celui-ci que le droit à la vie doit bel et bien être reconnu à l'enfant à naître dans ce contexte. Ce qui ne veut pas dire qu'il résout du même coup les questions soulevées par l'avortement. La suite de la disposition en témoigne : il impose aux autorités de respecter ce droit « en tenant compte du droit égal à la vie de la mère ». L'incise a pour effet de préciser le droit de l'enfant à naître, sans nul doute. Elle atteste que ce droit

[17] Cette dernière présenterait alors la particularité, par rapport à la situation de base évoquée au début de la subdivision, de se rapporter à *plusieurs* normes directrices générales dont la lisibilité fait difficulté au regard du faisceau de questions bioéthiques considérées.

[18] *Infra*, Titre II, Chapitre premier, Section 2.

[19] Certes, le caractère révélateur d'une disposition donnée ne peut être affirmé avec certitude qu'au regard d'un ensemble de considérations – politiques, sociologiques et autres – propres à la société politique qui l'a adoptée. Dans certains cas, toutefois, des indices tendent à montrer que telle disposition consacrée par le constituant l'a été dans une optique révélatrice.

[20] C. supr. irl., McGee v. Attorney General (1974).

[21] J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 313.

[22] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 1, b, 1.

équivaut à celui d'une personne née et vivante. Mais telle n'est pas sa vocation première, dès lors qu'elle concerne la mère et non une quelconque personne née et vivante : elle vise avant tout à insister sur un autre élément du cadre défini par la Constitution au regard de la problématique de l'avortement, en indiquant qu'il doit recevoir une attention égale à celui qui a fait l'objet de la révélation constitutionnelle. Du même coup, elle atteste que le constituant irlandais s'abstient de procéder à la conciliation requise pour prendre attitude face à l'interruption volontaire de grossesse. Visiblement, celui-ci abandonne ce soin au législateur.

À première vue, d'autres dispositions spécifiques existantes pourraient être mentionnées au rang des dispositions révélatrices. Ainsi, la Constitution suisse stipule notamment que « le patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et communiqué qu'avec le consentement de celle-ci ou en vertu d'une loi » (art. 119, § 2, f). Dans un autre domaine, elle indique que « la Confédération [...] veille à une répartition équitable des organes » (art. 119a, § 2). La Constitution italienne précise quant à elle que « nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé si ce n'est par une disposition de la loi » (art. 32). La Constitution vénézuélienne, pour sa part, énonce que « l'État reconnaît [aux peuples indigènes] le droit de recourir aux médicaments traditionnels et aux thérapies complémentaires selon les principes de bioéthique » (art. 122).

De telles dispositions présentent manifestement un « objet-matière » similaire à celui des dispositions révélatrices. Chacune d'elles porte sur une ou plusieurs facettes de l'être humain en tant que celui-ci est confronté à un ensemble plus ou moins vaste de connaissances, techniques ou pratiques biomédicales soulevant un faisceau de questions bioéthiques. Concrètement, elles peuvent ainsi être rattachées à des garanties constitutionnelles générales, dont elles assurent le prolongement dans le domaine biomédical. C'est le droit au respect de la vie privée et à la confidentialité des données à caractère personnel, en ce qui concerne la première disposition suisse évoquée[23]. C'est le principe d'égalité et de non-discrimination, pour la seconde[24]. C'est le droit à la libre disposition du corps, du point de vue de la Constitution italienne[25]. C'est le même droit, associé au droit à la culture, à la liberté de conscience et à la liberté de religion, pour ce qui est de la Constitution vénézuélienne[26].

Les dispositions spécifiques en cause, toutefois, ne paraissent pas afficher à proprement parler une finalité semblable à celle des dispositions révélatrices. Les garanties auxquelles elles se rattachent, en effet, ne sont pas de celles qui soulèvent traditionnellement des difficultés de lisibilité au regard du faisceau de questions bioéthiques qu'elles concernent. Il ne semble donc pas qu'elles aient pour finalité concrète de surmonter telle divergence d'interprétation majeure qui se dessine dans le domaine biomédical en dégageant les éléments d'un consensus social fondamental trop implicite pour être pris en compte comme il se doit par les autorités constituées. Elles tendent plutôt à exprimer les convergences assez claires qui se dessinent au regard de la ou des valeurs générales auxquelles elles se rapportent, reflétant ainsi un consensus social relativement explicite dont la prise en compte ne posait pas de réels problèmes au regard du faisceau de questions bioéthiques considéré, même en dehors d'une intervention du constituant.

---

[23] Droit consacré à l'art. 13 de la Const. suisse.

[24] Principe énoncé à l'art. 8 de la Const. suisse.

[25] En tant que ce droit peut être dégagé de garanties telles que le principe de liberté (art. 3), l'inviolabilité de la liberté individuelle (art. 13) ou la liberté de circulation et de séjour (art. 16).

[26] Le droit à la libre disposition du corps peut être rattaché au droit à l'intégrité physique (art. 46) et au droit au respect de la vie privée (art. 60). Le droit à la culture apparaît dans l'art. 15 de la Constitution ainsi que dans son Préambule. Quand aux libertés de conscience et de religion, elles sont consacrées respectivement dans les art. 59 et 61.

De telles dispositions témoignent ainsi d'un souci de procéder à la *traduction* de la ou des valeurs en cause davantage qu'à la révélation de leur contenu caché. Elles font figure de dispositions indicatives *traductrices*. Ce qui tend à montrer qu'elles ne se donnent pas pour objet de servir l'approche bioéthique. Bien sûr, elles ont pour effet d'accroître – un peu – la lisibilité des normes directrices générales dans le domaine. De procurer aux questions bioéthiques qu'elles concernent un élément de réponse exprimé en des termes spécifiques à celles-ci. Mais telle n'est pas leur préoccupation essentielle. La traduction à laquelle elles procèdent poursuit un objectif étranger au domaine biomédical. De ce fait, leur finalité de principe peut présenter une coloration très différente d'une société politique à l'autre, et même d'une disposition à l'autre, en fonction de la nature de cet objectif.

Ainsi l'affirmation par le constituant suisse du principe du consentement de l'individu à l'utilisation de ses données génétiques ou du principe de la répartition équitable des organes semblent-ils dictés par la préoccupation de justifier les transferts de compétences opérés au profit de la Confédération, tant en matière d'« utilisation du patrimoine germinal et génétique humain » (art. 119, § 2) que « dans le domaine de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules » (art. 119*a*). Les dispositions en cause visent à « indiqu[er] au législateur fédéral, sous la forme d'un véritable mandat, comment il doit exercer la tâche qui lui est confiée »[27].

La consécration par la Constitution italienne du principe du consentement de l'individu aux traitements sanitaires pourrait quant à elle être liée au souci de rompre avec le passé du pays : passé marqué par l'idéologie fasciste, dont on connaît les dérives du point de vue de la négation de la personne humaine.

Enfin, l'insertion du droit de recourir aux médicaments traditionnels dans la Constitution vénézuélienne s'explique probablement par l'impératif général – qui trouve à s'exprimer dans un ensemble d'autres normes constitutionnelles n'évoquant pas la matière bioéthique en termes spécifiques – d'assurer une reconnaissance digne de ce nom aux peuples indigènes établis dans le pays. En clair, de prendre en compte de manière manifeste les préoccupations particulières d'une partie de la population vénézuélienne.

Ces quelques considérations permettent de compléter l'aperçu qui a été donné au sujet des dispositions dites révélatrices. Elles invitent en effet à relever qu'il ne saurait être exclu de voir une disposition de ce type adoptée en vue d'atteindre une finalité étrangère à la matière bioéthique, c'est-à-dire à un accroissement de la lisibilité de la Constitution au regard des questions biomédicales. Une finalité qui pourrait être semblable à celle que se donne une disposition dite traductrice. Il ne serait pas inconcevable, par exemple, qu'une disposition révélatrice fût énoncée dans l'objectif ultime de justifier un transfert de compétences opéré dans le domaine biomédical au profit des autorités d'une collectivité donnée. Un tel objectif a trait à l'équilibre des forces au sein d'un État fédéral : en lui-même, il ne concerne pas la matière bioéthique.

L'existence de cette finalité étrangère n'aurait cependant pas pour effet de transformer la disposition révélatrice en une disposition traductrice. Ceci en raison de la nature de la norme directrice générale dont il s'agirait d'exprimer les exigences en termes propres au domaine biomédical afin d'assurer la réalisation d'une telle finalité : contrairement à celle qui sert de point d'attache à toute disposition traductrice, cette norme appartiendrait par hypothèse à la catégorie de celles dont la lisibilité fait difficulté au regard du faisceau de questions

[27] A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'État*, Berne, Staempfli Éditions SA Berne, 2000, p. 972.

bioéthiques à prendre en compte. Difficulté que la poursuite de l'objectif étranger n'aurait évidemment pas pour effet d'effacer. La rencontre de cet objectif passerait donc, en ce qui concerne la disposition révélatrice, par la satisfaction d'une exigence qui ferait défaut du point de vue de la norme sur laquelle porte la disposition traductrice : la révélation de la signification problématique d'une garantie générale dans le domaine biomédical. Sans révélation de ce type, l'objectif étranger poursuivi ne pourrait être atteint. La disposition révélatrice conserverait donc bien la finalité qui la définit, propre à la matière bioéthique, quand bien même cette finalité s'inscrirait dans un objectif plus large. Ce dernier viendrait coiffer la finalité révélatrice ; il n'aurait pas pour conséquence de l'effacer.

§ 2. DES DISPOSITIONS CONCILIATRICES

Une deuxième catégorie de dispositions spécifiques à la biomédecine pourraient se donner pour objet, un cran au-dessus des dispositions révélatrices, d'inscrire dans le texte de la Constitution des *réponses précises* aux questions bioéthiques qui traversent la société politique. Elles attesteraient que le constituant a décidé de ne pas laisser la bride sur le coup des autorités investies de la fonction de gouvernement, en n'énonçant à leur intention que des éléments de réponse leur imposant un impératif de compatibilité. Elles trancheraient directement les questions biomédicales en leur procurant une solution à laquelle ces autorités n'auraient d'autre choix que de se conformer, sans plus pouvoir faire état d'une marge de manœuvre. Elles veilleraient donc à *accroître l'engagement des normes directrices générales* dans le domaine biomédical. Dans cette optique, elles procéderaient à la conciliation des garanties constitutionnelles pertinentes : les dispositions indicatives prendraient ici la forme de dispositions *conciliatrices*.

Toute disposition conçue dans cette optique se rapporterait, par définition, à un ensemble de normes directrices générales de la Constitution qui s'avèrent pertinentes dans le domaine biomédical. Plus précisément à des *normes dont la mise en œuvre simultanée fait difficulté au regard d'un faisceau de questions bioéthiques engendrées par des connaissances, techniques ou pratiques biomédicales données*. Questions dont il est probable qu'elles apparaîtraient suffisamment importantes au sein de la société concernée pour mériter une attention toute particulière de celle-ci. Dans cette optique, les dispositions conciliatrices présenteraient un « objet matière » analogue à celui des dispositions révélatrices. Chacune d'elles porterait sur *plusieurs facettes de l'homme*, soit celles que protègent les garanties dont elle assure la prise en compte. Par ailleurs, elle n'envisagerait pas cet homme de manière générale : elle concernerait l'individu, ou l'un des individus, *confronté aux connaissances, techniques ou pratiques biomédicales qui soulèvent les questions bioéthiques auxquelles elle chercherait à apporter une réponse*.

Matériellement parlant, le constituant qui viserait à énoncer une disposition conciliatrice afin d'accroître l'engagement de la Constitution devrait par hypothèse, pour atteindre cette *finalité de principe*, veiller à développer une approche en deux temps. Dans une première étape, il lui reviendrait d'identifier l'ensemble des éléments de réponse pertinents au regard des questions biomédicales concernées. Éléments de réponse qu'il devrait trouver parmi les normes constitutionnelles directrices : normes générales qui se suffisent à elles-mêmes, c'est-à-dire qui n'appellent aucune démarche de révélation, mais aussi normes qui exigent de procéder à un tel travail. Éléments de réponse qu'il devrait également puiser en dehors de la Constitution, dès lors qu'il lui reviendrait de prendre en compte un ensemble d'autres impératifs, non consacrés par elle, tenant à la réalisation du bien public au sein de la société politique concernée. Dans une deuxième étape, il incomberait au constituant de rechercher

une pondération entre l'ensemble de ces éléments de réponse, pour le plus grand profit de tous les membres de la société politique concernée. Il lui faudrait donc *exprimer au regard des questions bioéthiques à résoudre l'indispensable équilibre que requiert la réalisation du bien public à son sujet*. Telle serait la *finalité concrète* d'une disposition conciliatrice.

Nul ne niera, ici encore, que l'exercice envisagé pourrait s'avérer malaisé[28]. Ceci n'empêche pas certaines Constitutions contemporaines d'offrir plusieurs exemples de dispositions conciliatrices. La Constitution suisse, tout particulièrement, s'avère riche en dispositions de ce genre. « Toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et d'embryons humains sont interdites » (art. 119, § 2, a). « Le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée n'est autorisé que lorsque la stérilité ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peuvent être écartés d'une autre manière, et non pour développer chez l'enfant certaines qualités ou pour faire de la recherche ; [...] ne peuvent être développés hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules humains pouvant être immédiatement implantés » (art. 119, § 2, c). « Le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits » (art. 119, § 2, d).

À ces dispositions qui figurent déjà dans la Constitution suisse – et qui ne sont pas évoquées ici de manière exhaustive –, d'autres pourraient venir s'ajouter dans un avenir plus ou moins proche. Une motion a en effet été adoptée par l'Assemblée fédérale suisse, invitant le Conseil fédéral à « préparer une disposition constitutionnelle concernant la recherche sur l'être humain » de façon à octroyer à la Confédération une compétence formelle en cette matière[29]. Étant entendu qu'il s'agirait dans la foulée d'ancrer dans la Constitution « des principes essentiels afin que la dignité humaine, la personnalité et la santé soient protégées » dans le cadre des recherches opérées, ceci à la lumière du « droit fondamental à la liberté de la science »[30]. Il y a là une invitation très nette à procéder à une conciliation entre plusieurs garanties constitutionnelles pertinentes[31].

Dans l'optique suisse, l'ensemble de ces dispositions – adoptées ou en projet – vont de pair avec un transfert de compétences opéré au bénéfice de la Confédération. Elles montrent donc qu'à l'instar des dispositions révélatrices, les dispositions conciliatrices pourraient ne pas avoir pour finalité ultime de renforcer l'engagement de la Constitution au regard des questions biomédicales, cette finalité étant elle-même au service d'un objectif extérieur qui la surplombe. En l'occurrence, justifier la compétence octroyée à la Confédération en imposant au législateur fédéral le respect d'un mandat précis. Il reste qu'ici encore, ceci n'enlève rien à la nature conciliatrice des dispositions en cause : celles-ci conservent bel et bien la finalité qui les définit, par la réalisation de laquelle passe l'accomplissement de l'objectif extérieur en cause.

---

[28] *Infra*, Titre II, Chapitre premier, Section 2.

[29] « Recherche sur l'être humain – Création d'une base constitutionnelle », *Conseil des États*, Motion n° 03.3007, 18 févr. 2003.

[30] *Ibid.*

[31] Voy. aussi l'initiative populaire fédérale du 19 nov. 1999 « Pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère dans la détresse » (*Feuille fédérale*, 2000, p. 207), qui visait à introduire dans la Constitution suisse un art. 10*a* stipulant notamment que « quiconque cause la mort d'un enfant à naître ou y contribue de manière décisive est punissable, à moins que la continuation de la grossesse ne mette la vie de la mère en danger et que ce danger, imminent et de nature physique, soit impossible à écarter d'une autre manière » (§ 2, a), étant entendu que « si la grossesse est la conséquence d'un acte de violence, la mère peut, dès que la grossesse a été constatée, donner son accord, le seul nécessaire, à l'adoption de l'enfant » (§ 2, c). Cette disposition a néanmoins été rejetée en votation populaire du 2 juin 2002.

SECTION 2. L'ADÉQUATION DES DISPOSITIONS INDICATIVES

Accroître la lisibilité de certaines normes constitutionnelles directrices, voire amplifier l'engagement de la Constitution, ceci au regard de questions relatives à un domaine qui touche à l'homme d'aussi près que la biomédecine : c'est là, à n'en pas douter, une tâche aux enjeux fondamentaux. Une tâche à la mesure de l'auteur éminent de la Constitution, soit le pouvoir souverain ou le pouvoir habilité par lui à modifier son œuvre[32]. Telles qu'elles se profilent au regard des besoins qui se dessinent en matière bioéthique, les dispositions indicatives peuvent-elles néanmoins s'insérer harmonieusement dans la Constitution ? Leur objet est-il en accord avec celui que le constituant donne à celle-ci ? On appréhende la question du point de vue de la finalité des dispositions indicatives (§ 1er). On l'envisage ensuite sous l'angle de la matière qui est la leur (§ 2).

§ 1ER. LA FINALITÉ DES DISPOSITIONS INDICATIVES

À travers les développements consacrés à l'imprégnation constitutionnelle de la matière bioéthique, on a déjà laissé entrevoir l'objet éminent que le constituant attribue à la Constitution qu'il adopte et retouche. Il a été question de bien public, de structuration d'une société politique, de valeurs fondamentales, de balises à vocation directrice, de limitation du pouvoir des autorités. Il convient à présent d'assembler et d'organiser ces indications éparses au cœur d'une vision cohérente de la norme constitutionnelle.

De manière générale, la Constitution se présente comme la *norme qui, faisant œuvre initiale à cet égard, cherche à assurer dans la durée la réalisation efficace du bien public au sein du groupement humain dont elle émane, en fixant au pouvoir qui s'y exerce des limites stables garantissant qu'il soit pleinement mis en œuvre au profit de tous et non usurpé au profit de quelques-uns.*

Dans cette optique, la Constitution vise à mettre sur pied une *structure étatique apte à matérialiser le bien de tous*, dont chacune des composantes voit son pouvoir limité par les caractères qu'elle lui impose comme par les contrôles auxquels elle soumet ses interventions, inspirés par le souci de réaliser le bien public. Structure dont elle cherche en outre à garantir la stabilité, notamment en veillant à ce que celle-ci recueille une large adhésion au sein du groupement, tant en raison de sa capacité à limiter le pouvoir pour réaliser le bien public qu'en raison de la forme qu'elle adopte parmi celles susceptibles d'assurer la matérialisation de ce bien.

La Constitution vise dans la foulée à insuffler au cœur de la structure qu'elle met sur pied un ensemble de *lignes directrices tenant aux valeurs fondamentales partagées par les membres de la collectivité*. Cherchant à orienter l'action des composantes de la structure dans le sens de la réalisation d'un certain bien public, ces lignes directrices voient leur caractère durable assuré précisément par le fait qu'il s'agit des valeurs sociales partagées, auxquelles l'adhésion du plus grand nombre ne peut qu'être renforcée par leur usage en vue de limiter l'exercice du pouvoir.

---

[32] L. FAVOREU, Note sous Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC, *Rev. fr. dr. const.*, 1994, p. 799, p. 806 ; L. FAVOREU, « Rapport introductif », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *Constitution et éthique biomédicale*, Paris, La documentation Française, 1998, p. 22 ; B. MATHIEU, « Bioéthique: un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science. À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », *Rev. fr. dr. adm.*, 1994, p. 1032 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 504.

C'est au regard de ce tableau d'ensemble que doit être évaluée la finalité des dispositions indicatives dont l'insertion est pressentie en matière bioéthique. Plus précisément au regard de ses trois lignes de forces. Il faut d'abord vérifier en quoi les dispositions en cause veillent à la *réalisation du bien public* (A). Il faut ensuite examiner si elles visent à assurer une *limitation du pouvoir* au nom de ce bien public (B). Il faut enfin apprécier le *caractère durable* dont elles peuvent se prévaloir (C).

A. Des dispositions soucieuses du bien public ?

C'est la finalité concrète des dispositions indicatives qui, à ce premier stade, doit retenir l'essentiel de l'attention. Autrement dit, ce que ces dispositions cherchent à faire pour répondre à la finalité de principe qui est la leur, que celle-ci soit de nature révélatrice, de nature traductrice ou de nature conciliatrice. De ce point de vue, il apparaît que *l'ensemble des dispositions indicatives tendent à demeurer en phase avec la finalité de la Constitution : elles se préoccupent de ce qui touche au bien public.*

Ainsi, les dispositions révélatrices se rapportent, on l'a relevé, à des normes directrices générales dont la lisibilité fait difficulté au regard du faisceau de questions bioéthiques considéré. Elles se rattachent donc à des valeurs fondamentales qui font figure de valeurs partagées par les membres de la société politique concernée. Certes, elles ne cherchent pas à proprement parler à exprimer de telles valeurs. Elles visent à révéler leur signification. Il reste que, pour ce faire, elles ne procèdent pas de n'importe quelle manière : elles se donnent pour finalité concrète de puiser dans le consensus social fondamental inexprimé qui se forge autour des garanties constitutionnelles. De prendre en compte les rapprochements qui se dégagent de la substance des principaux courants éthiques en présence, caractérisés par le fait qu'ils s'accordent *in fine* sur l'énonciation de ces garanties. En clair, de prolonger les valeurs sociales fondamentales en s'assurant que la révélation qu'elles opèrent à leur sujet soit l'écho d'un large accord au sein de la société. De ce fait, on peut estimer que les dispositions révélatrices témoignent d'une préoccupation d'assurer la réalisation du bien public.

D'une part, le fait même qu'elles cherchent à révéler le contenu des normes directrices auxquelles elles s'attachent à la lumière des conceptions éthiques qui s'expriment dans la société atteste qu'elles s'efforcent de prendre en compte des exigences tendant à l'accomplissement de l'être humain. Exigences qui peuvent s'avérer profitables à tous, c'est-à-dire au « public » dont le bien doit être recherché : on a déjà noté que le déploiement de l'individu ne peut que bénéficier à ceux qui le côtoient au sein du groupe humain qu'ils contribuent à former avec lui[33].

D'autre part, les dispositions révélatrices ne se focalisent pas sur une conception éthique donnée. Elles ne tendent pas à imposer le respect d'exigences spécifiques à une vision déterminée de l'homme et du monde, dont les tenants des autres conceptions en présence seraient amenés à considérer qu'elles expriment une conception particulière du bien qu'ils ne sauraient partager. Les indications qu'elles cherchent à consacrer sont au contraire de celles qu'une large majorité des membres de la société peuvent considérer comme susceptibles de réaliser leur propre bien. Des indications dont la mise en œuvre, source d'accomplissement de l'individu, doit donc être tout bénéfice pour la plupart : elle n'aurait pas pour effet de réduire à néant le profit que chacun est susceptible de tirer de l'accomplissement d'autrui en imposant

[33] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la section 2.

à certains des exigences qui ne correspondent pas à leur vision propre du bien. La réalisation du bien de tous est à l'ordre du jour[34].

Un raisonnement du même type peut être conduit du point de vue des *dispositions traductrices* dont on a relevé l'existence au cœur de certaines Constitutions contemporaines. Certes, une inconnue demeure par hypothèse en ce qui les concerne, compte tenu de leur finalité étrangère à la matière bioéthique. Cette finalité qui contribue à les définir tout entières, et dont la seule caractéristique constante d'une disposition à l'autre est de les amener à traduire en termes propres à la matière bioéthique des normes directrices générales qui n'en ont pas réellement besoin, vu que leur lisibilité ne s'avère pas réellement problématique de ce point de vue. Mais cette constante même s'avère éclairante. Elle rappelle que les dispositions traductrices ont pour finalité concrète d'exprimer les convergences qui se dessinent concernant l'interprétation dans le domaine biomédical des normes directrices sur lesquelles elles portent. Convergences derrière lesquelles se profilent le consensus qui se dégage de courants éthiques soucieux de l'accomplissement de l'individu. Convergences qui attestent de surcroît qu'une large frange de la société est susceptible de se reconnaître dans la solution qu'énoncent les dispositions traductrices. À l'instar des dispositions révélatrices, celles-ci paraissent donc elles aussi préoccupées de la réalisation du bien public.

Les dispositions *conciliatrices*, quant à elles, présentent la particularité de ne pas se contenter de prolonger telles ou telles valeurs partagées inscrites dans la Constitution. Elles cherchent à arbitrer ces valeurs. Matériellement parlant, elles visent à les pondérer entre elles ainsi qu'avec d'autres impératifs tenant à la réalisation du bien public : leur finalité concrète consiste à exprimer au regard des questions bioéthiques qu'elles traitent l'équilibre que requiert la réalisation du bien public à leur sujet. De ce fait, et par hypothèse, on peut considérer que la recherche de ce bien sous-tend leur énonciation.

B. Des dispositions soucieuses d'assurer une limitation du pouvoir ?

Les dispositions révélatrices, traductrices et conciliatrices cherchent à assurer la matérialisation du bien public. De surcroît, elles se présentent par définition comme des dispositions écrites. *A priori*, on peut déduire de ces deux caractéristiques qu'elles visent à imposer au pouvoir des autorités publiques, et notamment à celui des autorités investies de la fonction de gouvernement, des limites claires censées éviter que ce pouvoir soit utilisé de manière arbitraire, au profit de quelques-uns et non de tous.

La conclusion s'avère cependant un peu rapide. Car il faut rappeler que les deux mêmes traits caractéristiques sont partagés par les normes directrices générales de la Constitution, dont on a pourtant relevé qu'elles n'assurent pas pleinement la matérialisation de ce bien dans l'approche des questions bioéthiques de fond : si elles sont censées limiter l'arbitraire des autorités dès lors qu'elles leur imposent le respect de valeurs communes inscrites dans un texte de référence, ce qui les crédite d'une forme d'autorité *a priori*[35], elles peuvent néanmoins avoir bien du mal à les empêcher d'adopter une telle attitude dès l'instant où elles doivent être mises en œuvre dans le domaine biomédical, ce qui atteste la faiblesse de leur autorité *de facto*[36].

---

[34] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre II, Section 2.
[35] *Ibid.*
[36] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er, A, 2.

Au regard des questions biomédicales de fond, on ne saurait donc se contenter de relever que des dispositions constitutionnelles cherchent à énoncer par écrit des exigences propres à assurer le bien de tous pour considérer que ces dispositions sont pleinement en accord avec l'objet de la Constitution. Il faut aussi pouvoir constater qu'elles affichent un souci particulier de limiter le pouvoir des autorités. En clair, un souci d'assurer que l'œuvre du constituant témoigne dans le domaine biomédical de l'efficacité dont elle s'efforce de faire preuve dans la recherche du bien public en général.

À cet égard, l'évaluation des dispositions *révélatrices* et *conciliatrices* envisagées pour l'insertion ne soulève guère de difficulté. Ceci en raison de la finalité de principe qui les caractérise. Les premières se donnent pour objet de procéder à la révélation du contenu des normes directrices générales en vue d'accroître la lisibilité de la Constitution au regard des questions biomédicales de fond. Les secondes visent pour leur part à procéder à la conciliation de telles normes afin d'amplifier son engagement au regard de celles-ci. Les unes et les autres s'efforcent ainsi de renforcer l'expressivité des normes constitutionnelles en matière bioéthique. Elles visent à mettre en lumière la volonté du constituant telle que celle-ci trouve à s'exprimer dans le secteur, de manière à adresser aux autorités un message dénué d'ambiguïté au regard des questions bioéthiques dont elles sont amenées à connaître.

En procédant de la sorte, les dispositions révélatrices et conciliatrices cherchent à décourager les autorités de gouvernement de céder à la tentation de suivre leurs impulsions premières : ces réactions instinctives, presque épidermiques, dictées par un mouvement spontané d'adhésion ou de rejet au regard d'une technique ou d'une pratique biomédicale donnée[37]. Elles tendent à leur montrer que les options souvent radicales inhérentes à de telles impulsions ne répondent pas aux exigences qu'impose la réalisation du bien public. En clair, elles s'efforcent d'inciter les autorités à opérer une réorientation face aux réactions instinctives qui sont les leurs et aux abus qui peuvent s'y attacher.

Par la consolidation du message constitutionnel, les dispositions révélatrices et conciliatrices cherchent aussi à dissuader les autorités de faire des pratiques de terrain les repères qui les guident dans l'appréhension des questions bioéthiques de fond. Autrement dit, d'entériner purement et simplement ces pratiques, et de les entériner de manière systématique, au risque de tolérer un affaiblissement progressif de la protection assurée[38]. En fournissant elles-mêmes des éléments de réponse explicites, sinon des réponses à proprement parler, les dispositions indicatives visent à faire écho aux attentes d'autorités en mal de jalons, parfois perdues au cœur d'une matière dont la complexité et la sensibilité s'avèrent extrêmes.

Dans la foulée, le renforcement du message constitutionnel opéré par les dispositions révélatrices et conciliatrices cherche encore à décourager les autorités de développer une approche pragmatique focalisée sur la recherche de compromis provisoires et évolutifs[39]. Ceci en ôtant aux partisans d'une telle approche le principal argument qui les amène à rejeter les fondements constitutionnels au moment d'appréhender les questions bioéthiques : le caractère obscur que présentent de tels fondements au regard de telles questions, lorsqu'ils sont exprimés en termes généraux.

La clarification du message constitutionnel inhérente aux dispositions révélatrices et conciliatrices cherche enfin à conforter le pouvoir de contrainte des normes constitutionnelles

[37] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er, B, 1.
[38] *Ibid.*
[39] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er, B, 2.

directrices dans le domaine biomédical. En pratique, à renforcer et à légitimer l'appui que le juge constitutionnel est à même de procurer aux autorités de gouvernement dans la mise en œuvre de ces normes au regard des questions bioéthiques de fond : à lui fournir une assise plus solide, car moins confuse, pour apprécier comme il se doit l'œuvre du législateur. En partant du principe que rappelle J. Rivero, suivant lequel « un contrôle constitutionnel à la fois utile à la protection des citoyens et acceptable par le Parlement suppose que le juge trouve, dans les textes dont il doit assurer le respect, une base précise et sûre »[40].

Les dispositions révélatrices et conciliatrices visent ainsi à décourager les attitudes activistes comme les attitudes abstentionnistes du juge constitutionnel. D'une part, elles tendent à atténuer dans son chef la tentation de se substituer au constituant, c'est-à-dire de pratiquer une forme d'activisme aggravé[41], en affermissant la position de ce constituant sur le terrain des questions à appréhender. D'autre part, elles tendent à réduire la tentation du juge constitutionnel de déposer les armes devant le législateur, de renoncer à exercer son contrôle, en lui fournissant suffisamment d'indications pour assurer celui-ci[42]. De la même manière, les dispositions en cause visent à dissuader le juge constitutionnel de prêter attention aux opinions particulières qui s'affrontent au regard de questions bioéthiques spécifiques[43]. Ceci en élevant le débat, comme l'attestent en particulier les dispositions révélatrices soucieuses de dévoiler le consensus social fondamental qui entoure les normes directrices générales. Enfin, la clarification du message constitutionnel assurée par les dispositions révélatrices comme par les dispositions conciliatrices vise à lutter contre la propension que peut afficher le juge constitutionnel de recourir aux facteurs scientifiques, notamment pour interpréter les normes directrices de la Constitution ou pour réduire la portée de son contrôle en l'opérant seulement « en l'état des connaissances et des techniques »[44].

L'ensemble de ces considérations rappellent que les dispositions révélatrices et conciliatrices sont conçues dans l'optique ultime d'assurer l'*empreinte effective* des normes constitutionnelles directrices sur l'approche des questions bioéthiques de fond. Elles visent précisément à affermir l'autorité de ces normes, en jouant sur leur expressivité et donc sur leur pouvoir de persuasion. Ceci de façon à leur permettre d'éviter que les autorités ne cèdent dans le domaine biomédical à une forme d'arbitraire. De ce point de vue, *les dispositions révélatrices et conciliatrices affichent donc une finalité en accord avec celle que le constituant donne à la Constitution tout entière.*

Une même optique n'inspire pas les dispositions *traductrices*, dès lors que celles-ci sont guidées par leur finalité étrangère à la matière bioéthique. De telles dispositions ne témoignent pas d'un souci particulier de limiter le pouvoir dans le domaine biomédical. En l'occurrence, toutefois, ceci ne prête pas à conséquence. Par hypothèse, en effet, la réalisation de la finalité étrangère en cause passe par la simple traduction de normes directrices qui sont énoncées dans l'objectif de limiter le pouvoir des autorités mais qui s'avèrent aussi capables d'atteindre cet objectif dans le domaine biomédical, vu qu'elles y conservent une indéniable lisibilité. On peut donc considérer que les dispositions qui visent à atteindre cette finalité répondent elles aussi à la vocation limitative de la Constitution. D'autant qu'en s'exprimant

[40] J. RIVERO, Note sous Cons. const. fr., 15 janv. 1975, n° 75-54 DC, *A.J.D.A.*, 1975, p. 138.
[41] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 1, b, notamment 2. L'activisme tempéré, quant à lui, n'est pas affecté par la clarification du message constitutionnel, dès lors qu'il amène le juge constitutionnel à se substituer au législateur en lui dictant telle orientation qu'il estime pertinente compte tenu de la volonté du constituant.
[42] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 1, c.
[43] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 2, b.
[44] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 2, a.

en des termes spécifiques au domaine biomédical, elles ont pour effet de renforcer un peu la lisibilité, donc le pouvoir limitatif, des normes générales auxquelles elles s'attachent.

C. Des dispositions soucieuses de permanence ?

Dans un troisième et dernier temps, il importe de s'interroger sur le point de savoir si, cherchant à limiter le pouvoir des autorités au nom de la réalisation du bien public, les dispositions indicatives veillent en même temps à garantir leur propre longévité. Visent-elles à adopter une optique telle qu'elles ont des chances de ne pas se trouver rapidement périmées ?

À cet égard, il faut rappeler que les dispositions *conciliatrices* se distinguent des dispositions révélatrices et traductrices par leur degré de précision plus élevé. Elles ne se contentent pas d'apporter des éléments de réponse à telles questions bioéthiques données. Elles cherchent à leur procurer des réponses à proprement parler. Une telle approche ne va pas sans soulever des difficultés dans un domaine tel que celui de la biomédecine, caractérisé par d'incessantes évolutions des connaissances, des techniques et des pratiques. Il se pourrait en effet que les données factuelles à prendre en compte pour fournir aux questions biomédicales concernées une solution qui permette d'assurer la réalisation du bien public changent rapidement du tout au tout. Telles données propres au contexte dans lequel la disposition conciliatrice est adoptée peuvent brusquement prendre une importance nouvelle ou, au contraire, perdre le plus clair de leur intérêt. Des faits nouveaux peuvent survenir. Autant de variations qu'il importerait d'inclure dans l'approche des questions résolues par la disposition, de façon à ce que l'ensemble des impératifs relatifs à la réalisation du bien public soient à la fois pris en compte et pondérés comme il se doit en ce qui les concerne.

Un exemple illustre le propos. On a relevé en son temps que la Constitution suisse autorise le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée dans les seules hypothèses où il n'est pas possible d'écarter d'une autre manière la stérilité ou le danger de transmission d'une maladie grave. De telles méthodes ne peuvent être mises en œuvre, notamment, pour faire de la recherche (art. 119, § 2, c). Cette dernière solution laisse entrevoir qu'un choix clair a été opéré, du point de vue de la création d'embryons humains au profit de la science, entre les divers impératifs relatifs à la réalisation du bien public qu'implique une telle pratique. Là où il convient de prendre en compte à la fois le principe de dignité, qui conduit à rejeter toute instrumentalisation de l'être humain, la liberté de la recherche et les impératifs tenant aux bénéfices que la collectivité peut retirer de cette dernière, tels que l'impératif de protection de la santé publique et l'impératif économique, le constituant suisse estime qu'il convient de privilégier le premier. Ce qui l'amène à énoncer une interdiction pure et simple.

Mais en 1998, c'est-à-dire six ans seulement après l'adoption de la disposition, une découverte majeure a lieu aux États-Unis. Des chercheurs mettent en évidence ce qu'il convient d'appeler les cellules souches embryonnaires. Aux premiers jours du développement de l'embryon, les cellules de celui-ci s'avèrent totipotentes : elles sont capables de donner naissance à tout type de cellules de l'être humain. À un stade plus avancé, les cellules embryonnaires s'avère encore pluripotentes : elles sont à même de se différencier en un nombre limité de cellules de l'organisme humain. De telles potentialités ne sont pas dénuées d'intérêt. Au contraire, elles laissent entrevoir des avancées immenses dans le traitement de nombreuses maladies aujourd'hui encore non curables : maladies neuro-dégénératives, cancers, diabètes, etc.

Il va de soi que la pondération des impératifs en présence telle que l'a réalisée le constituant suisse en 1992 n'intègre pas ce facteur nouveau. Or, ce dernier a pour effet de renforcer nettement l'impératif de protection de la santé publique et l'impératif économique à prendre en compte au moment d'arrêter une position relative à la création d'embryons voués à la recherche. Face au souci d'éviter une instrumentalisation organisée de l'embryon, dont la création aux fins de le soumettre à des investigations le transformerait en un moyen au service d'une fin, de telles exigences prennent un relief nouveau : ne s'impose-t-il pas d'explorer la voie nouvelle qui s'ouvre dans le traitement de maladies dont l'ampleur ne cesse de croître dans les société contemporaines ? N'est-il pas indispensable d'assurer le développement d'un secteur de recherche dont les retombées économiques pourraient s'avérer considérables, tant du point de vue des profits escomptés qu'au niveau des économies réalisables en termes de dépenses de santé publique ? En clair, la recherche du bien public n'impose-t-elle pas d'adopter une solution autre que celle consacrée par la Constitution en 1992, fondée sur un équilibre différent des divers impératifs en présence ?

Des questions de ce genre ont pour effet de déforcer la disposition constitutionnelle conciliatrice. Beaucoup peuvent être tentés de pointer du doigt son inadaptation au contexte récent, de dénoncer son inadéquation au regard des exigences nouvelles du bien public, bref, de la déclarer périmée – aussi récente soit-elle. De manière un peu moins radicale, certains peuvent chercher à s'engouffrer dans les imperfections du texte constitutionnel pour justifier une solution qui opère à leurs yeux une juste pesée des intérêts en présence compte tenu des évolutions récentes.

Un tel risque transparaît à travers la position que le Conseil fédéral suisse adopte sur le sujet en 2002. Le Conseil part du constat que la mise en œuvre des techniques d'assistance médicale à la procréation, mise en œuvre opérée pour surmonter la stérilité du couple demandeur ou éviter la transmission d'une maladie grave, débouche exceptionnellement sur l'apparition d'embryons dits surnuméraires. « C'est notamment le cas lorsque l'embryon ne se développe pas normalement ou lorsque la femme à féconder tombe malade et que, pour cette raison, l'embryon ne peut pas être transplanté sur la femme ». Le Conseil note également qu'« en Suisse, la production d'embryons à des fins de recherche est strictement interdite » mais que « tant la Constitution que la loi sur la procréation médicalement assistée laissent ouverte la question de savoir si les embryons surnuméraires peuvent être utilisés par la recherche, notamment dans le but de produire des cellules souches embryonnaires ». Compte tenu de cet élément, il développe un projet de loi qui « autorise l'utilisation d'embryons surnuméraires à des fins de recherche à des conditions très précises et très strictes »[45]. Projet qui reçoit l'appui de certains groupes politiques au sein de l'Assemblée fédérale. Ainsi, le rapporteur du groupe radical au sein de la Commission compétente du Conseil national estime-t-il « qu'il n'exist[e] aucun obstacle constitutionnel à l'adoption de cette loi », qui « concern[e] un secteur de la recherche très prometteur et particulièrement compétitif au niveau international »[46].

Il est néanmoins permis de se demander si l'optique ainsi défendue est bel et bien conforme à l'intention qui sous-tend le texte constitutionnel. Autrement dit, si celui-ci autorise une quelconque recherche sur l'embryon. Non seulement parce qu'il interdit expressément de créer des embryons aux fins d'investigations scientifiques, mais aussi parce

[45] Message du Conseil fédéral du 20 nov. 2002 relatif à la recherche sur les embryons surnuméraires et sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les embryons), *Feuille fédérale*, 2003, p. 1065.
[46] Parlement fédéral, Note de synthèse, n° 02.083, « Loi relative à la recherche sur les cellules souches », *www.parlament.ch/f/*.

qu'il prohibe toute forme de clonage, de même que toute intervention dans le patrimoine génétique d'embryons humains (art. 119, § 2, a). Certains estiment ainsi que l'article 119, § 2 interdit la recherche sur les embryons. Pour une partie des parlementaires du groupe socialiste au sein du Conseil national, notamment, le projet de loi du Conseil fédéral est dépourvu de base constitutionnelle[47].

Dénonciation de la disposition conciliatrice. Exploitation de ses faiblesses et graves divergences de vue relatives à sa signification. Sans nul doute, le crédit de la disposition est atteint. Son autorité est minée. Elle n'a plus l'ascendant requis pour orienter les autorités constituées, pleinement, dans le sens de la réalisation du bien public dont elle se veut l'expression. Elle s'expose à un sort semblable à celui des normes directrices générales de la Constitution dont la lisibilité fait difficulté dans le domaine biomédical : elle risque de se voir écartée dans une plus ou moins large mesure, avec à la clé la réapparition de solutions dictées par l'arbitraire. Un cran au-dessus, il se pourrait même qu'elle ne fût plus l'expression d'exigences aptes à réaliser le bien de tous, si les critiques qui lui sont adressées devaient s'avérer fondées. Qui trop embrasse mal étreint, dit l'adage. À vouloir imposer des exigences trop précises en rapport avec le bien public, les dispositions conciliatrices risquent de se priver rapidement de la faculté d'orienter les autorités dans le sens voulu par sa réalisation.

De tels constats amènent à émettre un jugement réservé au regard de ce type de dispositions. *Envisagées du point de vue de leur caractère durable, les dispositions conciliatrices présentent un risque non négligeable de ne pas être en phase avec l'objet de la Constitution, compte tenu des évolutions incessantes qui caractérisent la biomédecine.* Dès lors, leur insertion au cœur du texte constitutionnel ne saurait être envisagée comme une solution parfaitement adéquate.

Pareille conclusion appelle deux observations.

Tout d'abord, il importe de la comprendre de manière nuancée. La nature des questions bioéthiques résolues par la disposition conciliatrice joue ici un rôle indéniable. Il est probable que les évolutions propres au champ biomédical marquent moins des pratiques telles que l'avortement ou l'euthanasie que des domaines comparables à celui de la recherche que l'on a évoqué ici. Il n'est donc pas exclu de voir des dispositions conciliatrices présenter, malgré le fait qu'elles offrent des réponses précises à des questions données, une certaine permanence qui fasse écho au caractère durable de la Constitution.

En outre, comme on l'a relevé au moment d'exposer l'objet des dispositions conciliatrices, les questions bioéthiques sur lesquelles celles-ci sont susceptibles de porter devraient assez logiquement se présenter comme des questions revêtues d'une certaine importance aux yeux des membres de la société politique concernée – importance justifiant que l'auteur éminent de la Constitution leur prête attention. Il va de soi que le constat formulé concernant le caractère durable de telles dispositions, invitant à ne pas abuser de ces dernières dans le cadre d'une opération d'insertion constitutionnelle propre à la matière bioéthique, n'impose pas de laisser ces questions importantes en friche. Elle ne remet pas en cause le besoin d'apporter à celles-ci une solution inspirée des exigences du bien public. Elle conduit seulement à considérer qu'une telle solution ne devrait pas être le fait du constituant lui-même, mais des autorités constituées qu'il met sur pied agissant dans le respect des éléments de réponse qu'il leur procure.

[47] *Ibid.*

Cette dernière considération renvoie naturellement à l'appréciation du caractère durable des dispositions *révélatrices* et *traductrices*, précisément caractérisées par le fait qu'elles visent seulement à consacrer des éléments de réponse relatifs aux faisceaux de questions bioéthiques qu'elles concernent. *Une telle optique s'avère davantage compatible avec l'objet de la Constitution.* Dès l'instant où le constituant réserve aux autorités investies de la fonction de gouvernement le soin de procéder à la conciliation des impératifs que requiert la réalisation du bien public, tout en fournissant au sujet de certains d'entre eux des indications propres à éclairer leur signification, il inscrit davantage son action propre dans la durée. Sans pour autant ignorer les besoins qui se manifestent en rapport avec le champ biomédical, il prend ses distances par rapport aux évolutions multiples qui peuvent marquer celui-ci. Jusqu'à un certain point, il préserve son œuvre des outrages du temps. De sorte qu'il maintient aux dispositions qu'il adopte le crédit qui doit être le leur pour assurer la réalisation effective du bien public dont elles se veulent l'expression. Un bien qui présente lui-même un caractère moins précaire : les évolutions nombreuses du champ biomédical n'empêchent pas de le considérer comme tel.

Ainsi, pour reprendre l'illustration évoquée plus haut en rapport avec la recherche sur les embryons humains, il semble qu'une disposition constitutionnelle révélatrice aurait davantage été à même d'affronter la mise en évidence des cellules souches embryonnaires qu'une disposition conciliatrice visant à interdire la création d'embryons à des fins scientifiques.

Une telle disposition aurait pu révéler par exemple que les embryons *in vitro* bénéficient de la protection qu'assure le principe de dignité à l'encontre de l'instrumentalisation de l'être humain, sans pour autant présenter un caractère aussi absolu que dans le chef des individus déjà nés – c'est là une pure projection, bien entendu. De cette manière, elle aurait pu conduire les autorités à estimer, dès après son adoption, que la protection solide qu'elle assure à l'embryon devait l'emporter sur les autres normes constitutionnelles en présence, telles que celles consacrant la liberté de la recherche, ainsi que sur les impératifs économiques et de promotion de la santé publique. Bref, que la création d'embryons pour la recherche devait être interdite. Une fois avéré le potentiel immense des recherches à conduire sur les cellules souches embryonnaires, les mêmes autorités auraient pu maintenir leur position. Elles auraient également pu la revoir, pour répondre aux exigences de ce qui aurait semblé constituer le bien de tous au vu des données factuelles nouvelles. Le tout sans que la disposition révélatrice soit déclaré périmée et par conséquent écartée. L'empreinte constitutionnelle serait demeurée : l'éventuelle révision opérée n'aurait pu conduire à un renversement complet de perspective, tenant à une autorisation sans limite de la création d'embryons pour répondre aux besoins de la science. Des limites très strictes auraient dû être imposées à la pratique.

Le caractère durable des dispositions révélatrices et traductrices se confirme à la lumière de leur finalité concrète. Les éléments de réponse qu'elles fournissent sont en effet le résultat de démarches visant tantôt à mettre en évidence les exigences inhérentes à un consensus social fondamental trop implicite pour être pris en compte par les autorités confrontées aux questions bioéthiques considérées, tantôt à exprimer les convergences qui se dégageaient d'un tel consensus, au regard de telles questions, préalablement à l'intervention du constituant.

Certes, on ne saurait affirmer que ces éléments de réponse peuvent prétendre à une même longévité que les valeurs partagées énoncées en termes généraux par les normes constitutionnelles directrices. Comme on l'a relevé, le consensus social qui se forge autour de

telles valeurs évolue d'après les aléas qui affectent les groupes sociaux porteurs des conceptions éthiques au départ desquelles il se forme[48] : certains parmi ces groupes trouvent peu à peu à se restreindre et à s'affaiblir là où d'autres tendent au contraire à s'affirmer. La composition des uns et des autres change, elle aussi. De telles évolutions contribuent indéniablement à infléchir la perception sociale des valeurs partagées, à lui donner des accents différents d'une époque à l'autre. De sorte que la disposition visant à exprimer le consensus qui se dessine à un moment donné pourrait ne pas être affectée d'une stabilité semblable à celle qui caractérise les valeurs sur lesquelles il porte. Il reste que ces changements ne s'opèrent pas en un jour. Ils sont le fruit de mouvements sociaux de fond, qui se marquent peu à peu. Même plus rapides qu'au cours des siècles passés, ils conservent un rythme mesuré, qui ne paraît pas incompatible avec la stabilité que s'efforce d'afficher la Constitution.

Une dernière observation s'impose, qui empiète jusqu'à un certain point sur les questions inhérentes à la matière des dispositions pressenties pour l'insertion. Pour que le caractère durable des dispositions révélatrices et traductrices soit pleinement assuré, il convient que l'élément de réponse qu'elles expriment ne soit pas défini en des termes à ce point spécifiques qu'ils pourraient rapidement ne plus correspondre à la réalité biomédicale.

Ainsi, toute disposition qui affirmerait révéler le contenu du principe de dignité au regard des questions soulevées par « les techniques de diagnostic préimplantatoire pratiquées sur l'embryon conçu *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation » devrait répondre aux exigences de durabilité de la Constitution conçues en termes formels.

Il n'en irait pas de même, par contre, d'une disposition qui chercherait à procéder à une révélation semblable au regard des questions posées par « les techniques combinées de *Fluorescence In Situ Hybridization* et d'amplification par *Polymerase Chain Reaction* pratiquées sur les cellules de l'embryon conçu *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation ». Car si de telles techniques correspondent bel et bien à celles utilisées aujourd'hui pour pratiquer un diagnostic préimplantatoire, compte tenu des moyens dont dispose la génétique moléculaire actuelle[49], il n'est pas certain que tel sera encore le cas demain. Elles pourraient rapidement être abandonnées au profit d'autres techniques, visant à atteindre un même résultat de manière plus efficace. Au cas où il en irait ainsi, la révélation opérée par la disposition constitutionnelle pourrait être mise en péril. Certes, il serait possible de raisonner par analogie au regard des techniques nouvelles. Mais une brèche serait ouverte, dont certains pourraient tirer profit pour affirmer que la protection assurée ne vaut pas pour celles-ci. Ce qui induirait un doute quant à la signification de la garantie, doute qui porterait atteinte à sa faculté d'assurer la réalisation des exigences du bien public dont elle est porteuse.

§ 2. LA MATIÈRE DES DISPOSITIONS INDICATIVES

Le contenu des dispositions indicatives pressenties pour l'insertion, on l'a relevé, ne saurait être défini avec précision dans le cadre d'une étude qui s'efforce d'appréhender la Constitution et la réalité bioéthique de manière transversale, en dehors des spécificités

[48] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, A, 2, b, 1.

[49] La « *Fluorescence In Situ Hybridization* » (FISH) est une technique de la microscopie de fluorescence qui sert à marquer des séquences de nucléotides – sous-unités de la molécule d'ADN. Quant à l'amplification par *Polymerase Chain Reaction* (PCR), il s'agit d'une technique appliquée aux séquences identifiées qui, imitant la réplication cellulaire, permet l'obtention de séquences identiques. Combinées, les deux techniques permettent de formuler un diagnostic concernant l'embryon conçu *in vitro* en vue d'une implantation dans l'utérus de la femme. Voy. Y. ENGLERT, v° *diagnostic préimplantatoire*, *in* G. HOTTOIS et J.-N. MISSA, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique. Médecine, environnement, biotechnologie*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 276.

qu'elles présentent dans telles ou telles sociétés politiques. Outre leur finalité, la matière de pareilles dispositions, c'est-à-dire ce sur quoi elles portent, a néanmoins pu être dégagée – précisément à la lumière de cette finalité. De ce point de vue, on a relevé que les dispositions révélatrices et traductrices comme les dispositions conciliatrices concernent par hypothèse une ou plusieurs facettes de l'homme envisagé en tant que celui-ci est confronté à des connaissances, techniques ou pratiques biomédicales déterminées.

À première vue, cet « objet matière » n'est pas dénué de lien avec celui de la Constitution. Cette dernière, on l'a noté, cherche à assurer dans la durée la réalisation efficace du bien public au sein du groupement humain dont elle émane. Ceci la conduit notamment à énoncer à l'intention des autorités publiques des lignes directrices tenant à un certain nombre de valeurs : des normes directrices, qui imposent à ces autorités le respect et la promotion de multiples facettes de l'être humain[50]. De telles normes ont l'homme pour objet. Elles l'envisagent à travers nombre de ses aspects. C'est en cela que la matière des dispositions indicatives tend à se rapprocher de celle de la Constitution.

Il reste qu'une différence se dessine entre ces dispositions indicatives et les normes constitutionnelles directrices générales. À la base, en effet, ces dernières saisissent l'homme de façon globale. Elles appréhendent ses facettes de manière transversale, c'est-à-dire sans prêter attention aux particularités qui pourraient le différencier des autres hommes[51]. C'est ce qui a permis de considérer que les normes constitutionnelles directrices, bien que générales, portent en leur flanc un modèle de l'homme impliqué en biomédecine : la protection transversale que définissent certaines d'entre elles peut s'appliquer entre autres en matière bioéthique. Telles qu'elles les prennent en compte, les facettes de l'homme qu'elles cherchent à préserver et à promouvoir peuvent se trouver affectées notamment – mais non exclusivement – par les connaissances, techniques et pratiques biomédicales[52].

Il n'en va pas de même des dispositions indicatives. Par définition spécifiques à la matière bioéthique, celles-ci concernent l'homme engagé dans le domaine biomédical. Elles saisissent ses facettes uniquement en tant qu'elles sont concernées par de telles connaissances, techniques ou pratiques. Elles se profilent donc comme des *normes catégorielles* : elles se rapportent seulement à un ensemble d'individus qui présentent des caractère communs autres que ceux inhérents à la condition humaine partagée par tous, caractères qui les distinguent des individus qui en sont dépourvus. En l'occurrence, la catégorie des individus concernés se définit en particulier par le fait qu'ils se trouvent confrontés à un même type de connaissances, techniques ou pratiques biomédicales : celles qui soulèvent le faisceau de questions bioéthiques auxquelles les dispositions révélatrices, traductrices ou conciliatrices visent à apporter un élément de réponse, sinon une réponse à part entière.

L'insertion de normes catégorielles dans la Constitution ne va pas nécessairement de soi. Elle peut soulever des objections, dont il faut vérifier si elles englobent les dispositions indicatives ici examinées. C'est l'objection du *communautarisme* (A). C'est aussi l'objection du *pointillisme* (B).

---

[50] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la Section 2.

[51] Ce qui n'implique pas que l'homme soit considéré uniquement comme un être abstrait et désincarné, tel qu'il peut apparaître à travers les droits dits de la première génération. Il peut aussi être envisagé à travers ses besoins économiques et sociaux, comme le font les droits de la deuxième et de la troisième génération: son besoin de disposer d'un logement, de bénéficier d'un travail, de pouvoir s'épanouir en accédant à la culture, etc.

[52] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, introduction du § 2.

A. L'objection du communautarisme ?

À la base, on l'a dit, les normes directrices de la Constitution se rapportent à des facettes de l'homme appréhendées de manière transversale. Il faut toutefois relever que les Constitutions contemporaines n'ignorent pas les normes de nature catégorielle[53]. Certaines d'entre elles énoncent des normes directrices qui se rapportent spécifiquement à une classe donnée d'individus, définis par référence à un ou plusieurs critères déterminés[54]. Un survol de ces dispositions permet de relever l'existence de trois familles de normes catégorielles.

Une première famille regroupe les normes directrices relatives aux individus identifiés par référence à un *caractère qui leur est intrinsèque*, c'est-à-dire à la lumière d'un critère qui les distingue d'autrui dans quelque contexte ou secteur de la vie sociale que ce soit : sexe, âge, langue, ethnie, etc. On range parmi ces normes des garanties comme celles énoncées au profit des femmes ou des hommes, des enfants ou des jeunes, des personnes âgées, des personnes handicapées, des membres d'une ethnie minoritaire. « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme »[55]. « Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle [...] »[56]. « Les personnes âgées ont droit à la sécurité économique, à des conditions de logement et de vie familiale et communautaire qui leur évitent et leur permettent de surmonter l'isolement et la marginalisation sociale »[57]. « Les pouvoirs publics [...] accorderont une protection particulière [aux handicapés physiques, sensoriels et psychiques] pour qu'ils jouissent des droits que le présent titre reconnaît à tous les citoyens »[58]. « Le développement complet des citoyens appartenant à des minorités nationales ou à des groupes ethniques au sein de la République slovaque est garanti, en particulier le droit de développer leur propre culture [...] »[59].

Une deuxième famille de normes catégorielles rassemble quant à elles les normes directrices relatives aux individus qui se distinguent par leur *implication dans une relation propre à un secteur ou contexte de la vie sociale*, quels que soient par ailleurs les caractères qui leur sont intrinsèques. Sachant que la relation prise pour base de la catégorie est entendue de manière large : elle peut être conçue comme le rapport qu'entretient la personne avec une autre personne, avec plusieurs autres personnes, avec les autorités d'une collectivité, etc. On trouve à ce niveau des normes semblables à celles qui se rapportent aux individus engagés dans une relation avec un employeur, avec le producteur de biens et de services, avec l'administration fiscale. « Tous les travailleurs [ont droit] à la rétribution de leur travail [...]

---

[53] B. MATHIEU, « Constitution et génome humain », *A.I.J.C.*, 1998, p. 549 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, pp. 19 et 437.

[54] On notera au passage qu'une telle particularité, par elle-même, n'ôte pas à ces normes leur caractère général au sens qu'on donne au qualificatif dans la présente étude: les normes catégorielles sont considérées comme générales pour autant qu'elles ne concernent pas spécifiquement le domaine de la biomédecine (*supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2). Dans certains États, des normes de ce type pourraient venir grossir les rangs de celles, non catégorielles, dont on a relevé la pertinence au regard des questions biomédicales de fond (*supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2).

[55] Préambule de la Const. française de 1946, al. 3. Pour d'autres exemples de dispositions consacrant la garantie d'égalité de la femme et de l'homme, voy. Const. belge, art. 10, al. 3 et art. 11*bis*, al. 1er ; L. fond. allemande, art. 3, § 2 ; Charte canadienne des droits et libertés, art. 28 ; Const. suisse, art. 8, § 3.

[56] Const. belge, art. 22*bis*. Voy. également Préambule de 1946 de la Const. française de 1946, al. 11 ; Const. italienne, art. 31, al. 2 ; Const. portugaise, art. 69 et art. 70 ; Const. espagnole, art. 39, §§ 2 et 4 ; Const. suisse, art. 11 et art. 41, § 1er, g. Voy aussi, quoiqu'il ne s'agisse pas d'un texte constitutionnel mais quasi constitutionnel (*supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 2, b, note 275), Charte québécoise des droits et libertés de la personne, art. 39.

[57] Const. portugaise, art. 72, § 1er. Voy. aussi Charte québécoise des droits et libertés de la personne, art. 48.

[58] Const. espagnole, art. 49. Voy. pour d'autres exemples Const. portugaise, art. 71 ; Const. suisse, art. 8, § 3 ; Charte québécoise des droits et libertés de la personne, art. 48.

[59] Const. slovaque, art. 34, § 1er.

de façon à ce qu'une existence digne leur soit assurée »[60]. « Les consommateurs ont droit à la qualité des biens consommés et des services utilisés [...] »[61]. « Il ne peut être établi de privilèges en matière d'impôts »[62] [63].

Une troisième famille de normes catégorielles, enfin, réunit les normes directrices relatives aux individus définis *à la fois* par référence à un caractère qui leur est intrinsèque et par leur implication dans une relation propre à un secteur ou contexte de la vie sociale. On y trouve des normes relatives aux femmes engagées dans une relation avec un employeur[64] ou avec un enfant[65], aux jeunes considérés en leur qualité de travailleurs[66], aux enfants impliqués dans une relation avec des parents qui ne sont pas mariés, etc.[67].

Visiblement, donc, les Constitutions contemporaines manifestent plus qu'hier un souci de rencontrer l'homme en tenant compte de sa diversité et des effets qu'elle emporte dans les situations concrètes auxquelles son existence le confronte. Il reste que les normes de nature catégorielle ne vont pas sans susciter la méfiance, à tout le moins dans certains ordres juridiques. D'aucuns estiment que pareilles normes s'inscrivent en faux contre le caractère universel des droits que la Constitution reconnaît à l'homme, caractère avec lequel le principe d'une protection tenant à l'appartenance à un groupe donné n'est pas compatible. Elles ne feraient pas à écho à l'intérêt général, qui tolère pour seule distinction celle qui se dessine entre chaque membre de la société politique dont il cherche à assurer la cohésion. La prise en compte de groupes particuliers tendrait à miner la cohérence de cette société : elle affirmerait « l'existence de catégories intermédiaires dans lesquelles les individus se fondent et dans lesquelles la communauté [globale] se dissout »[68]. Bref, les normes catégorielles attesteraient l'émergence d'une forme de *communautarisme* critiquable du point de vue constitutionnel : elles mettraient l'accent sur des communautés restreintes au détriment d'une prise en compte des individus selon des règles équivalentes pour tous au sein de la communauté globale[69].

Pour autant qu'une telle objection puisse être admise, ce que certains ne manqueront pas de contester, on relèvera qu'elle concerne avant tout les normes catégorielles rangées dans la première famille de normes de ce type : celles qui se rapportent à des individus distingués des autres par un caractère qui leur est intrinsèque. Dans ce cas, en effet, le critère qui contribue à définir la catégorie tient à une caractéristique profondément ancrée en chaque individu concerné. Caractéristique qui rapproche celui-ci d'une manière toute particulière de ceux qui en sont porteurs comme lui, contribuant à souder le groupe qu'ils constituent. Ce dernier paraît ainsi à même de former une « communauté » au sens fort du terme : communauté féminine, communauté linguistique ou communauté ethnique, par exemple. De ce fait, on

---

[60] Const. portugaise, art. 59, § 1er. Voy. également Préambule de la Const. française de 1946, al. 11 ; Const. espagnole, art. 35, § 1er ; Charte québécoise des droits et libertés de la personne, art. 49 ainsi que art. 16 à 20.
[61] Const. portugaise, art. 60, § 1er.
[62] Const. belge, art. 172.
[63] La Charte québécoise des droits et libertés, texte quasi constitutionnel, complète l'éventail de catégories prises en considération en consacrant le principe d'égalité au profit des parties à un acte juridique (art. 12 et 13).
[64] Const. italienne, art. 37, al. 1er: « La femme qui travaille a les mêmes droits et, à travail égal, les mêmes rétributions que le travailleur masculin. Les conditions de travail doivent lui permettre de remplir sa fonction familiale essentielle ; elles doivent assurer à la mère et à l'enfant une protection spéciale et appropriée ».
[65] C'est la catégorie des mères qui est visée en l'occurrence. Voy. par exemple Préambule de la Const. française de 1946, al. 11: La Nation « garantit [...] à la mère [...] la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Voy. aussi Const. italienne, art. 31, al. 2 ; Const. espagnole, art. 39, § 2.
[66] Const. portugaise, art. 70.
[67] Const. italienne, art. 30, al. 3 ; Const. portugaise, art. 36, § 4.
[68] B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 466.
[69] B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, pp. 465-466 ; B. MATHIEU, « Un an de jurisprudence constitutionnelle: bilan, perspectives et questions », *Rec. Dalloz*, 2005, n° 14, p. 921.

conçoit que des normes catégorielles, en ce qu'elles mettent l'accent sur un tel groupe, éveillent la méfiance de certains et les amènent à considérer qu'elles pourraient encourager l'effacement des individus et l'affaiblissement de la communauté globale dont ceux-ci relèvent.

Il n'en va pas de même, par contre, dans les autres hypothèses. Ainsi, dès l'instant où la catégorie en cause se définit seulement sur la base d'une relation propre à un secteur ou contexte particulier de la vie sociale, elle tend à regrouper un ensemble d'individus porteurs de caractères intrinsèques différents. D'une certaine façon, elle enjambe plusieurs catégories au caractère communautaire prononcé. Elle regroupe ainsi des individus relativement hétéroclites, dont il est difficile d'admettre qu'ils constituent une communauté où pourraient se fondre les individus et se désagréger la communauté globale. Même les groupes de pression qu'ils peuvent former le cas échéant ne revêtent pas un tel caractère. Quant aux catégories de la troisième famille envisagée, soit celles qui se définissent à la fois par référence à une relation et à un caractère intrinsèque, elles paraissent trop particulières pour pouvoir former une communauté menaçante. C'est une partie seulement d'une communauté particulière qui est visée : ceux de ses membres qui se caractérisent par la relation en cause.

Ces quelques considérations s'avèrent précieuses pour évaluer les dispositions indicatives spécifiques à la biomédecine. À l'analyse, il apparaît en effet que celles-ci ne relèvent pas de la première famille de normes catégorielles que l'on a identifiées. Elles se rapportent à des individus qui sont définis avant tout par leur confrontation à un ensemble de connaissances, techniques ou pratiques biomédicales. Par leur implication en biomédecine ou dans un secteur particulier de celle-ci. Autrement dit, non par leurs caractères intrinsèques mais par leur *engagement dans une relation donnée* : *celle qu'ils entretiennent avec le pouvoir biomédical*, avec le pouvoir que l'homme détient sur son propre corps[70]. Une relation d'un type un peu particulier, certes, mais qui se concrétise le plus souvent par leur implication dans une relation individuelle qui soit sert de vecteur au pouvoir biomédical, soit en subit les effets : relation de soins, relations entre professionnels de la santé et proches du patient, relations entre professionnels de la santé eux-mêmes, etc.[71].

De ce fait, les dispositions indicatives peuvent prendre place parmi les normes catégorielles de la deuxième famille : la catégorie d'individus qu'elles concernent peut s'identifier par référence à la relation de ceux-ci au pouvoir biomédical, sans plus. Il en va ainsi, par exemple, de la disposition suisse stipulant que le patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et communiqué qu'avec son consentement ou en vertu d'une loi[72]. Le cas échéant, les dispositions indicatives peuvent figurer aussi parmi celles qui relèvent de la troisième famille de normes catégorielles. Un caractère intrinsèque aux individus vient restreindre l'étendue de la catégorie. Il en va ainsi notamment de la disposition irlandaise visant à reconnaître le droit à la vie de l'enfant à naître au regard de la pratique de l'interruption volontaire de grossesse[73].

Les dispositions indicatives de la deuxième famille sont manifestement susceptibles de recouvrir un ensemble d'individus hétéroclites : hommes ou femmes, jeunes ou moins jeunes, membres d'une ethnie ou non, ... Ces individus ne forment pas une communauté au sens fort

[70] *Supra*, Première partie, Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 3, B.
[71] Voy. *supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 2, § 2, A, 3.
[72] Const. suisse, art. 119, § 2, f.
[73] Const. irlandaise, art. 40, § 3, 3°.

du terme. Même dans l'hypothèse où elle serait considérée comme fondée, l'objection du communautarisme ne paraît pas pouvoir être retenue au sujet de dispositions de ce type.

Quant aux dispositions indicatives de la troisième famille, elles ne doivent pas conduire à une autre conclusion, pour la raison évoquée au regard des normes relevant de cette famille en général : elles ne prennent en compte qu'une fraction du groupe au caractère communautaire prononcé – les femmes enceintes, les hommes donneurs de gamètes, etc. –, réduisant d'autant l'impact de la catégorie considérée. Certes, lorsqu'il est question d'embryons, c'est la communauté tout entière de ceux-ci qui est visée – encore qu'il faille distinguer les embryons *in vivo* de ceux conçus *in vitro*. Mais il n'est pas besoin de longs développements pour montrer en quoi ceux-ci ne constituent pas une communauté à proprement parler : il s'agit d'êtres en devenir, voire même d'êtres qui ne sont pas voués à se développer au-delà d'un certain stade.

L'objection du communautarisme n'est donc guère fondée au regard des dispositions indicatives spécifiques à la matière bioéthique. C'est plutôt leur préoccupation sous-jacente qui retient l'attention, reflet de celle qui caractérise les dispositions catégorielles en général : rencontrer l'homme dans la diversité des situations spécifiques auxquelles il est confronté au cours de son existence. Une préoccupation que l'on peut difficilement condamner, en particulier lorsqu'elle concerne un domaine qui, tel la biomédecine, touche de très près aux intérêts de la société dans son ensemble et de chacun de ses membres en particulier : « la Constitution, sous une forme ou sous une autre, est obligée de répondre aux questions que la société et les individus se posent »[74].

B. L'objection du pointillisme ?

Les dispositions indicatives concernent par définition une catégorie d'individus. Elles ne sauraient faire l'objet d'une condamnation de principe pour cette raison. Encore faut-il, d'un point de vue plus concret, qu'elles se rapportent à la juste catégorie. Qu'elles soient bien calibrées. L'exigence prend un relief particulier en ce qui concerne les dispositions révélatrices et les éventuelles dispositions conciliatrices, qui se caractérisent par leur souci de servir l'approche bioéthique.

Chaque disposition de ce type porte sur une catégorie d'individus caractérisés par leur commune confrontation à des connaissances, techniques ou pratiques biomédicales données. Donc, par leur confrontation aux questions engendrées par celles-ci. Questions au regard desquelles se pose une difficulté tenant à la mise en œuvre des normes directrices générales de la Constitution. Tantôt, c'est la signification d'une de ces normes qui s'avère confuse. Le constituant intervient pour opérer la révélation qui s'impose à son égard. Tantôt, c'est leur application simultanée qui fait problème. Le constituant prend en charge leur conciliation à la lumière des exigences du bien public. Tels sont les principes que l'on a dégagés au moment de définir le profil des dispositions indicatives. Leur application stricte pourrait toutefois ne pas se révéler adéquate en toutes circonstances. Une alternative se dessine de ce point de vue.

Il se pourrait que la disposition spécifique insérée dans la Constitution prenne en compte l'ensemble des individus concernés par la difficulté d'interprétation ou de conciliation particulière qu'elle cherche à résoudre. Autrement dit, que cette difficulté ne se manifeste pas

[74] D. MAUS, « Conclusion », *in* N. LENOIR, B. MATHIEU et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, p. 230.

en-dehors des connaissances, techniques ou pratiques qui définissent la catégorie retenue par le constituant.

Il en irait ainsi, par exemple, d'une disposition qui se prononcerait sur le point de savoir si le droit à la vie bénéficie aux individus maintenus dans un état végétatif permanent par les moyens techniques qui assurent la continuité de leur fonctions vitales. Dans ce cas, la difficulté inhérente à l'interprétation de la Constitution ne se pose pas au regard d'autres individus que ceux envisagés par la disposition. Semblable difficulté, en l'occurrence, tient au doute qui peut s'insinuer concernant l'application du droit à la vie aux personnes qui ne sont pas dépourvues de toute existence physiologique mais qui se voient irrémédiablement privées des facultés censées leur permettre de mener une vie autonome au sens plein du terme. On voit mal comment un tel doute pourrait surgir au regard d'individus qui ne se caractérisent pas par leur dépendance vis-à-vis des techniques biomédicales aptes à assurer le fonctionnement de leurs organes vitaux.

Il se pourrait aussi que la catégorie prise en compte par le constituant ne soit pas la seule touchée par la difficulté que soulève la mise en œuvre des normes constitutionnelles concernées. Pareille difficulté pourrait se poser dans les mêmes termes au regard d'autres individus : ceux placés dans des situations telles qu'elles engendrent des questions sinon identiques, du moins semblables aux questions soulevées par les moyens biomédicaux qui retiennent l'attention du constituant. Cette seconde branche de l'alternative débouche elle-même sur une double hypothèse.

La catégorie ou les catégories négligées par le constituant pourraient regrouper des individus caractérisés par leur confrontation à d'autres connaissances, techniques ou pratiques biomédicales que celle qu'il a prises en compte. On songe ici à une disposition constitutionnelle semblable à l'article 40, § 3, 3° de la Constitution irlandaise, cherchant à préciser si le droit à la vie doit bénéficier aux embryons et aux fœtus susceptibles de faire l'objet d'une interruption volontaire de grossesse. Une telle disposition vise à résoudre une difficulté d'interprétation précise de la Constitution : la protection inhérente au droit à la vie s'étend-elle à l'entité qui n'a pas atteint le stade d'être humain accompli mais qui possède en elle, en principe, toutes les potentialités voulues pour se développer en tant que tel ? Or, semblable difficulté se manifeste au regard d'autres catégories d'individus – le terme est entendu au sens large – : les embryons conçus par le procédé de la fécondation *in vitro*, que ce soit dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation ou pour les besoins de la recherche. De tels embryons peuvent en effet subir des pratiques apparentées à celles de l'avortement, engendrant de ce fait des questions d'un même acabit : la réduction embryonnaire, pour ce qui est des embryons *in vitro* implantés dans l'utérus de la mère, ou la destruction, en ce qui concerne les embryons surnuméraires et ceux qui ont été utilisés par la recherche.

La catégorie ou les catégories laissées de côté par le constituant pourraient également rassembler des individus placés dans des situations qui ne relèvent pas du domaine de la biomédecine, mais qui présentent la particularité de soulever une même difficulté d'interprétation ou de conciliation des garanties constitutionnelles que les connaissances, techniques ou pratiques biomédicales retenues. La biomédecine, en effet, ne se caractérise pas par le fait qu'elle engendrerait en toutes circonstances des questions dépourvues d'écho dans d'autres secteurs de la vie sociale. Des questions apparentées peuvent naître en dehors de son champ. Marquées elles aussi par d'intenses conflits de valeurs, elles peuvent soulever, du

point de vue de la mise en œuvre de la Constitution, des difficultés analogues à celles qui se développent en matière bioéthique[75].

En guise d'exemple, on renvoie à la disposition qui chercherait à préciser si le droit à la vie recouvre un droit à la mort au profit des personnes atteintes d'une affection à ce point grave qu'elles formulent une demande d'euthanasie ou d'assistance au suicide. Une telle disposition n'évoque pas l'ensemble des situations concernées par la difficulté d'interprétation qu'elle cherche à résoudre, tenant au contenu de la protection assurée par le droit à la vie. Semblable difficulté se pose aussi, notamment, dans l'ensemble des situations où des individus, souhaitant mettre fin à leur vie, se voient empêchés d'une quelconque manière de donner suite à leur intention. Ainsi le Tribunal constitutionnel espagnol a-t-il été amené à connaître de la problématique du droit à la mort en dehors de la matière biomédicale : ce droit a été invoqué devant lui, sur la base du droit à la vie inscrit à l'article 15 de la Constitution espagnole, à l'encontre d'un jugement ordonnant l'alimentation forcée de détenus pratiquant la grève de la faim[76].

L'alternative ici évoquée laisse entrevoir que toutes les dispositions révélatrices ou conciliatrices conçues d'après les besoins qui se manifestent en matière bioéthique peuvent ne pas donner lieu à une même appréciation du point de vue de la matière qui est la leur. Certaines d'entre elles risquent de se heurter à l'objection du *pointillisme* : elles pourraient être critiquées pour leur approche trop partielle de la difficulté constitutionnelle qu'elles s'efforcent de résoudre – sorte de transfert au niveau constitutionnel de l'attitude pointilliste qui caractérise trop souvent, dans le domaine biomédical, l'intervention des autorités investies de la fonction de gouvernement[77].

Semblable optique, en effet, ne va pas sans brouiller le message que la Constitution cherche à délivrer au regard de la matière bioéthique et, plus généralement, à la société tout entière : toute disposition révélatrice ou conciliatrice d'ordre ponctuel pose inévitablement la question de savoir quelle est la volonté du constituant en rapport avec les catégories d'individus, donc, de situations qu'il n'évoque pas expressément. Invite-t-il de façon implicite à raisonner par analogie à leur égard, c'est-à-dire à leur appliquer une solution identique à celle qu'il a énoncée en rapport les connaissances, techniques ou pratiques biomédicales qui ont retenu son attention ? Suggère-t-il au contraire de raisonner *a contrario*, c'est-à-dire de déduire de son silence que cette solution trouve à s'appliquer seulement dans les situations qu'il a pris la peine de traiter expressément ?

De telles questions prennent un relief particulier dans une matière bioéthique caractérisée à bien des égards par l'incertitude. Plus généralement dans un ensemble de situations qui, par hypothèse – parce qu'elles introduisent un doute majeur quant à l'interprétation des exigences constitutionnelles – confrontent la société à d'épineuses interrogations. Ainsi, les embryons issus d'une fécondation *in vitro* peuvent-ils être placés sur le même pied que des embryons conçus naturellement et en voie de développement dans le corps de la mère ? Faut-il considérer que les embryons *in vitro* implantés dans l'utérus de celle-ci acquièrent un statut identique à celui des embryons *in vivo*, mais non ceux qui ne font pas l'objet d'une telle implantation ?

---

[75] On a relevé que la biomédecine se caractérise par la densité et la multiplication des interrogations relatives à la signification des exigences constitutionnelles (supra, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1er, A, 1). Cela ne veut pas dire que certaines interrogations de ce type ne se retrouvent pas dans d'autres secteurs, qui sur tel ou tel point offrent des similitudes avec un pan de la biomédecine.

[76] Trib. const. esp., 27 juin 1990, n° 120/90.

[77] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 1er, B.

Certes, le principe d'égalité que la Constitution consacre par ailleurs peut être appelé au secours d'une analyse de la disposition. Il peut guider l'interprète quant à la position à défendre concernant les catégories non visées par celle-ci, en l'invitant à déterminer si elles offrent assez de différences avec celles prises en compte pour requérir un traitement différent. Il reste que l'intervention du constituant complique une telle analyse, dès lors qu'elle introduit un doute précisément sur le point de savoir si, d'après lui, les individus et les situations qu'il n'évoque pas doivent être distinguées ou assimilées à celles dont il fait état. Elle peut amener l'interprète à remettre en cause le jugement qu'il aurait porté en dehors de toute intervention constitutionnelle, en considérant que tel n'a pas été celui de l'auteur de la disposition révélatrice ou conciliatrice.

À la différence de l'objection tenant au communautarisme, l'objection du pointillisme doit donc être retenue. Le constituant doit veiller à donner à l'effort qu'il entreprend l'ampleur voulue. Qu'il s'agisse de révéler ou de concilier, il doit déterminer si son intervention ne gagne pas à être étendue au-delà des limites de la catégorie qu'il envisage de prendre en compte au préalable, définie par référence à telles connaissances, techniques ou pratiques biomédicales problématiques[78]. Bref, il lui revient d'adopter le point de vue surplombant qui caractérise la Constitution dont il cherche à éclairer le contenu. Point de vue qui reçoit son expression la plus achevée dans les normes directrices non catégorielles qu'elle énonce, préoccupées de protéger les facettes de l'homme sans avoir égard à ce qui le distingue d'autrui.

La perspective ainsi retenue ne signifie pas que le constituant doive nécessairement consacrer, au regard de l'ensemble des individus et situations qu'il prend en compte, une même solution face à la difficulté qu'il cherche à résoudre concernant la mise en œuvre de la Constitution. Les spécificités de certaines d'entre elles pourraient amener à dégager du consensus social fondamental une interprétation propre de la norme constitutionnelle générale en cause. Elles pourraient déboucher sur une conciliation différente des garanties constitutionnelles pertinentes. Ce qui importe, c'est que le constituant donne à son effort de révélation ou de conciliation une portée suffisamment étendue pour ne pas induire le doute quant à son résultat, minant de ce fait son utilité. Quitte à énoncer un principe assorti d'exceptions.

Il n'est pas exclu, par contre, que la disposition conciliatrice ou révélatrice au spectre élargi ne fasse plus figure, à proprement parler, de dispositions spécifiques au domaine biomédical. Tel est le cas dans les hypothèses où l'extension de son objet l'amènerait à englober un éventail plus ou moins large de situations extérieures à la biomédecine. En particulier lorsqu'au regard de telles situations, les garanties constitutionnelles pertinentes devraient recevoir une même interprétation, ou faire l'objet d'une même conciliation, ce qui exclurait tout référence expresse au domaine biomédical.

Ces quelques considérations laissent entrevoir que l'insertion constitutionnelle de dispositions indicatives, en matière bioéthique, ne saurait être prise à la légère. L'exercice

[78] À noter que l'extension éventuelle de la catégorie prise en compte ne devrait pas déboucher sur l'adoption d'une disposition que l'objection du communautarisme pourrait inciter à rejeter. Soit la disposition introduite par le constituant, étendue au-delà des limites de la catégorie définie au préalable, devient tout à fait générale, et le problème est réglé. Soit elle conserve un caractère catégoriel, mais en s'étendant à un ensemble d'individus définis par référence à leur relation au pouvoir biomédical ou sur la base d'autres critères, ce qui dessinerait les contours d'une catégorie hétéroclite d'individus ne formant pas une communauté au sens fort du terme.

s'avère exigeant. On a déjà noté la complexité de l'entreprise de révélation ou de conciliation. Il faut ajouter à ce stade que celle-ci ne saurait être conduite avec des œillères.

Le constituant doit s'efforcer de prêter attention à l'ensemble du champ bioéthique. Il doit veiller à faire œuvre cohérente au regard des connaissances, techniques ou pratiques biomédicales qui s'y déploient. Ce qui met en évidence l'importance d'études doctrinales cherchant à structurer ce champ, à montrer les rapports qui s'y établissent entre les divers secteurs et les divers faisceaux de questions qui le caractérisent – au-delà des indications que l'on a pu fournir à ce sujet dans la première partie de la présente étude.

Par ailleurs, le constituant doit aussi veiller à dépasser les frontières du champ bioéthique, aussi étendu soit-il. L'insertion de dispositions spécifiques à la matière biomédicale doit l'amener à inscrire son action dans une optique plus large. Ce qui met en lumière un impératif méthodologique. Il semble qu'une première opération de ce type gagne à aller de pair avec la réactualisation du titre de la Constitution qui énonce les normes qualifiées de directrices dans la présente étude – titre bien souvent désigné comme celui qui consacre les « droits fondamentaux »[79]. Le constituant devrait s'efforcer, dans toute la mesure du possible, de faire œuvre globale : insérer les dispositions révélatrices et les éventuelles dispositions conciliatrices susceptibles d'aider à l'appréhension de la seule matière biomédicale ; leur adjoindre les dispositions non spécifiques propres à servir à l'approche de celle-ci mais aussi en dehors de son champ ; les compléter des garanties générales dont l'absence au cœur du texte constitutionnel nuit à l'équilibre de l'ensemble – tel le droit à la vie dans la Constitution belge, pour s'en tenir à ce seul exemple. La Constitution s'avérerait ainsi à même d'affronter autant que faire se peut les défis contemporains, dont les questions bioéthiques constituent un reflet particulièrement prononcé mais non exclusif.

[79] Sur la distinction entre normes directrices et droits fondamentaux: *supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, introduction de la Section 2.

CHAPITRE II. DES DISPOSITIONS INCITATIVES

L'analyse consacrée aux dispositions indicatives repose sur quelques hypothèses dont on a relevé qu'elles ne trouvent pas toujours à se vérifier dans le domaine biomédical. Les autorités investies de la fonction de gouvernement ne veillent pas en toutes circonstances à se saisir des questions biomédicales, ou du moins à développer à leur sujet des initiatives guidées par un souci autre que celui de répondre aux évolutions les plus marquantes de la matière. L'ampleur de leur action s'avère parfois critiquable, aussi, dès lors qu'elles font droit à des influences ou délégations abusives. Bref, la concrétisation du modèle constitutionnel de l'approche bioéthique s'avère laborieuse. L'insertion dans la Constitution de dispositions spécifiques à la biomédecine ne peut ignorer cet état de fait. Elle doit s'efforcer de remédier aux insuffisances que les normes constitutionnelles générales présentent de ce point de vue. Ceci en travaillant notamment l'expressivité de ces dernières, dont la faiblesse, il faut le rappeler, se marque ici à plusieurs niveaux.

D'un côté, face à des autorités de gouvernement qui font preuve d'immobilisme dans le domaine de la biomédecine, les normes constitutionnelles ne s'avèrent pas suffisamment *démonstratives*. Structurantes ou directrices, elles ne mettent pas ce domaine en relief pour inciter les autorités au respect des indications qu'elles comportent à son sujet – indications tenant à la nécessité d'appréhender les questions biomédicales, et à les appréhender en faisant œuvre cohérente, pour leur procurer une solution dégagée de toute influence ou délégation abusive.

D'un autre côté, face à des autorités qui appréhendent la matière biomédicale, éventuellement de manière pointilliste, les normes constitutionnelles ne s'avèrent pas suffisamment *visibles*. Du moins lorsqu'elles présentent un caractère structurant : à la différence des normes directrices, centrées sur l'homme tel qu'il peut être impliqué en biomédecine, les normes structurantes n'attirent d'aucune manière l'attention des autorités sur le message qu'elles leur adressent, les invitant à élargir leur éventuelle approche ponctuelle et à rejeter toute influence ou délégation susceptible de les écarter de la recherche du bien public.

Par ailleurs, tant les normes structurantes que les normes directrices présentent un défaut de *lisibilité*. Le message qu'elles délivrent au regard des questions bioéthiques, même mis en évidence jusqu'à un certain point comme c'est le cas pour les normes directrices, n'est pas aisé à déchiffrer. Les normes structurantes n'exposent pas avec clarté l'objectif ultime qu'elles poursuivent, à savoir la réalisation du bien public, et le rôle prépondérant qu'elles imposent aux autorités constituées dans cette réalisation : elles insistent davantage sur les concepts solennels de souveraineté, de peuple, de nation. Quant aux normes directrices, elles énoncent des exigences particulières dont la signification apparaît confuse – sans compter qu'elles présentent un *engagement* limité en matière bioéthique, à laquelle elles ne fournissent qu'un cadre de réponse. Par conséquent, ni les unes ni les autres n'encouragent les autorités à dépasser le pointillisme qui marque souvent leur action pour ouvrir celle-ci à un faisceau cohérent de questions bioéthiques. Elles ne les incitent pas davantage, là où les mêmes autorités conduisent une action effective, à résister aux influences ou délégations abusives.

Nombreux sont donc les facteurs sur lesquels jouer en vue d'inciter les autorités à développer une action ambitieuse et responsable dans le domaine biomédical. Au regard des précisions que l'on vient de rappeler, on pressent toutefois que cet impératif pourrait être rencontré, au moins partiellement, par l'insertion des dispositions indicatives évoquées dans un premier temps : celles-ci ne devraient pas être dénuées d'effet incitatif (Section 1). La mesure de ce dernier fournit des indications quant au contenu d'une éventuelle disposition nouvelle spécifiquement conçue afin d'amener les autorités à agir (Section 2).

SECTION 1. L'EFFET INCITATIF DES DISPOSITIONS INDICATIVES

Au même titre que les normes directrices générales sur lesquelles elles viennent se greffer, les dispositions indicatives tendent à imposer aux autorités des obligations d'agir. Soit en tant que garanties objectives, soit en tant que droits subjectifs appréhendés à travers une lecture objective[80]. Ceci ne soulève pas de difficultés. Qu'en est-il par contre des atouts qu'elles présentent du point de vue de leur expressivité ? En quoi ces atouts leur permettent-ils de faire d'une pierre deux coups, c'est-à-dire non seulement de conforter l'empreinte des normes directrices sur l'action des autorités face aux questions biomédicales de fond, mais aussi de stimuler cette action elle-même[81] ?

Pour donner à l'analyse le caractère progressif qu'exige sa clarté, on aborde la question en deux temps. Dans une première étape, on part du principe que le constituant s'est efforcé de répondre aux exigences qui ont été dégagées concernant l'insertion de dispositions indicatives, c'est-à-dire qu'il a tenu compte avec rigueur des observations formulées quant à l'adéquation de celles-ci avec l'objet de la Constitution. C'est le schéma dit *théorique* (§ 1er). Dans un second temps, on adopte une perspective plus concrète, sensible aux caractères que devrait présenter l'action du constituant dans le domaine biomédical. Caractères qui pourraient certes témoigner d'une prise en compte moindre des exigences liées à l'insertion de dispositions indicatives mais qui pourraient aussi créditer la Constitution d'un effet incitatif de nature différente, éventuellement plus prononcé. Il s'agit du schéma dit *réaliste* (§ 2).

§ 1ER. LE SCHÉMA THÉORIQUE : UN EFFET INCITATIF NON OPTIMAL

À ce premier stade, on présuppose que le constituant a adopté les dispositions révélatrices aptes à éclairer la signification confuse de la Constitution là où le besoin s'en faisait sentir dans le domaine biomédical, tout en évitant de donner à ces dispositions un caractère par trop ponctuel. On prend également pour hypothèse qu'il a toléré certaines dispositions traductrices cherchant à atteindre une finalité extérieure à la matière bioéthique, mais qu'il s'est gardé d'adopter des dispositions conciliatrices dont le caractère peu durable a suscité sa méfiance.

Dans un tel schéma, il convient d'abord d'évaluer l'effet incitatif qui s'attache à une disposition révélatrice ou traductrice donnée – sachant qu'elle bénéficie du support des autres normes de la Constitution –, au regard de l'ensemble des questions bioéthiques vis-à-vis desquelles elle s'avère pertinente.

---

[80] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 1 et Section 2, § 2, introduction du point A.

[81] On considère en l'occurrence que des autorités incitées à agir face aux questions biomédicales de fond le sont aussi face aux questions biomédicales organisationnelles qu'il importe de régler explicitement pour assurer l'approche adéquate des premières.

À cet égard, on a relevé que toute disposition révélatrice ou traductrice joue sur la lisibilité des normes directrices générales de la Constitution dans le domaine spécifique de la biomédecine – plus exactement au regard d'un faisceau de questions bioéthiques donné. Une disposition révélatrice se donne pour finalité d'accroître cette lisibilité. Une disposition traductrice a pour effet de la conforter un peu. Par conséquent, l'une et l'autre ont pour effet d'*amplifier le caractère démonstratif* des normes directrices : elles mettent en relief les questions bioéthiques en cause pour amener les autorités investies de la fonction de gouvernement à faire application du message qu'elles délivrent au sujet de ces questions.

Sachant qu'une nuance s'impose, en rapport avec la disposition de nature révélatrice : celle-ci n'amplifie pas le caractère démonstratif des normes directrices d'une même manière dans chaque cas. Soucieux de ne pas prêter le flanc à l'objection du pointillisme, le constituant peut en effet avoir étendu sa portée à des situations extérieures au domaine biomédical qui posent des questions similaires à tout ou partie des questions du faisceau considéré. Dans ce cas, la disposition ne se trouve pas exprimée en termes spécifiques à la matière bioéthique. Elle ne présente pas un *caractère démonstratif affirmé*. Il reste que la biomédecine peut se profiler derrière son énoncé d'une manière plus nette que derrière celui des normes directrices générales. Les situations délicates auxquelles elle renvoie peuvent relever pour une part non négligeable du domaine de la biomédecine. Elle offre alors un *caractère démonstratif atténué*.

Dans la foulée, on notera que l'adoption par le constituant du point de vue surplombant ici évoqué peut l'avoir amené non à déborder les frontières du champ biomédical mais, au sein de celui-ci, à étendre la portée de la disposition à un faisceau plus large de questions bioéthiques. Questions caractérisées par le fait qu'elles présentent une indéniable parenté les unes avec les autres, de sorte qu'elles forment un ensemble cohérent.

Pour le reste, le message que la disposition révélatrice ou traductrice délivre aux autorités de gouvernement ne fait pas difficulté du point de vue de sa *lisibilité*.

D'une part, la disposition indique sans ambiguïté qu'il incombe à ces autorités d'agir pour mettre en œuvre l'élément de réponse qu'elle énonce en rapport avec le faisceau de questions bioéthiques sur lequel elle porte. Cette obligation de prestation se dégage clairement de son énoncé. Dans la foulée, elle laisse aussi entendre qu'en agissant, les mêmes autorités doivent très logiquement prendre en compte les autres éléments de réponse fournis par la Constitution. Soit ceux que contiennent les normes directrices pertinentes formulées en termes généraux et ceux qui seraient inscrits dans d'autres dispositions révélatrices ou traductrices relatives au même faisceau de questions.

D'autre part et surtout, le contenu même des éléments de réponse en présence ne s'avère guère problématique. Il en va ainsi des indications que fournit la disposition, par définition. Il en va de même des autres éléments de réponse que celle-ci incite à prendre en compte : le constituant, animé de la rigueur qui lui est prêtée à ce stade, devrait avoir pris la précaution d'éclairer par la révélation voulue la signification des normes à la lisibilité problématique. Seule demeure donc l'*absence d'engagement* des normes constitutionnelles, dès lors que, dans l'hypothèse retenue, aucune d'entre elles – générales ou spécifiques – ne se donne pour objet de fournir des réponses précises à quelque question bioéthique que ce soit.

Combinés les uns aux autres, ces éléments conduisent à reconnaître à la disposition de nature révélatrice ou conciliatrice envisagée, et aux normes qui l'appuient, un *indéniable effet*

incitatif du point de vue des questions bioéthiques au regard desquelles elle est pertinente. Tout d'abord, son caractère démonstratif, renforcé par la lisibilité globale du message qu'elle engage les autorités à prendre en compte, devrait l'aider à déjouer l'immobilisme de celles-ci face au faisceau de questions bioéthiques auquel elle se rapporte. Dans une mesure plus ou moins importante dictée par le degré d'affirmation de ce caractère, il est vrai. Par ailleurs, la disposition n'affiche pas une portée restreinte et ponctuelle : le faisceau de questions qu'elle concerne est en principe marqué du sceau d'une certaine cohérence. D'emblée, elle devrait donc amener les autorités à ne pas faire œuvre pointilliste. Enfin, la lisibilité qui caractérise à la fois la disposition en cause et les autres éléments de réponse fournis par la Constitution devrait exhorter les autorités de gouvernement à se saisir pleinement des questions bioéthiques concernées : elle devrait les décourager de céder à la tentation d'influences et de délégations abusives inspirées par le souci de trouver des points de repère dont les priverait la signification confuse des normes constitutionnelles directrices[82].

De ce dernier point de vue, toutefois, l'incitation s'avère limitée. Car, par hypothèse, la Constitution complétée de dispositions indicatives et traductrices conserve la particularité de ne fournir qu'un cadre de réponse aux questions du faisceau concerné. Pour tout ce qui a trait à la conciliation des éléments de réponse qu'elle procure, conciliation à opérer à la lumière des exigences du bien public, le risque des influences ou délégations abusives demeure[83]. Ce dernier élément atteste que, du point de vue de la lutte contre ces dernières, l'effet incitatif de la disposition révélatrice ou traductrice *n'est pas optimal.*

D'autres nuances entrent en ligne de compte lorsque l'analyse abandonne le point de vue d'une disposition révélatrice ou traductrice donnée et de l'ensemble limité des questions bioéthiques vis-à-vis desquelles elle s'avère pertinente. Au regard du champ biomédical envisagé dans sa globalité, en effet, il apparaît que l'incitation à agir adressée aux autorités tient à une *accumulation de dispositions* relatives à des ensembles particuliers de questions bioéthiques. Certes, dans le schéma théorique ici retenu, les principaux d'entre eux sont censés avoir été appréhendés par le constituant, à travers une ou plusieurs garanties dont la lisibilité posait problème à leur sujet. Mais des lacunes demeurent du point de vue incitatif.

Premièrement, la Constitution demeure silencieuse, par hypothèse, sur les questions bioéthiques inédites qui pourraient avoir vu voir le jour récemment : celles qui, en raison du caractère particulièrement innovant des connaissances, techniques ou pratiques qui les engendrent, présentent par rapport aux questions existantes des différences d'une importance telle qu'il est difficile de les assimiler à certaines d'entre elles. On songe à des questions qui s'avéreraient aussi novatrices que celles liées à la mise en œuvre des premiers moyens techniques susceptibles d'assurer le maintien en vie artificiel de l'individu. Même conduite par un constituant attentif, l'insertion de dispositions indicatives utiles à l'approche bioéthique ne peut que présenter un certain décalage par rapport à la réalité biomédicale de terrain : il va de soi que ce constituant ne peut se saisir instantanément des questions inédites, ne serait-ce qu'en raison du délai de réflexion nécessaire à leur appréhension adéquate.

Dans ce cas de figure, l'effet incitatif des dispositions indicatives devrait s'avérer moindre. La situation devrait se rapprocher de celle qui prévaut pour les normes directrices générales.

---

[82] On retrouve là une logique semblable à celle qui conduit à considérer que les dispositions indicatives, cherchant à clarifier le message constitutionnel dans le domaine biomédical, peuvent du même coup prétendre décourager des autorités de gouvernement agissant hors de tout influence ou délégation abusive de céder à leurs impulsions premières, d'entériner les pratiques de terrain ou de mettre en œuvre une approche pragmatique (*supra*, Chapitre premier, Section 2, § 1er, B).

[83] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, A.

À ceci près qu'un effet d'entraînement pourrait se dessiner : des autorités incitées à agir au regard d'un grand nombre de questions bioéthiques devraient avoir le réflexe de se pencher sur les questions inédites engendrées par les connaissances et techniques biomédicales novatrices. D'autant que le probable caractère sensationnel de celles-ci devrait jouer un rôle déclencheur. En somme, le fait que les normes constitutionnelles soient dépourvues de caractère démonstratif en ce qui concerne les questions inédites ne devrait pas prêter à conséquence du point de vue de la propension des autorités à l'immobilisme : ce dernier est peu probable.

Il reste que la saisine des autorités de gouvernement risque ici d'être ponctuelle. Non seulement parce que les normes constitutionnelles, en l'occurrence, ne recommandent pas à l'attention des autorités l'ensemble cohérent formé par les questions bioéthiques inédites, mais aussi parce qu'elles devraient présenter à leur égard un certain défaut de lisibilité. D'une part, les normes révélatrices et traductrices existantes devraient demeurer peu pertinentes au regard de ces questions, précisément en raison du caractère inédit de celles-ci. D'autre part, il y a de grandes chances que pareilles questions engendrent d'intenses conflits de valeurs et créent dès lors la confusion quant à la signification des normes directrices générales à leur sujet. L'un et l'autre facteurs risquent de décourager les autorités d'étendre leur approche à celles parmi les questions inédites qui ne monopolisent pas l'attention des médias et du public. Sur un autre plan, il faut ajouter que le même défaut de lisibilité tend à indiquer que les normes constitutionnelles ne sont pas ici pleinement en mesure d'inciter les autorités à rejeter la tentation des influences et délégations abusives.

Deuxièmement, il faut garder à l'esprit que, même dans le schéma théorique ici envisagé, le constituant n'est pas censé s'être saisi de l'ensemble des questions du champ bioéthique. Il peut avoir laissé de côté certains faisceaux de questions : ceux au regard desquels la signification des normes directrices générales n'apparaît pas réellement confuse, et vis-à-vis desquels il n'a pas estimé nécessaire d'insérer une disposition traductrice répondant à une finalité extérieure à la biomédecine. Tel pourrait être le cas, notamment, de l'ensemble des questions relatives aux droits du patient ou de celles concernant les traitements médicaux forcés.

Dans cette hypothèse, la Constitution s'avère dépourvue de caractère démonstratif au regard des questions en cause, ce qui réduit d'autant sa capacité à vaincre l'immobilisme dont les autorités pourraient faire preuve à leur sujet. Immobilisme qui reste à l'ordre du jour quand bien même ces questions n'engendrent pas des conflits de valeurs particulièrement aigus : d'autres facteurs concrets demeurent parmi ceux qui suscitent l'inertie des autorités dans le domaine biomédical, comme la diversité des disciplines juridiques impliquées ou la crainte de définir des options qui pourraient déplaire aux milieux professionnels[84]. Certes, un effet d'entraînement est ici aussi envisageable. Mais il devrait être atténué par la discrétion des questions concernées, discrétion qu'elles ont des chances de présenter dès lors qu'elles n'engendrent pas des conflits de valeurs marqués susceptibles de les projeter au premier plan de l'actualité.

Il est vrai par contre qu'en cas de saisine pointilliste, les normes directrices générales ne devraient pas décourager les autorités d'étendre leur approche au-delà des questions ponctuelles initialement appréhendées : affectées de la visibilité propre à des normes relatives à l'homme tel qu'il se trouve mis en cause notamment par la biomédecine, elles ne soulèvent

[84] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 1er, A.

pas non plus de difficultés particulières du point de vue de leur lisibilité. Pour les mêmes raisons, elles devraient pouvoir inciter les autorités à rejeter les influences ou délégations abusives – mais seulement dans la mesure propre au fait que la Constitution ne dessine qu'un cadre de réponse.

Ces considérations l'attestent : même dans le schéma théorique ici envisagé, l'effet incitatif des dispositions indicatives *n'apparaît pas optimal non plus* lorsqu'on adopte le point de vue englobant de l'ensemble du champ bioéthique. Sachant que les difficultés ici évoquées concernent non seulement la lutte contre les influences et délégations abusives, mais aussi celle à conduire contre l'immobilisme et contre le pointillisme.

§ 2. LE SCHÉMA RÉALISTE : UN EFFET INCITATIF PARTIEL

Dans une deuxième étape, il importe d'adopter une approche moins désincarnée que celle qui sous-tend le schéma dit théorique. Approche à laquelle peuvent faire écho, parfois très faiblement, parfois avec davantage de conviction, les Constitutions contemporaines qui énoncent des dispositions spécifiques à la matière bioéthique.

À cet égard, on part du principe que le constituant n'a énoncé que des dispositions révélatrices éparses. L'hypothèse apparaît réaliste compte tenu des difficultés propres à l'entreprise de révélation que l'on a évoquées plus haut. Elle se confirmera à l'analyse des exigences formelles imposées à l'intervention de ce constituant[85]. On présuppose également – mais sans qu'une différence se marque ici avec le schéma théorique – que ce dernier a énoncé quelques dispositions traductrices tenant à des motifs extérieurs à la matière bioéthique. Dispositions dont l'adoption n'est pas improbable en l'absence des difficultés tenant à l'exercice de révélation.

En outre, on prend pour hypothèse que le constituant a cherché à insérer dans la Constitution des dispositions conciliatrices, quand bien même celles-ci ne présentent pas un objet en tous points compatible avec celui de la Constitution. Étant entendu qu'en raison des difficultés propres à l'entreprise de conciliation, et des exigences qui s'attachent ici encore à l'intervention du constituant[86], de telles dispositions ne sauraient être qu'éparses. Elles ne sauraient concerner l'ensemble des questions bioéthiques. Telle est d'ailleurs la finalité qui leur a été prêtée : résoudre des problématiques biomédicales particulières dont l'importance justifie une attention soutenue de la société concernée.

Comme dans l'analyse du schéma théorique, on cherche d'abord à évaluer l'effet incitatif d'une disposition donnée parmi celles que l'on vient d'évoquer – soutenue par les autres normes constitutionnelles –, ceci au regard des questions bioéthiques vis-à-vis desquelles elle s'avère pertinente.

À cet égard, toute disposition révélatrice ou conciliatrice paraît de prime abord comporter un effet incitatif semblable à celui évoqué dans le précédent paragraphe. Il apparaît notamment qu'elle attire clairement l'attention des autorités sur le faisceau de questions bioéthiques qu'elle appréhende, les appelant de ce fait à tenir compte des indications qu'elle comporte à leur sujet. Ici encore, elle tend donc à *amplifier le caractère démonstratif* des normes constitutionnelles directrices, d'une manière plus ou moins affirmée selon qu'elle concerne ou non le seul domaine de la biomédecine.

---

[85] *Infra*, Titre II, Chapitre premier, et notamment Section 2, § 1er.
[86] *Ibid.*

Une variante tend néanmoins à se dessiner par rapport au schéma théorique, en ce qui concerne la disposition de nature révélatrice. Il se peut en effet que le constituant n'ait pas adopté à son sujet le point de vue surplombant censé l'amener à lui donner un juste calibre. Autrement dit, qu'il n'ait pas tenu compte pour ce qui la concerne des exigences liées à l'objection du pointillisme. Ceci entraîne deux conséquences sur son caractère démonstratif. Tout d'abord, il y a davantage de chances que ce dernier se trouve affirmé plutôt qu'atténué : toute disposition dont le constituant n'a pas cherché à étendre la portée au-delà des frontières du champ bioéthique se rapporte par définition à celui-ci. Ensuite, le caractère démonstratif de la disposition peut s'avérer plus ponctuel : compte tenu de la difficulté d'interprétation à résoudre, le constituant peut ne pas avoir étendu l'effort de révélation à l'ensemble cohérent des questions au regard desquelles il pouvait s'avérer utile.

Sur un autre plan, il y des chances que les normes constitutionnelles ne soulèvent pas de difficulté particulière du point de vue de leur *lisibilité*. Y compris du point de vue du contenu des éléments de réponse qu'elles énoncent. Ainsi, cherchant à révéler la signification d'une garantie donnée par rapport à un faisceau de questions bioéthiques déterminé – aussi étroit soit-il –, le constituant devrait assez logiquement avoir tiré les conséquences de sa démarche vis-à-vis des autres garanties dont la signification s'avérait problématique au regard de ces questions. Même peu rigoureux, comme on le suppose dans le schéma retenu, il devrait donc les avoir assorties de dispositions révélatrices relatives à celles-ci. Le cas échéant, il pourrait même avoir apporté une réponse précise à certaines d'entre elles en insérant une disposition conciliatrice contribuant à *accroître l'engagement* des normes directrices de la Constitution à leur égard.

Par contre, il est vrai qu'en raison de sa finalité extérieure à la matière biomédicale, la disposition de nature traductrice pourrait avoir été adoptée de manière isolée. En clair, sans aller de concert avec l'énoncé de dispositions révélatrices et conciliatrices aptes à éclairer sur d'autre points l'approche des questions concernées. Lisibilité et engagement des normes constitutionnelles pourraient donc s'avérer ici nettement moins marqués.

Le tableau l'atteste : par rapport au schéma théorique, le schéma réaliste offre des particularités qui, tantôt, accréditent l'idée d'un effet incitatif plus marqué de la Constitution – c'est l'accentuation de l'expressivité de celle-ci au regard du domaine spécifique de la biomédecine, que ce soit au niveau de son caractère démonstratif ou de son engagement –, tantôt, laissent entrevoir un effet incitatif moins prononcé – c'est le caractère plus ponctuel des dispositions en cause ou l'éventuel défaut de lisibilité du message constitutionnel. Telle est la raison pour laquelle ce schéma doit faire l'objet d'une analyse séparée : les facteurs qui conditionnent l'effet incitatif des dispositions indicatives ne sont pas identiques. En l'occurrence, à quelle conclusion l'évaluation de ces facteurs conduit-elle ? Il apparaît que, si l'effet incitatif de la disposition indicative envisagée – et de la Constitution qui l'appuie – est *réel*, parfois même davantage que dans le cadre du schéma théorique, il est aussi *partiel*.

Ainsi, la disposition révélatrice met en relief un faisceau de questions bioéthiques, en des termes bien souvent affirmés. Un caractère démonstratif renforcé par la lisibilité des autres normes constitutionnelles pertinentes. La Constitution est donc en mesure de lutter contre l'immobilisme des autorités. Dans la foulée, elle incite ces dernières à conduire leur action à l'abri des influences ou délégations abusives : la lisibilité du message qu'elle leur délivre les encourage à rejeter celles-ci sur tout ce qui n'a pas trait à la conciliation des exigences liées au bien public. Le caractère engagé des éventuelles dispositions conciliatrices en présence lui

permet même de combattre pleinement de telles influences ou délégations, dès lors que celles-ci procurent aux autorités des solutions précises.

Il apparaît toutefois qu'une même évaluation pourrait ne pas prévaloir en rapport avec la disposition traductrice. Certes, le caractère démonstratif de celle-ci demeure. Mais la lisibilité du message constitutionnel risque de faire difficulté. De sorte que les normes constitutionnelles offrent une résistance moindre face à l'immobilisme des autorités. Surtout, au cas où celles-ci appréhenderaient effectivement le faisceau de questions bioéthiques concernées, elles ne seraient pas encouragées à rejeter influences et délégations abusives. L'effet incitatif, en pareil cas de figure, apparaît *partiel* : il ne concerne pas la lutte contre ces dernières.

Par ailleurs, il faut rappeler que la disposition révélatrice ou traductrice en cause, et les éventuelles dispositions indicatives qui concernent les mêmes questions bioéthiques, ont des chances de s'avérer ponctuelles. Dans ce cas, les difficultés inhérentes à la lisibilité et à l'absence d'engagement de la Constitution demeurent vivaces au regard des questions qui, apparentées à celles prises en compte par le constituant, forment avec elles un ensemble cohérent. De délicates interrogations se posent sur le point de savoir s'il convient ou non d'appliquer les indications constitutionnelles spécifiques à l'approche des questions apparentées[87]. Ceci n'encourage pas les autorités à déployer une action cohérente qui s'étend à ces dernières. L'effet incitatif des dispositions indicatives, à nouveau, s'avère *partiel* : il ne concerne pas la lutte contre le pointillisme.

On notera que la même conclusion s'impose dans l'hypothèse – laissée de côté jusqu'ici – où le constituant se serait contenté d'énoncer une disposition conciliatrice isolée, c'est-à-dire dénuée de rapports, notamment, avec toute disposition révélatrice qui viendrait éclairer le faisceau de questions dont relèvent celles résolues par la conciliation. Les caractères démonstratif, lisible et engagé d'une telle disposition sont évidents. Ils incitent sans nul doute les autorités de gouvernement à se saisir des questions résolues, et à s'en saisir en rejetant toute influence ou délégation abusive dès lors qu'il s'agit de mettre en œuvre une réponse précise. La disposition risque toutefois de porter sur un faisceau de questions étroit, que les autorités ne sont pas incitées à dépasser compte tenu des difficultés de lisibilité qui demeurent au regard des questions étroitement associées.

Enfin, l'effet incitatif des dispositions indicatives apparaît *plus partiel encore* lorsqu'on adopte un point de vue qui dépasse l'une d'entre elles et les questions bioéthiques vis-à-vis desquelles elle s'avère pertinente pour englober l'ensemble du champ biomédical. Le caractère épars de ces dispositions, propre au schéma réaliste ici envisagé, ne doit en effet pas être perdu de vue. Il indique que l'accumulation de dispositions relatives à des faisceaux particuliers de questions bioéthiques devrait s'avérer moindre. Donc, que des lacunes risquent de se présenter du point de vue incitatif, qui ne concernent pas seulement les faisceaux de questions bioéthiques nouveaux ou ceux vis-à-vis desquels la signification des normes directrices générales demeure relativement claire. Le risque existe de voir des secteurs entiers de la biomédecine demeurer vierges de toute intervention du constituant, donc, de toute incitation constitutionnelle à agir. Dans ces secteurs, il ne reste rien de la lutte contre l'immobilisme, contre le pointillisme, contre les influences ou délégations abusives. C'est la situation décrite en rapport avec les normes constitutionnelles générales qui demeure d'actualité.

[87] *Supra*, Chapitre premier, Section 2, § 2, B.

SECTION 2. L'INSERTION D'UNE DISPOSITION À FINALITÉ INCITATIVE

Quelle que soit l'hypothèse retenue, les dispositions indicatives ne présentent pas un effet incitatif aussi étendu qu'on pourrait le souhaiter. Une intervention du constituant semble par conséquent nécessaire, dont la finalité même serait d'étendre cet effet. Semblable intervention devrait se donner pour objet de combattre à la fois l'*immobilisme* des autorités investies de la fonction de gouvernement, le *pointillisme* dont elles peuvent faire preuve et les *influences ou délégations abusives* qu'elles peuvent être tentées de tolérer, ceci au regard de *l'ensemble du champ bioéthique*. Aucune des trois attitudes n'est en effet éradiquée par les dispositions indicatives de manière aussi large.

En ce qui concerne la lutte contre l'immobilisme et le pointillisme, il apparaît que le constituant pourrait chercher à travailler soit les normes structurantes, soit les normes directrices de la Constitution. Les unes et les autres sont effet porteuses d'une obligation d'intervention dans le chef des autorités : correctement modelées, elles devraient pouvoir assurer l'action de celles-ci vis-à-vis de l'ensemble du champ biomédical.

En ce qui concerne la lutte contre les influences et délégations abusives, par contre, l'intervention au niveau des normes directrices ne saurait être tenue pour suffisante. Ceci pour le motif déjà rappelé : vu qu'elles dessinent seulement un cadre de réponse, celles-ci laissent aux autorités une marge d'appréciation quant à la conciliation des exigences du bien public, appréciation que des influences et délégations contestables risquent de venir infléchir. La seule exception tient à l'hypothèse où les normes directrices auraient été complétées de dispositions conciliatrices qui fournissent une solution « clé sur porte ». Mais l'on sait que ces dispositions ne sont guère compatibles avec l'objet de la Constitution. La lutte contre les influences et délégations abusives doit donc être conduite au départ des normes structurantes, qui seules peuvent être à même d'imposer l'exigence de réalisation du bien public dans toute son ampleur.

Ces considérations attestent que deux pistes se dessinent dès l'instant où il s'agit de concevoir une disposition à visée incitative propre à la matière bioéthique. La première consiste à inscrire cette disposition tout entière dans l'orbite des normes structurantes (§ 1er). L'autre consiste à travailler à la fois les normes structurantes et les normes directrices (§ 2). Avec cette précision évidente : l'insertion de la disposition qui s'inscrirait dans l'une ou l'autre perspective n'aurait pas pour effet d'effacer la nécessité d'introduire des dispositions indicatives. Celles-ci devraient demeurer, afin d'accroître l'emprise des normes directrices sur l'approche des questions de fond. De sorte que l'effet incitatif qui s'y attache, là où il s'avère réel, viendrait se cumuler à celui, général, recherché par la disposition incitative. Il le renforcerait sur certains points, de la manière qui a été mise en lumière dans la précédente section.

§ 1ER. LA PISTE STRUCTURANTE PURE

Une première voie s'ouvre au constituant soucieux d'encourager l'action des autorités de gouvernement dans le domaine biomédical. Elle le conduirait à *assurer au regard de l'ensemble des questions bioéthiques le caractère démonstratif des normes constitutionnelles structurantes*. C'est-à-dire à éveiller la vigilance des autorités au regard du champ biomédical envisagé dans sa globalité pour les amener à y mettre en œuvre le message délivré par ces

normes[88]. Message qu'il devrait dans la foulée veiller à clarifier : *la lisibilité des normes structurantes devrait être améliorée* par la mise en lumière de l'*obligation d'intervention responsable qu'elles emportent dans le chef des autorités*. Conçue en ces termes, la finalité de la disposition permet de dessiner son profil de manière plus précise que celle des dispositions indicatives – tributaires du contenu des garanties constitutionnelles auxquelles elles se rapportent comme des questions bioéthiques qu'elles prennent en compte.

Un impératif se dessine d'emblée. Pour donner tout son sens à la disposition incitative, le constituant devrait veiller à ne pas l'associer à n'importe quelle norme structurante parmi celles, générales, qui figurent déjà dans la Constitution. Il devrait lui trouver un point de rattachement qui corresponde à sa finalité. En toute logique, il devrait donc l'inscrire dans le prolongement des dispositions qui tendent à montrer, même si c'est de manière ambiguë, que les autorités constituées ont un rôle à jouer au sein de l'approche bioéthique : celles qui relèvent de ce que l'on a identifié comme le premier cercle concentrique des normes structurantes pertinentes dans le domaine biomédical[89]. Ce sont ces dispositions que l'on passe ici au crible de l'analyse, de manière systématique.

Au premier rang des normes dites du premier cercle concentrique figure celle qui proclame qu'au sein de la société politique concernée, le pouvoir est exercé dans le respect des règles fixées par la Constitution, porte-parole de la nation souveraine. Norme dont il ressort que les autorités constituées sont une émanation du pouvoir souverain, qu'elles sont les seules à bénéficier d'un tel statut et qu'elles ont l'obligation de l'assumer. Bref, une norme semblable à l'article 33 de la Constitution belge : « Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la matière établie par la Constitution »[90].

Accolée à cette « disposition de rattachement », la disposition incitative devrait insister sur le fait qu'il incombe aux autorités de prêter attention à son contenu – renvoyant à l'ensemble des autres normes structurantes – au regard du champ biomédical envisagé dans sa globalité. Elle devrait donc signaler, simplement, que la disposition de rattachement doit être mise en œuvre dans ce domaine également. C'est en cela que le caractère démonstratif du message constitutionnel se verrait assuré. Ainsi, du point de vue de la Constitution belge envisagée à titre d'illustration, elle pourrait par exemple s'exprimer ainsi : « Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la matière établie par la Constitution. *La disposition s'applique à tout domaine, en ce compris celui de la biomédecine* ».

Une telle formulation appelle à énoncer une observation d'ordre général, valable quel que soit le point de rattachement qui serait donné à la disposition incitative au sein de la Constitution. Cette disposition devrait se référer au domaine de la biomédecine plutôt qu'à celui de la bioéthique. En raison des difficultés immenses que soulèvent le terme et le concept de bioéthique[91], il paraît en effet préférable de renvoyer au substrat de celle-ci, c'est-à-dire au champ biomédical, dont le caractère concret permet de situer plus aisément les problématiques visées. L'exigence revêt une importance particulière du point de vue d'une

[88] À noter qu'en pareil cas de figure, il n'y a plus matière à conduire une analyse propre à la visibilité des normes structurantes, dont on a relevé qu'elles sont défaillantes de ce point de vue: dès lors que le message constitutionnel est mis en exergue dans l'ensemble du champ bioéthique, incitant les autorités à prendre les initiatives voulues pour le mettre en œuvre, il n'est plus nécessaire de chercher à attirer leur attention sur lui d'une autre manière. Le caractère démonstratif apparaît comme un caractère visible spécifique: toute autorité qui se saisirait de questions bioéthiques sur une autre base que la Constitution verrait son attention attirée sur le message délivré par celle-ci du fait même de son caractère démonstratif.

[89] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er, 1, b et § 2.

[90] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 2.

[91] *Supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 2 et Chapitre II.

disposition dont la finalité est d'inciter les autorités à se saisir de la matière bioéthique : nul obstacle terminologique ou conceptuel ne doit pouvoir émousser son impact.

Au-delà, la disposition incitative devrait veiller à effacer l'ambiguïté qui caractérise les exigences constitutionnelles dont la disposition de rattachement se fait la synthèse. C'est ici que devraient être exprimées les obligations qui incombent aux autorités en raison du rôle éminent qui est le leur au sein de l'approche bioéthique. D'une part, l'obligation d'intervenir dans le domaine biomédical, qui, parce que formulée au regard de l'ensemble des questions qui en relèvent, permettrait à la Constitution de dénoncer l'attitude immobiliste mais aussi les approches pointillistes. « [...] La disposition s'applique à tout domaine, en ce compris celui de la biomédecine, *dont les autorités compétentes assurent le règlement* [...] ». D'autre part, l'obligation de donner à cette intervention l'ampleur voulue, de façon à amener la Constitution à rejeter clairement les influences et délégations critiquables. « [...] La disposition s'applique à tout domaine, en ce compris celui de la biomédecine, dont les autorités compétentes assurent le règlement *sans tolérer des influences ou délégations abusives d'aucune sorte* ».

La formulation proposée à titre d'exemple suggère ici deux observations, d'ordre général ici encore.

D'une part, elle fait référence au caractère abusif des influences et des délégations dénoncées. Il importe en effet de signaler – quelle que soit la terminologie retenue à cette fin – que toute prise en considération des opinions et actions d'intervenants extérieurs aux autorités constituées ne doit pas être rejetée. Que ces opinions et actions doivent entrer en ligne de compte, en particulier lorsqu'elles sont le fait des professionnels de la santé[92]. En clair, il faut faire écho à l'optique qui sous-tend la disposition de rattachement, plus généralement les normes structurantes de la Constitution, qui ne dictent pas aux autorités constituées l'attitude précise qu'elles doivent adopter pour assumer leur statut d'acteurs prépondérants de l'approche. Il faut maintenir cette marge de manœuvre bienvenue qui doit leur permettre de mettre en œuvre l'exigence de la polyphonie normative[93].

D'autre part, et de manière plus générale, la formulation proposée ne fait pas référence à la notion de bien public. L'option peut surprendre, dès lors que c'est la réalisation de celui-ci qui doit guider l'action des autorités dans le champ biomédical. Elle répond néanmoins à la logique de la Constitution, qui bien souvent n'exprime pas en termes généraux et abstraits la finalité qu'elle se donne. Il reste que l'idée du bien public apparaît en filigrane de l'obligation de rejeter les influences et délégations abusives : c'est l'influence excessive des intérêts particuliers sur l'approche des questions biomédicales qui est dénoncée à travers elle. Par ailleurs, il est évident que le résultat recherché par la disposition incitative est la réalisation du bien public : à l'instar de la disposition de rattachement, mais en des termes spécifiques à la matière bioéthique, elle vise à assurer l'intervention effective d'autorités que l'ensemble des normes structurantes de la Constitution conçoivent tout entières dans l'optique de matérialiser le bien de tous. Notamment en veillant à ce qu'elles reflètent la diversité des intérêts qui s'expriment dans la société – à travers les assemblées parlementaires – et en soumettant leur action à des contrôles susceptibles de sanctionner leurs velléités d'arbitraire.

Cette dernière observation amène naturellement à envisager l'adéquation que la disposition incitative ici évoquée présente par rapport à l'objet de la Constitution, conçu comme sa

[92] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, B et Titre II, Chapitre II, Section 1, § 1er, A et B.
[93] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 2 et Chapitre II, Section 1, § 1er, B.

finalité. Est-elle en phase avec l'objectif que se donne le constituant lorsqu'il dote la société d'une telle norme juridique ?

La Constitution, on l'a relevé, apparaît comme la norme qui cherche à assurer d'une façon durable la réalisation efficace du bien public au sein du groupement humain. C'est dans cette optique qu'elle instaure une structure étatique dotée, comme on vient de le rappeler, des spécificités voulues pour assurer le bien de tous. Structure de surcroît caractérisée par l'adhésion large dont elle fait l'objet au sein de la société politique, notamment en raison de la forme qui lui est donnée en vue d'assumer sa vocation[94]. En l'occurrence, la disposition incitative fait parfaitement écho à cette finalité ultime.

D'abord, comme on l'a souligné, elle se donne pour objet d'inciter à l'action des autorités conçues pour réaliser le bien de tous. Étant entendu que, ce faisant, elle affiche la préoccupation d'assurer aux normes constitutionnelles, au cœur du domaine biomédical, l'efficacité dont celles-ci prétendent faire preuve dans la recherche du bien public en général : consciente que les autorités sont peu enclines à intervenir en cette matière compte tenu des obstacles majeurs qu'elles y rencontrent, elle cherche à renforcer l'expressivité, donc, le pouvoir de persuasion – et en conséquence l'autorité – des normes constitutionnelles qui les appellent à se saisir des questions biomédicales. Elle vise à leur faire passer le message que leur adresse la Constitution avec davantage d'insistance.

Ensuite, la structure dont la disposition incitative assure la mise en mouvement est une structure dont on peut supposer qu'elle est durable. En particulier parce qu'au-delà de l'adhésion suscitée par la forme globale qu'elle adopte, que l'on prend pour hypothèse dans la présente étude[95], elle peut être considérée comme légitime, et donc recueillir l'adhésion du plus grand nombre, au regard du domaine particulier de la biomédecine[96]. Dans le même ordre d'idées, la disposition incitative elle-même peut être créditée d'une forme de permanence. Le domaine particulier vis-à-vis duquel elle encourage l'intervention des autorités n'est pas de ceux qui pourraient s'effacer dans un proche avenir, privant de ce fait les indications qu'elle énonce de toute utilité. La biomédecine est aujourd'hui bien ancrée dans les sociétés contemporaines, et l'on voit mal en quoi cet état de fait pourrait changer avant longtemps.

Dans la foulée, il apparaît que la disposition incitative ne s'inscrit pas en faux contre l' « objet matière » de la Constitution. Cherchant à assurer la réalisation du bien public au départ d'une structure étatique apte à le matérialiser, cette dernière s'attache à des collectivités, des autorités, des domaines de compétences. La disposition en cause ne fait pas autre chose : elle évoque l'attitude que doivent adopter les autorités d'une ou plusieurs collectivités données dans le domaine de la biomédecine.

Il est vrai que la prise en compte de ce seul domaine pourrait se heurter, jusqu'à un certain point, à l'objection du pointillisme qui a été évoquée en rapport avec les dispositions indicatives. Car c'est de toute évidence au regard de chaque matière impliquant le bien public que l'intervention des autorités doit trouver à se réaliser. On ne saurait perdre de vue, toutefois, que la mise en œuvre de cet impératif soulève des difficultés particulières dans le domaine de la biomédecine. Les autorités développent face aux questions biomédicales une propension marquée à l'immobilisme, au pointillisme, à l'acceptation des influences et

[94] *Supra*, Chapitre premier, introduction de la Section 2.
[95] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, introduction du Chapitre II.
[96] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1 en particulier.

délégations abusives. Donc, une tendance globale à demeurer en retrait par rapport aux exigences que leur imposent les normes structurantes de la Constitution. Ceci en raison des obstacles factuels majeurs qu'elles rencontrent lorsqu'elles cherchent à intégrer l'approche bioéthique. La prise en compte de la biomédecine au cœur d'une disposition incitative spécifique ne paraît donc pas déplacée.

Certes, une même tendance pourrait se dessiner dans d'autres secteurs, qui partagent certaine caractéristiques du domaine biomédical. Si un tel constat devait se confirmer, il importerait d'étendre la portée de la disposition incitative pour les y englober. Mais cette extension n'enlèverait rien à la nécessité de faire une mention spécifique de la biomédecine. Contrairement à la situation qui se présente sur le plan des dispositions indicatives, en effet, elle devrait passer ici, impérativement, par une énumération des secteurs particuliers concernés par les difficultés à résoudre : ceux-ci ne pourraient guère être identifiés d'une autre manière. Concrètement, donc, il s'agirait de compléter la disposition incitative par la référence à d'autres secteurs, non d'en modifier la configuration générale.

Ces indications attestent que l'insertion ici évoquée s'avère concevable au regard de l'objet de la Constitution. Des considérations supplémentaires doivent néanmoins entrer en ligne de compte.

Tout d'abord, il n'est guère opportun d'associer à la disposition de rattachement prise en compte une référence à un domaine spécifique tel que la biomédecine. Cette disposition se présente comme l'une des clés de voûte de la Constitution. Elle expose la logique qui sous-tend cette dernière en quelque domaine que ce soit. Elle évoque la raison même de l'intervention du constituant au sein de la société politique. Il paraît donc inadéquat de mêler à ces considérations essentielles des préoccupations propres à un secteur particulier de l'activité humaine, quelles que soient ses singularités. Le souci d'assurer le caractère démonstratif et la lisibilité des normes structurantes dans le domaine biomédical fait écho à l'objet général de la Constitution, certes. Mais il n'est pas indiqué d'y répondre par une insertion qui se greffe sur un principe fondamental dont elle risque d'estomper la portée globale. Aussi importante soit-elle, la biomédecine n'a pas sa place aux côtés des principes fondateurs inscrits au fronton de la norme suprême.

S'ajoute à ceci une considération d'ordre pratique. Il faut tenir compte du fait que certaines Constitutions peuvent évoquer la logique qui les sous-tend sans recourir à une disposition centrale telle que l'article 33 de la Constitution belge. Elles peuvent en faire état à travers des dispositions éparses, dont c'est l'addition qui fait ressortir le principe suivant lequel les pouvoirs sont exercés de la manière qu'elles établissent. Il en va ainsi, par exemple, de la Constitution américaine[97]. Dans cette hypothèse, il devient difficile de procéder à l'insertion envisagée sans remanier en profondeur les dispositions en cause. Ce qui, vu l'importance de celles-ci dans l'architecture globale de la Constitution, ne constitue pas une solution opportune.

En somme, il apparaît que la disposition incitative tout entière axée sur les normes structurantes doit trouver parmi celles-ci, plus exactement parmi les normes dites du premier

[97] « Nous, le peuple des États-Unis [...] ordonnons et établissons la présente Constitution pour les États-Unis d'Amérique. Article premier. Tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente constitution seront attribués à un Congrès des États-Unis [...]. Article II. Le pouvoir exécutif sera confié à un Président des États-Unis d'Amérique [...]. Article III. Le pouvoir judiciaire des États-Unis sera dévolu à une Cour suprême et à telles cours inférieures que le Congrès pourra, le cas échéant, ordonner et établir [...] ».

cercle concentrique, une ou plusieurs autres dispositions de rattachement. Ce qui renvoie aux normes constitutionnelles répartitrices de compétences : celles par lesquelles le constituant attribue aux autorités qu'il désigne le ou les blocs de compétences qui englobent les questions biomédicales.

D'emblée, il faut relever qu'une difficulté surgit à cet égard dans les États à structure unitaire décentralisée. Car, comme on l'a noté, la matière biomédicale échappe à la sphère des intérêts locaux attribués aux autorités décentralisées : elle relève des intérêts généraux[98]. Au sein de tels États, elle entre donc dans le vaste ensemble des matières résiduelles revenant aux autorités centrales. Matières dont il est probable qu'elles ne leur soient pas attribuées de façon explicite. Il conviendrait donc d'insérer dans la Constitution une disposition énonçant expressément que les autorités centrales règlent les intérêts généraux, pour ensuite y associer une disposition incitative propre à la matière biomédicale. Or, le tout risque de faire figure d'électron libre au sein de la Constitution : la double disposition en cause pourrait ne pas trouver une place adéquate au cœur d'un texte constitutionnel conçu hors de toute préoccupation relative à la définition des compétences de la collectivité centrale. Seule la délimitation constitutionnelle des domaines respectifs de la loi et du règlement pourrait ici servir de point de rattachement logique, pour autant qu'elle ne soit pas opérée par des normes éparses mais au cœur de quelques dispositions centralisées.

Cette dernière hypothèse rejoint celle qui caractérise les Constitutions propres aux États fédéraux, qui procèdent par définition à une répartition des compétences entre les autorités – fédérales et fédérées – chargées de l'intérêt général. Dans l'un et l'autre cas, le texte constitutionnel offre des normes expresses auxquelles associer la disposition incitative envisagée. La et non les dispositions : le singulier, en l'occurrence, est utilisé sciemment. Car il ne serait guère opportun de chercher à insérer des dispositions incitatives aux côtés de chaque norme qui, définissant un domaine de compétences donné, serait de ce fait susceptible de toucher à certaines facettes de la biomédecine. De telles normes risquent d'être nombreuses au regard d'un champ aussi vaste et diversifié que celui de la biomédecine, de sorte que la Constitution se trouverait constellée de références partielles à la matière. Les questions bioéthiques se verraient conférer un poids démesuré par rapport aux autres questions appelées à retenir l'attention des autorités, tandis que les normes constitutionnelles demeureraient bien en peine d'insister sur la nécessité de vaincre les approches d'ordre pointilliste[99].

Concrètement, il conviendrait donc d'insérer la disposition incitative à la suite des normes répartitrices de compétences. Étant entendu que cette disposition devrait correspondre au schéma exposé plus haut. En l'occurrence, elle devrait évoquer les compétences respectives des autorités concernées en rapport avec le domaine de la biomédecine, de façon à assurer le caractère démonstratif des normes répartitrices au regard d'un secteur qu'elles ne visent pas expressément. Elle devrait ensuite insister sur la nécessité d'exercer ces compétences, et de le faire hors de toute influence ou délégation critiquable, pour accroître la lisibilité du principe

[98] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 1er, A, 2, a.

[99] Ceci ne saurait bien évidemment empêcher que la Constitution procède à des attributions de compétences spécifiques à la matière bioéthique, comme le font certaines Constitutions à l'heure actuelle déjà. Voy. notamment les art. 119 et 119a de la Const. suisse, qui confèrent à la Confédération la compétence de légiférer en matière de « procréation médicalement assistée », de « génie génétique dans le domaine humain » et de « médecine de transplantation », ainsi que l'art. 74, 26° de la L. fond. allemande, qui englobe dans la compétence législative concurrente de la Fédération « [la] fécondation artificielle chez l'être humain », « [l']analyse et [la] manipulation des informations génétiques ainsi que [les] règles relatives à la transplantation d'organes et de tissus ». Cette hypothèse renvoie toutefois à une autre problématique, qui n'est pas abordée dans la présente étude: celle d'une éventuelle modification de la répartition des compétences opérée, au sein de l'État fédéral, dans le domaine de la biomédecine.

suivant lequel les pouvoirs sont exercés de la manière établie par la Constitution – principe qui demeure quand bien même la norme générale qui l'exprime ne sert pas de point de rattachement à la disposition incitative. En gros, la disposition pourrait ainsi stipuler que les autorités concernées « *exercent leurs compétences respectives dans le domaine de la biomédecine, sans tolérer des influences ou délégations abusives d'aucune sorte* ».

Une telle disposition peut faire l'objet d'une appréciation positive au regard de l'objet de la Constitution pour les mêmes raisons que celles développées en rapport avec la première disposition incitative examinée à titre d'hypothèse. De surcroît, elle échappe à l'objection suivant laquelle elle aurait pour effet d'estomper la portée d'une norme qui sert de clé de voûte à la Constitution : elle fait application de ce principe au niveau des normes qui évoquent les secteurs concrets où les autorités sont appelées à le mettre en œuvre. La disposition comporte donc d'indéniables avantages. Une critique sérieuse demeure néanmoins à son encontre. Elle tient au fait que cette disposition demeure séparée des dispositions indicatives insérées par ailleurs : elle conduit à éparpiller au sein du texte constitutionnel les précisions que le constituant fournit au sujet de la biomédecine.

§ 2. LES PISTES STRUCTURANTE ET DIRECTRICE COMBINÉES

Un deuxième type de disposition incitative pourrait se concevoir, qui présenterait un caractère mixte dès lors qu'elle veillerait à jouer à la fois sur le plan des normes directrices et sur celui des normes structurantes. Concrètement, elle comporterait une composante directrice sur laquelle viendrait se greffer une composante structurante. La première se préoccuperait de déjouer l'immobilisme et le pointillisme des autorités investies de la fonction de gouvernement dans le domaine biomédical. La seconde veillerait à les inciter au rejet des influences et délégations abusives. Sachant que le rattachement de la disposition ainsi conçue ne devrait guère soulever de difficulté : elle devrait assez logiquement s'intégrer au corps des normes directrices existantes, c'est-à-dire incorporer la subdivision de la Constitution qui consacre ce que celle-ci qualifie bien souvent de « droits fondamentaux ».

On prête attention, dans un premier temps, à la composante directrice de la disposition. Conformément à une logique désormais familière, celle-ci devrait veiller à la fois à mettre en relief le domaine de la biomédecine au regard des normes constitutionnelles directrices et à souligner que ces dernières impliquent une intervention des autorités visant à en assurer le respect effectif. En clair, *jouer sur leur caractère démonstratif tout en confortant leur lisibilité*. Sachant que, de ce dernier point de vue, il ne s'agirait pas d'éclairer la signification des garanties constitutionnelles à proprement parler – c'est là le rôle des dispositions indicatives –, mais de mettre en exergue l'obligation d'intervention qu'elles emportent dans le chef des autorités. En étant conscient que toute précision fournie quant à l'interprétation de ces garanties, à travers les dispositions indicatives, ne pourrait que renforcer l'effet incitatif de la Constitution.

Les normes affectées d'un objet de ce type ne sont pas inconnues parmi les Constitutions qui consacrent aujourd'hui déjà des dispositions spécifiques à la matière biomédicale. On relève ainsi l'existence de dispositions qui insistent sur l'obligation qu'ont les autorités de mettre en œuvre une ou plusieurs garanties énoncées par ailleurs dans le contexte de problématiques biomédicales plus ou moins étendues. Tel est le cas de l'article 67, § 2 de la Constitution portugaise, qui stipule que, « dans le cadre de la protection de la famille, il appartient à l'État [...] de réglementer les moyens de procréation assistée, afin de garantir la dignité de la personne humaine » (*littera* e). D'autres dispositions adoptent pour leur part une

portée plus large : c'est sur la nécessité de protéger l'homme en général qu'elles mettent l'accent au regard de telles problématiques particulières du champ biomédical. L'article 119, § 1er de la Constitution suisse, par exemple, énonce que « l'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique ».

Semblables normes ne répondent pas parfaitement aux besoins qui se manifestent dans le domaine biomédical. Ainsi, dès lors que l'objectif est de lutter contre le pointillisme des autorités, il paraît indispensable de ne pas limiter la portée de la disposition incitative à quelques problématiques biomédicales données qui tendent à estomper les autres.

Sur un plan un peu différent, il semble également qu'il faille éviter de restreindre la portée de la disposition à certaines garanties seulement parmi celles que la Constitution consacre à travers ses normes directrices. Certes, on peut comprendre que le constituant qui vise à inciter à l'action dans un secteur particulier de la biomédecine – objectif dont le caractère modeste s'avère critiquable du point de vue biomédical strict – cherche à mettre l'accent sur la protection d'une ou de plusieurs garanties données parmi celles que la Constitution énonce par ailleurs. En procédant de la sorte, il insiste sur certains éléments du cadre constitutionnel qu'il dessine du point de vue des questions bioéthiques concernées, cherchant ainsi à guider les autorités dans le travail de conciliation qui leur incombe à leur égard. Mais, lorsqu'il s'agit d'encourager l'action des autorités dans l'ensemble du champ biomédical, la restriction à certaines garanties ne se justifie plus guère : si quelques-unes d'entre elles peuvent effectivement mériter de recevoir un accent particulier au regard de telle facette du champ, il ne saurait être exclu que ce soient d'autres garanties qui appellent ce surcroît d'attention au regard d'une autre de ses facettes.

Conçue dans cette double perspective globale, la composante directrice de la disposition incitative pourrait être formulée d'une manière semblable à celle-ci : « *l'État assure la protection et la promotion de l'homme dans le domaine de la biomédecine* ».

Il est évident qu'il ne s'agit là que d'un canevas, à adapter en fonction des spécificités propres à chaque société politique. Ainsi, la référence à l'État pourrait-elle faire place aux concepts de « loi », de « pouvoirs publics », ou à toute autre expression désignant les autorités dans la terminologie de la Constitution concernée. Plus fondamentalement, la référence à l'homme pourrait s'effacer devant le renvoi à la personne humaine, à l'être humain, à « tous ». Un choix terminologique important s'impose de ce point de vue. Il doit tenir compte des usages propres à la Constitution en cause mais aussi et surtout du consensus social fondamental qui se développe au sein de la société concernée sur le point de savoir quel est le bénéficiaire de la protection à assurer dans le domaine de la biomédecine. En l'occurrence, une « révélation » peut s'avérer nécessaire, au sens que l'on a donné plus haut à ce terme.

Quelles que soient les spécificités de la société en cause, toutefois, il semble que deux considérations devraient guider le constituant dans la rédaction de la disposition.

D'une part, il devrait ici encore évoquer le domaine de la biomédecine plutôt que celui de « la bioéthique », compte tenu du cortège de difficultés terminologiques et conceptuelles que cette dernière entraîne dans son sillage.

D'autre part, sur un plan plus symbolique, le constituant devrait veiller à adopter une formulation qui n'entérine pas une perception négative de la biomédecine, considérée seulement comme une source de menaces pour l'homme. Les connaissances, techniques et

pratiques biomédicales, il faut le rappeler, ne doivent pas être considérées comme un fléau à combattre. Elles sont ambivalentes : elles présentent une face sombre mais aussi une face claire, tenant aux bénéfices immenses qu'elles peuvent procurer à l'homme et à la société. D'où l'évocation, dans la formulation suggérée, de la protection *et de la promotion* de l'homme, ceci *dans le domaine* de la biomédecine et non *contre* les pratiques de celle-ci. Une telle perspective doit assurer à la disposition un effet incitatif très large, qui l'amène à solliciter aussi une intervention des autorités en vue d'encourager – en les encadrant – le développement des connaissances, techniques et pratiques profitables à tous.

Les Constitutions contemporaines n'ignorent pas les normes semblables à la composante directrice que l'on envisage ici. La Constitution grecque comporte ainsi une disposition qui, sauf sur le dernier point évoqué, correspond aux exigences que l'on a mises en lumière. Son article 5, § 5 stipule en effet que « les questions liées à la protection de toute personne contre les interventions biomédicales seront réglées par la loi ».

La composante structurante de la disposition – c'est d'elle dont il s'agit à présent – ne soulève pour sa part guère de difficultés. Dès l'instant où les autorités seraient incitées à agir dans l'ensemble du champ biomédical par le biais de la composante directrice, elle n'aurait plus à se préoccuper de cet aspect du problème. À la différence de la disposition incitative qui exploite la piste structurante pure, elle ne devrait donc plus assurer le caractère démonstratif et la lisibilité des normes structurantes de ce point de vue. Il lui reviendrait seulement d'encourager les autorités à ne pas céder à la tentation des influences ou délégations abusives lorsqu'elles agissent conformément aux injonctions de la composante directrice – ce que cette dernière est impuissante à faire, dès lors qu'elle incite à la prise en compte de normes dont la conciliation peut encore faire place à des influences et délégations critiquables. D'où la reprise de l'indication visant à assurer la lisibilité des normes structurantes sur ce point, indication dont le caractère démonstratif serait assuré par son association à la composante directrice évoquée dans un premier temps : « l'État assure la protection et la promotion de l'homme dans le domaine de la biomédecine *sans tolérer des influences ou délégations abusives d'aucune sorte* ».

Ainsi conçue, la disposition incitative s'avère-t-elle en phase avec l'objet de la Constitution ? La question appelle une réponse positive, et ce pour des motifs très semblables à ceux retenus dans le cadre de la piste structurante pure.

Tout d'abord, il apparaît que la disposition se préoccupe de la réalisation du bien public. Sa composante directrice cherche en effet à assurer l'intervention des autorités constituées, c'est-à-dire d'une structure conçue pour assurer le bien de tous. Ceci dans l'optique de mettre en œuvre les orientations que la Constitution fournit concernant celui-ci, sous la forme de valeurs partagées et d'éventuelles dispositions indicatives complémentaires. Quant à la composante structurante, elle veille à ce qu'en procédant à cette mise en œuvre, les autorités ne cèdent pas aux chants de sirènes qui pourraient les amener à consacrer ou à tolérer des solutions inspirées par des intérêts particuliers. L'ensemble est dominé par une préoccupation d'efficacité : la disposition cherche à renforcer l'incitation à agir que les normes générales de la Constitution adressent à des autorités particulièrement réticentes à y faire écho.

Ensuite, la disposition mixte tend à répondre à l'exigence de permanence propre à la Constitution. D'une part, on l'a noté, la structure dont elle cherche à assurer l'intervention peut être tenue pour durable. D'autre part, les normes dont elle impose la mise en œuvre aux autorités de cette structure sont elles-mêmes affectées d'une forme de permanence. Soit en

tant que valeurs partagées par les membres de la société politique, soit en tant que reflets du consensus social fondamental qui se forge autour de celles-ci – dans l'hypothèse où la Constitution aurait été complétée par des dispositions indicatives. Seules les éventuelles dispositions conciliatrices feraient ici exception. Sur un autre plan, il faut encore ajouter que le domaine biomédical vis-à-vis duquel l'incitation est opérée apparaît suffisamment ancré dans la réalité contemporaine pour permettre de rejeter l'idée d'une rapide péremption de la disposition qui y renvoie.

Enfin, du point de vue de l' « objet matière » de la Constitution, la disposition mixte appelle une remarque semblable à celle formulée au regard de la disposition issue de la piste structurante pure. En l'occurrence, elle renvoie à l'homme, à l'instar des normes directrices générales de la Constitution. Avec la particularité de l'envisager au regard de l'ensemble des connaissances, techniques ou pratiques biomédicales : l'incitation à laquelle elle procède n'est pas censée bénéficier à tous mais aux seuls individus confrontés au pouvoir de la biomédecine. La disposition présente donc un caractère catégoriel. Ce dernier se justifie néanmoins au regard de la réserve particulière dont les autorités sont tentées de faire preuve dans le domaine. Sachant que, s'il devait s'avérer qu'une même réserve marque d'autres secteurs d'activités, toute référence à la biomédecine ne devrait pas pour autant être effacée de la disposition : celle-ci devrait seulement être complétée d'un renvoi à ceux-là.

À ces considérations, il faut ajouter que la disposition incitative mixte présente un avantage important, qui conduit à la préférer à la disposition qui exploite la piste structurante pure. Contrairement à cette dernière, en effet, elle est appelée à s'associer aux normes directrices de la Constitution – celles dont elle cherche à assurer le caractère démonstratif –, donc, aux dispositions indicatives qui visent à en éclairer la portée dans le domaine biomédical. Pour cette raison, elle tend à renforcer la cohérence de l'ensemble du message que la Constitution délivre en ce domaine, message dont l'effet incitatif se trouve ainsi consolidé. D'une certaine manière, la disposition permet de faire d'une pierre deux coups : sa position au cœur de la Constitution doit contribuer à affermir l'effet qu'elle cherche à se donner à travers le contenu qui est le sien.

Concrètement, la disposition incitative mixte pourrait ainsi servir de fronton à un article ou à une section de la Constitution qui regrouperait les normes présentant un caractère spécifique à la biomédecine, et en particulier les dispositions révélatrices propres à celle-ci. Étant entendu que les dispositions de ce type qui auraient vu leur portée élargie au-delà des frontières du champ biomédical seraient quant à elles associées à la norme directrice générale dont elles visent à éclairer la signification, ou inscrites au cœur d'une subdivision constitutionnelle correspondant à leur objet.

Une construction plus audacieuse pourrait être imaginée. La disposition incitative mixte pourrait servir de substrat à une sorte de « Charte de la biomédecine », qui ne serait pas introduite au cœur de la Constitution mais « adossée » à celle-ci. La solution s'inspire de la démarche récemment entreprise par le constituant français, qui a joint à la Constitution de 1958 – déjà complétée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par le Préambule de la Constitution de 1946 – un ensemble de dispositions spécifiques à l'environnement, regroupées sous l'intitulé de « Charte de l'environnement ». En l'occurrence, il s'agirait de rassembler la disposition incitative et les dispositions indicatives adoptées en rapport avec la biomédecine au sein d'un texte fondateur identifié par référence à cette dernière. Un texte de nature constitutionnelle, car adopté par le constituant, mais qui présenterait la particularité de former un ensemble normatif distinct de la Constitution, à

laquelle il serait attaché par le renvoi que celle-ci opérerait à ses exigences – par exemple au niveau de son préambule.

De toute évidence, un instrument de ce type revêtirait une profonde valeur symbolique. Il témoignerait de l'attention toute particulière que la société entend prêter aux questions biomédicales. Il présenterait donc un effet incitatif très fort.

Dans le cas présent, toutefois, la technique de l'adossement à la Constitution ne va pas sans appeler des réserves. On ne tente pas ici de transposer dans le domaine biomédical le vaste débat qui s'est développé en France autour de la Charte de l'environnement[100] – bien des critiques adressées à celle-ci concernent d'ailleurs le contenu spécifique de ses dispositions. On se contente de formuler trois brèves observations, qui révèlent autant de difficultés liées à la solution de l'adossement.

Tout d'abord, la technique apparaît liée à une tradition constitutionnelle particulière : celle d'États qui, comme la France, disposent d'une Constitution essentiellement centrée sur les normes de nature structurante, renvoyant pour ce qui est des normes directrices à des textes antérieurs à son énonciation qui ont marqué l'histoire de la nation. Dans ce cas de figure, l'adossement constitutionnel est déjà pratiqué, du moins lorsque les textes en question se voient reconnaître pleine valeur constitutionnelle – comme c'est le cas en France à nouveau[101]. L'adjonction à la Constitution d'un instrument propre à la biomédecine ne constituerait donc qu'une révolution partielle. Elle ne heurterait pas la logique constitutionnelle ; elle lui donnerait seulement une autre dimension, liée au fait qu'à l'instar de la Charte française de l'environnement, elle renverrait non aux fondements de l'histoire nationale mais à « l'avenir incertain et mondialisé » des activités nouvelles de l'homme[102]. Une semblable appréciation ne s'impose pas nécessairement au regard de Constitutions construites sur un autre moule. En ce qui concerne ces dernières, l'inscription de dispositions constitutionnelles en dehors du corps de la Constitution pourrait être considérée comme une remise en cause de la cohérence propre à cette dernière, et donc comme une source de confusion.

Ensuite, il est très probable qu'une éventuelle « Charte de la biomédecine » ne puisse se contenter d'incorporer des dispositions indicatives liées à des questions spécifiquement biomédicales, c'est-à-dire dénuées d'écho en d'autres domaines. Ensemble normatif distinct soucieux de sa propre cohérence, elle devrait intégrer aussi une série de dispositions relatives à des questions qui se posent en des termes semblables dans d'autres secteurs de l'activité humaine. Son objet, néanmoins, lui imposerait de donner à l'ensemble une formulation qui se limite au domaine de la biomédecine. La Charte se heurterait donc à l'objection du pointillisme, dont on a constaté qu'elle doit être retenue en matière bioéthique comme en d'autres. Telle est d'ailleurs l'une des critiques avancées à l'encontre de la Charte de l'environnement : d'aucuns estiment que cette dernière « comporte l'inconvénient de ne reconnaître certains droits que rapportés à l'environnement alors que toute l'évolution du droit contemporain tend à leur donner une portée plus générale »[103].

---

[100] Y. JÉGOUZO, « Quelques réflexion sur le projet de Charte de l'environnement », *Cah. Cons. const.*, 2003, n° 15, *www.conseil-constitutionnel.fr* ; G. MARTIN, « Observation d'un 'privatiste' sur la Charte de l'environnement », *Rev. dr. publ.*, 2004, pp. 1207-1209 ; B. MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Cah. Cons. const.*, 2003, n° 15, *www.conseil-constitutionnel.fr* ; M. PRIEUR, « Un huron au Parlement », *Rev. dr. publ.*, 2004, pp. 1201-1205 ; R. ROMI, « La charte de l'environnement, avatar constitutionnel ? », *Rev. dr. publ.*, 2004, pp. 1485-1495.

[101] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, introduction du Chapitre premier, note 33.

[102] B. MATHIEU, « Observations... », *op. cit.*, p. 2.

[103] Y. JÉGOUZO, *op. cit.*, p. 8.

Enfin, et de manière plus générale, la technique de l'adossement ne tient pas suffisamment compte de la spécificité des dispositions liées à la biomédecine telles qu'elles sont envisagées dans la présente étude. Ces dernières sont en effet conçues comme un support des normes constitutionnelles générales destiné à assurer la mise en œuvre de celles-ci au cœur de la matière bioéthique. Or, leur inscription dans un texte extérieur aux dispositions constitutionnelles existantes aurait pour conséquence de les présenter comme un ensemble normatif distinct, caractérisé par une logique propre. Tel est l'effet que certains prêtent à la Charte française de l'environnement par rapport à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946 : « le choix d'une Charte 'adossée' à la Constitution [...] signifie que la protection de l'environnement est une dimension nouvelle et autonome de la protection des droits fondamentaux »[104]. Concrètement, la rupture avec les normes constitutionnelles générales pourrait ici introduire un doute quant à la portée des dispositions propres aux questions biomédicales, nuisant de ce fait à leur efficacité.

À la lumière de ces diverses considérations, il semble que le regroupement des dispositions propres à la biomédecine gagne à être opéré non en dehors mais au cœur des normes constitutionnelles existantes.

[104] B. MATHIEU, « Observations... », *op. cit.*, p. 2.

TITRE II. LES OBSTACLES À L'INSERTION

Des dispositions spécifiques à la biomédecine sont pressenties pour l'insertion dans le texte constitutionnel, inspirées des faiblesses que présentent en ce domaine les normes générales de la Constitution. Leur confrontation à l'objet de celle-ci invite à en arrondir les angles, à en polir les aspérités. Tout n'est pas dit pour autant. Car l'adoption effective de telles dispositions ne saurait passer pour une évidence. Il convient de vérifier si le constituant est en mesure de les énoncer. Autrement dit, si les conditions imposées à son intervention ne jouent pas comme autant d'obstacles à leur insertion dans la Constitution.

De telles conditions tiennent aux démarches imposées à l'auteur de la norme constitutionnelle pour énoncer celle-ci. Au processus qu'il lui incombe de suivre pour intervenir valablement. Bref, aux formes de son action : c'est l'*obstacle formel* (Chapitre premier).

Ces conditions tiennent aussi aux restrictions qui pourraient affecter la marge de manœuvre du constituant. Aux normes qu'il lui reviendrait d'observer au moment d'insérer dans la Constitution les dispositions qui lui paraissent opportunes. En clair, aux limites matérielles de son action : ce sont les éventuels *obstacles matériels* (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER. L'OBSTACLE FORMEL

Un trait caractéristique de l'intervention du constituant ne manque pas de retenir l'attention lorsqu'on évoque l'insertion dans la Constitution de dispositions nouvelles : la *solennité* qui entoure nécessairement son action, dont on pressent qu'elle pourrait s'avérer pesante dans un domaine aussi sensible que la biomédecine (Section 1). Mais l'influence exercée par un tel facteur pourrait ne pas s'avérer identique en toutes circonstances. La solennité de la Constitution pourrait présenter un *impact variable* en fonction de divers facteurs (Section 2).

SECTION 1. LE POIDS DE LA SOLENNITÉ INHÉRENTE À LA CONSTITUTION

La norme adoptée par le pouvoir souverain qui cherche à assurer la réalisation efficace du bien public au sein du groupement humain qu'elle organise, faisant œuvre initiale à cet égard, est sans équivalent. Elle fait figure de règle hors pair. C'est pourquoi la Constitution se présente comme la norme suprême : elle oblige l'ensemble des autorités qui agissent au sein de la société politique.

Ce n'est pas là sa seule particularité. Soucieuse de permettre la matérialisation du bien de tous au cœur de la société, la Constitution doit aussi être assurée d'une forme de permanence, à l'image des limites dont elle cherche à entourer l'exercice du pouvoir. Il ne suffit pas que ses dispositions présentent un objet tel qu'elles puissent prétendre s'inscrire dans la durée ; il faut encore que leur support même soit affecté d'une telle caractéristique. Jusqu'à un certain point du moins car, préoccupée d'assurer le caractère durable de la structure qu'elle définit, des valeurs qu'elle consacre, bref, des limites qu'elle établit à l'action des autorités, la Constitution ne saurait s'imposer comme immuable. Elle doit tenir compte d'un contexte forcément évolutif. Elle doit donc être caractérisée par la rigidité plutôt que par la fixité : elle doit pouvoir être modifiée, mais pas de manière trop aisée.

C'est à la suprématie et à la rigidité qui la distinguent que la Constitution doit de requérir le formalisme. Il lui faut être écrite[1]. Il lui faut aussi être solennelle : elle doit être adoptée par des autorités spéciales, distinctes de celles qui énoncent les autres normes, dans des formes et suivant une procédure spécifiques, plus strictes que celles qui prévalent pour celles-ci.

Ces autorités, ces formes, ces procédures ne sont pas définies de la même manière suivant qu'elles se rapportent au constituant originaire ou au constituant dérivé. En ce qui concerne le premier, elles sont spécifiées pour partie par les autorités nées des circonstances particulières qui ont conduit à faire table rase de l'ordre juridique passé et pour partie par le constituant lui-même, qui s'impose d'observer les formes et procédures qu'il définit[2]. En ce qui concerne le second, elles sont établies par la Constitution, qui présente l'originalité de déterminer la manière dont elle doit être révisée. Or, l'adoption des dispositions pressenties pour l'insertion dans le domaine biomédical, on l'a noté, peut être le fait de l'un ou de l'autre. Il reste que

[1] Sur la valeur des coutumes qui se développent en étroit rapport avec le texte de la Constitution, voy. *supra*, Deuxième partie, Titre premier, introduction du Chapitre premier.
[2] F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 50-51 et 66-68.

l'intervention du constituant originaire devrait s'avérer rare. De surcroît, les conditions formelles qu'il s'oblige à respecter ne devraient guère différer de celles qu'il impose à l'intervention du constituant dérivé, qu'elles préfigurent bien souvent[3]. C'est pourquoi on évoque ici ce seul constituant dérivé, soumis à des exigences plus aisées à circonscrire parce qu'énoncées par les Constitutions elles-mêmes.

De ce point de vue, chaque Constitution définit à sa manière les conditions qui assurent la solennité des normes constitutionnelles. Ainsi, nombre de Constitutions requièrent la réunion de *larges quorums* de présence et/ou de vote au sein de la ou des assemblées qu'elles habilitent à statuer sur la révision – sachant que, dans les États fédéraux, les assemblées compétentes peuvent représenter des composantes différentes de l'État : le peuple d'une part, les entités fédérées d'autre part[4]. Certaines Constitutions exigent l'*étalement du processus de révision sur plusieurs législatures* : elles lui imposent de passer par un renouvellement des assemblées, que celui-ci soit préalable à l'étude d'une proposition de modification précise[5] ou qu'il intervienne une fois une telle proposition examinée[6]. D'autres Constitutions requièrent l'*étalement du processus de révision au sein d'une même législature*, en exigeant que les assemblées compétentes procèdent à des délibérations successives espacées dans le temps[7]. Une série de Constitutions prévoient également la *ratification de la révision* envisagée. Ratification par les assemblées compétentes réunies en Congrès, comme en France[8]. Ratification par le peuple auquel la modification constitutionnelle est soumise par la voie du référendum, comme en Espagne, en France, en Italie ou en Suisse[9]. Ratification par les entités composant la fédération, dans des États fédéraux tels que le Canada, les États-Unis ou la Suisse[10] [11].

Au-delà de leur diversité, des conditions de ce type font effectivement écho à la suprématie et à la rigidité inhérentes à la Constitution, reflets de son auteur et de son objet. Elles appuient la prétention qu'ont les dispositions insérées d'émaner du « constituant habilité par le peuple

---

[3] *Ibid.*, p. 67.

[4] Deux tiers de membres présents et deux tiers de suffrages positifs parmi les votants au sein de chaque Chambre, pour la Const. belge (art. 195, al. 5) ; deux tiers des membres du *Bundestag* et deux tiers des voix du *Bundesrat*, pour la L. fond. allemande (art 79, § 2) ; deux tiers des membres effectivement en fonction de l'Assemblée de la République, pour la Const. portugaise (art. 286, § 1er) ; trois cinquièmes des membres de chaque Chambre, pour la Const. espagnole (art. 167, § 1er) ; etc.

[5] Selon l'art. 195 de la Const. belge, nul projet ou proposition de modification de la Constitution ne peut être valablement soumis à l'une des Chambres qu'à une double condition. D'une part, ces Chambres ont été renouvelées après que le pouvoir législatif fédéral a déclaré qu'il y avait lieu à la révision de telles dispositions constitutionnelles précisément identifiées. D'autre part, le projet ou la proposition porte sur l'un des points ainsi ouverts à la révision. Une solution du même type est consacrée par l'art. 114 de la Const. luxembourgeoise. Quant à la Const. espagnole, elle stipule que toute proposition visant à la révision partielle de son titre préliminaire, de sa subdivision consacrée aux droits fondamentaux et aux libertés publiques ou de ses dispositions consacrées à la Couronne, comme toute proposition visant à sa révision totale, ne peut être étudiée que par des Chambres renouvelées, ce renouvellement intervenant après l'approbation du principe de la proposition de révision par les Chambres anciennes (art. 168).

[6] D'après l'art. 137 de la Const. des Pays-Bas, toute modification de la Constitution doit faire l'objet d'une loi déclarant qu'elle sera prise en considération telle que celle-ci la propose, loi dont la publication entraîne la dissolution et le renouvellement des Chambres des États généraux, seules ces Chambres renouvelées pouvant prendre le projet en considération et l'adopter. Dans le même ordre d'idées, l'art. 73 de la Const. finlandaise stipule que « tout projet de texte concernant l'adoption, l'amendement ou l'abrogation d'une loi constitutionnelle [...] doit en deuxième lecture faire l'objet d'un vote décidant à la majorité des voix de le laisser en suspens jusqu'à la première session du Parlement suivant les élections législatives. Le projet de texte doit alors [...] être adopté en séance plénière, sans changements sur le fond, en une seule lecture [...] ».

[7] Const. italienne, art. 138, al. 1er.

[8] Const. française du 4 oct. 1958, art. 89, al. 3.

[9] Const. espagnole, art. 167, § 3 et art. 168, § 3 ; Const. française du 4 oct. 1958, art. 89, al. 2 ; Const. italienne, art. 138, al. 2 ; Const. suisse, art. 140, § 1er, a, et art. 195.

[10] L. const. canadienne de 1982, art. 38, § 1er, b ; Const. américaine, art. V ; Const. suisse, art. 140, § 1er, a, et art. 195.

[11] Pour une approche comparative des conditions formelles imposées à la modification de la Constitution, voy. M. VERDUSSEN, « La procédure de révision de la Constitution: données comparatives », *in* F. DELPÉRÉE (dir.), *La procédure de révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 87-110.

souverain »[12] : elles ont pour effet très concret d'assurer que les dispositions insérées dans la Constitution bénéficient d'un *large consensus* au sein de la société politique[13]. En même temps, elles prêtent attention à l'importance de l'objet qui caractérise la Constitution : elles garantissent que ces dispositions soient élaborées non dans la précipitation qui peut caractériser l'action des autorités ordinaires mais *après mûre réflexion*. Toujours dans le même mouvement, elles veillent encore à la permanence dont la Constitution doit pouvoir témoigner : elles permettent concrètement d'*éviter que les dispositions insérées puissent être remises sur le métier à peine adoptées*.

Pour ces raisons, les conditions formelles qui entourent l'action du constituant dérivé ne vont pas sans soulever des difficultés lorsqu'il est question d'adopter une disposition propre au domaine biomédical – disposition vis-à-vis de laquelle elles demeurent bien évidemment d'actualité. On l'a souligné à maintes reprises : la biomédecine se caractérise par la complexité et la sensibilité des questions qu'elle engendre. Complexité et sensibilité qui se traduisent dans un certain nombre de facteurs extrinsèques à la règle de droit propres à entraver l'action des autorités en la matière[14]. De tels obstacles entrent ici aussi en ligne de compte. Le constituant doit lui aussi compter avec eux lorsqu'il entend aborder le domaine. Avec cette particularité que les conditions formelles imposées à son intervention, spécialement en ce qu'elles visent à assurer un large consensus autour de dispositions dont il est entendu qu'elles ne pourront être modifiées rapidement, tendent à *renforcer l'ampleur de certains de ces obstacles*. Elles rendent l'écueil qu'ils représentent dans l'approche de la matière biomédicale plus difficile à surmonter.

Ne sont pas concernés, ou du moins pas particulièrement, ceux des obstacles évoqués qui présentent un *caractère objectif* : ceux qui demeurent extérieurs aux sentiments et à la sensibilité que développent les autorités confrontées au domaine de la biomédecine. On songe au nombre et à la diversité des disciplines juridiques impliquées par les questions biomédicales ; à l'incertitude quant aux bénéfices et aux risques susceptibles de s'attacher aux connaissances, techniques et pratiques biomédicales innovantes ; à l'atténuation des distinctions conceptuelles qui permettent à l'esprit d'appréhender la réalité, liée à la multiplication des situations limites propres au domaine biomédical.

Concrètement, les difficultés propres à ces obstacles ne sont pas plus malaisées à surmonter quand il s'agit de réunir une majorité large et durable autour des questions biomédicales auxquelles ils se rapportent que lorsqu'une majorité simple suffit. Elles requièrent un même effort de persévérance dans l'un et l'autre cas. Ce qui amène à considérer que le constituant ne s'y heurte pas davantage que les autorités investies de la fonction de gouvernement.

Il n'en va pas de même, par contre, pour les obstacles qui présentent un *caractère subjectif*. Obstacles tenant à l'*état d'esprit* des auteurs de la règle de droit : leur aversion pour ce qui touche à la matière scientifique, tenant à l'opposition traditionnelle entre le droit et la science ; leur crainte de formuler des choix susceptibles de déplaire à l'opinion publique et aux lobbies. Obstacle tenant aux *opinions* des auteurs de la règle de droit, aussi : l'existence

[12] B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 308.

[13] Ne sont pas visées ici les seules exigences tenant à la réunion de quorums de présence ou de vote particuliers. D'autres conditions formelles ont pour effet de requérir un tel consensus. Ainsi, l'étalement du processus de révision sur deux législatures différentes, lorsqu'il intervient après un premier examen de la disposition envisagée, suppose par lui-même que cette disposition fasse l'objet d'un large accord au sein de la société: il lui impose de pouvoir recueillir l'adhésion d'assemblées au sein desquelles l'équilibre des forces pourrait se trouver profondément modifié à la suite des élections.

[14] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er, B ; Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 1er, A.

de conflits de valeurs au sujet des questions biomédicales, exacerbés par le fait que celles-ci engagent ce qu'il y a de plus sensible en l'homme tout en contribuant à relativiser les distinctions conceptuelles traditionnelles.

Très logiquement, l'ampleur de tels obstacles s'avère plus grande là où il s'agit de réunir un consensus à la fois vaste et durable au sujet des questions qu'elles concernent. Ainsi, plus large est la majorité à atteindre, plus nombreux sont les participants aux débats à convaincre de faire preuve d'audace afin de surmonter les attitudes spontanées de rejet et d'appréhension qui sont les leurs face au domaine biomédical. Ce qui risque de s'avérer malaisé. Sur un autre plan, plus la majorité à réunir est large, plus les conflits de valeurs à résoudre sont prononcés, vu que davantage d'opinions divergentes doivent être prises en compte. De sorte que les participants aux débats doivent faire preuve d'une persévérance accrue qui risque beaucoup de faire défaut dans leur chef. De la même manière, plus la disposition à adopter s'avère rigide, c'est-à-dire peu susceptible de modification dans l'immédiat, plus il s'avère difficile de réunir un accord à son sujet : là où d'aucuns pourraient accepter de s'engager à titre provisoire, moyennant la possibilité de revoir leur position à brève échéance, ils pourraient refuser de le faire pour un plus long terme.

A priori, il apparaît donc que la solennité inhérente à la Constitution *n'est pas dénuée de poids* dans le domaine biomédical. Elle tend au contraire à y revêtir un double effet. *Elle ajoute aux obstacles objectifs* qui se présentent au constituant sous la même forme qu'à l'auteur d'une norme juridique quelconque des *difficultés tenant à un ensemble d'exigences formelles plus strictes* que celles relatives à l'élaboration de cette dernière. En outre, du fait même de la rigueur de ces exigences, *elle amplifie l'effet obstructif qui s'attache aux obstacles subjectifs* auxquels est confrontée toute autorité appelée à énoncer des règles de droit en la matière. C'est ce double phénomène qui autorise à faire état d'un obstacle formel propre au constituant confronté aux questions bioéthiques.

Or, on a relevé que les obstacles objectifs et subjectifs évoqués tendent à favoriser l'immobilisme des autorités dans le domaine de la biomédecine. Tantôt ils les amènent à renoncer à mettre en œuvre tous les moyens requis pour mener leur résolution à bien. Tantôt ils les incitent à rejeter l'idée même de leur appréhension. Les conditions formelles qui entourent l'intervention du constituant ont des chances d'accentuer ce type de réactions, c'est-à-dire de multiplier les situations où elles trouvent à se manifester. Ainsi, dans l'hypothèse où le constituant serait saisi d'une proposition de dispositions spécifiques à la biomédecine, l'ampleur des difficultés à surmonter pour aboutir à leur insertion effective pourrait très souvent le dissuader de déployer les efforts voulus pour conduire le processus à son terme, en particulier si des échecs répétés devaient avoir marqué celui-ci. De ce fait, même les autorités les plus entreprenantes parmi celles habilitées à mettre ce constituant en mouvement pourraient en maintes occasions renoncer à le faire, que ce soit par anticipation d'une telle réaction ou suite à sa manifestation.

En somme, la solennité inhérente à la Constitution réduit la probabilité de voir le constituant procéder à l'insertion effective de dispositions spécifiques à la biomédecine. En cette matière, *elle induit un risque élevé d'immobilisme dans son chef.* Étant entendu que, dans toute hypothèse où pareil immobilisme ne trouverait pas à se vérifier, elle ne demeurerait pas sans conséquence sur la démarche du constituant. Elle aurait pour effet d'*affecter le processus normatif d'une particulière lenteur*. En matière biomédicale, l'insertion constitutionnelle devrait prendre du temps. D'autant plus de temps que certaines des conditions formelles imposées au constituant n'impliquent pas seulement la réunion d'un

consensus large et durable autour des dispositions à insérer, avec le lot de patience que ce genre d'exercice requiert ; elles ont aussi pour conséquence d'allonger matériellement la procédure de révision en imposant des délais censés permettre au débat de mûrir. Ainsi en va-t-il par exemple de l'exigence d'une dissolution des assemblées compétentes.

SECTION 2. L'IMPACT VARIABLE DE LA SOLENNITÉ INHÉRENTE À LA CONSTITUTION

Les conclusions que l'on vient de formuler concernant le poids de la solennité propre à la Constitution dans le domaine de la biomédecine reposent sur une analyse *a priori*, détachée de toutes considérations concrètes. Il importe de corriger cette perspective. Des nuances s'imposent, qui tiennent à l'objet des dispositions pressenties pour l'insertion (§ 1er) comme au degré de solennité propre à chaque Constitution (§ 2).

§ 1ER. LES NUANCES LIÉES À L'OBJET DES DISPOSITIONS À INSÉRER

Les obstacles objectifs et subjectifs dont on a relevé qu'ils rendent malaisée l'élaboration de la règle de droit dans le domaine biomédical se présentent effectivement comme tels à toute autorité qui, à l'instar des autorités investies de la fonction de gouvernement, appréhende les questions bioéthiques dans l'optique de leur apporter une réponse précise. C'est dans le cadre d'une approche de ce type qu'ils se manifestent et que leur effet obstructif joue pleinement.

Or, semblable approche ne correspond pas à l'objet que se donnent bon nombre des dispositions constitutionnelles pressenties pour une insertion en la matière. Il se pourrait donc que l'adoption de ces dispositions ne se heurte pas à l'ensemble des obstacles en cause, ou du moins que l'effet obstructif de ceux-ci s'avère atténué. Par conséquent, les exigences formelles imposées à l'intervention du constituant pourraient ne pas engendrer dans son chef un immobilisme aussi marqué que le laisse entendre l'analyse *a priori*. Certes, les difficultés qui s'y attachent ne disparaîtraient pas comme par enchantement : on prend pour hypothèse, dans le présent paragraphe, que ces exigences offrent le degré de rigueur voulu pour assurer effectivement la solennité de la Constitution et qu'elles demeurent constantes au regard de l'ensemble des dispositions dont l'insertion est envisagée. Mais de telles difficultés, en l'occurrence, pourraient ne pas venir renforcer les obstacles auxquels le constituant se trouve *de facto* confronté au point de le condamner à l'inertie dans la majeure partie des situations.

Des nuances tendent ainsi à se dessiner quant à l'impact de la solennité de la Constitution sur l'insertion des dispositions liées à la matière biomédicale, qu'il s'agisse des dispositions indicatives (A) ou de la disposition à finalité incitative (B).

A. Les nuances propres aux dispositions indicatives

Toutes les dispositions indicatives ne se situent pas de la même manière par rapport aux exigences formelles imposées à l'intervention du constituant, car toutes ne se donnent pas un même objet. Il convient de les distinguer suivant la finalité propre qui les caractérise. Avec cette précision : les dispositions ici évoquées le sont en tant qu'elles portent sur un ensemble de questions de nature bioéthique. On ne multiplie pas les hypothèses à analyser en tenant compte des dispositions indicatives dont l'objet aurait été étendu au-delà des frontières du champ biomédical afin de répondre à l'objection dite du pointillisme. En ce qui concerne ces dernières, on part du principe que les questions bioéthiques, à défaut de faire l'objet d'une

attention exclusive du constituant, appellent de sa part une attention suffisamment soutenue pour que les obstacles qui s'attachent à leur approche exercent sur lui une influence notable – même si elle est moindre que dans l'hypothèse où la matière bioéthique est seule en cause. De sorte que l'analyse ici développée conserve sa pertinence, en appelant seulement, ici et là, quelques nuances.

Les dispositions *conciliatrices* retiennent l'attention dans un premier temps. Ce sont elles, en effet, qui s'apparentent le plus aux dispositions que les autorités investies de la fonction de gouvernement sont appelées à adopter lorsqu'elles se saisissent de la matière bioéthique : cherchant à accroître l'engagement de la Constitution au regard de questions biomédicales de fond, elles visent à procurer à celles-ci une réponse précise, fondée sur une conciliation des normes directrices pertinentes opérée à la lumière des exigences du bien public.

Concrètement, il revient au constituant saisi d'une proposition de disposition conciliatrice, émanant par exemple d'un parlementaire entreprenant, de se prononcer d'abord sur le *principe* même d'une telle disposition. Or, des difficultés surgissent dès ce stade préliminaire. Elles tiennent aux obstacles subjectifs liés à l'état d'esprit des participants au débat, amplifiés par les exigences formelles qui concrétisent la solennité de la Constitution.

Ainsi, une minorité significative au sein de la ou des assemblées habilitées à se prononcer peut témoigner d'une aversion tenace pour ce qui touche à la science. Elle peut aussi refuser de s'engager à soutenir quelque solution que ce soit vis-à-vis des questions bioéthiques prises en considération, par crainte de heurter l'opinion publique ou les groupes de pression. Bref, elle peut rejeter l'idée même d'une disposition semblable à la disposition conciliatrice proposée. En l'occurrence, cette minorité suffit pour bloquer les premiers débats relatifs à celle-ci : son opposition de principe manifeste d'emblée qu'une telle disposition n'est pas à même de recueillir la majorité large que requiert son insertion dans la Constitution.

Certes, il ne semble pas impossible de vaincre l'aversion qu'affichent certains membres de la minorité vis-à-vis de la science, moyennant la mise en évidence du caractère irrationnel d'un tel sentiment. Mais il ne s'agirait là que d'une ouverture partielle. La crainte de déplaire à l'opinion publique et aux lobbies, pour sa part, risque de ne pas pouvoir être surmontée aussi aisément. Le blocage a des chances de demeurer.

En tout état de cause, dans les hypothèses où il n'en irait pas ainsi, il est très probable qu'un même constat d'échec s'impose un cran plus loin, du point de vue du *contenu* de la disposition envisagée. Car ici encore, des difficultés majeures se dessinent.

Le constituant doit surmonter les obstacles objectifs propres au domaine, sur lesquels la solennité de la Constitution n'a pas d'incidence à proprement parler, mais qui sont susceptibles d'allonger les débats relatifs au contenu de la disposition. S'ajoutent à ces obstacles, qui s'imposent au constituant d'une même manière qu'à toute autre autorité, ceux dont les exigences formelles propres à son action tendent à accroître l'ampleur.

Ce sont divers types de problèmes qui ne présentent pas une nature proprement biomédicale. On peut concevoir par exemple qu'une majorité large ne se dégage pas de prime abord au sujet de l'emplacement de la disposition au sein du texte constitutionnel, ou concernant la formulation précise à donner à tel principe accepté par le plus grand nombre. Sachant que de tels écueils ne devraient pas s'avérer insurmontables : ils devraient avoir pour seul effet de ralentir le processus d'adoption de la disposition.

C'est aussi, et surtout, l'obstacle subjectif qui tient aux opinions des participants au débat, soit les divergences de vues exacerbées qui caractérisent la matière bioéthique. L'exigence de réunir le consensus large et durable requis par l'adoption de toute disposition constitutionnelle risque ici de s'avérer très difficile, sinon impossible à rencontrer. Ceci en raison de la finalité poursuivie par la disposition conciliatrice suggérée, qui cherche à résoudre en tant que telles les questions bioéthiques sur lesquelles elle porte. Une telle finalité tend à multiplier les foyers de conflit : de profondes divergences de vues peuvent se manifester non seulement en rapport avec la signification de certaines normes directrices pertinentes mais aussi sur la manière de pondérer l'ensemble des impératifs à prendre en compte dans l'optique d'assurer la réalisation du bien public. Que le plus grand nombre puisse dépasser de telles divergences et procurer aux questions retenues une solution dont il est entendu qu'elle ne pourra être modifiée rapidement s'avère fort peu probable. Le débat risque de déboucher sur une impasse. D'autant qu'à ce stade, la crainte de heurter l'opinion publique ou les lobbies peut refaire surface : non plus quant au principe même d'une résolution des questions bioéthiques envisagées mais à propos de telle solution précise avancée à leur sujet.

Manifestement, les obstacles s'accumulent dans le chef du constituant saisi d'une proposition de disposition conciliatrice. À son niveau, le processus d'adoption de pareille disposition, que les autorités investies de la fonction de gouvernement ont déjà du mal à mener à bien, a de grandes chances de ne pas aboutir : les exigences plus strictes imposées à son action renforcent à ce point les difficultés à surmonter qu'elles rendent son immobilisme très probable. Elles risquent donc de susciter par anticipation un même immobilisme dans le chef de tout qui a la faculté de le saisir d'initiatives visant à le mettre en mouvement. Sachant que, quand bien même cette double inertie se trouverait vaincue, ce serait au prix d'un allongement tout particulier du processus normatif. L'impact de la solennité inhérente à la Constitution, en l'occurrence, équivaut à celui évoqué dans l'analyse *a priori*.

Une conclusion plus nuancée s'impose en ce qui concerne les dispositions *révélatrices*, dont la finalité propre, tenant à la mise en lumière du consensus implicite qui se forge autour de normes directrices peu lisibles, tend à les situer d'une façon différente au regard des exigences formelles qui traduisent la solennité de la Constitution.

Saisi d'une proposition de disposition dite révélatrice, le constituant risque ici encore d'aboutir à un constat d'échec prématuré ; autrement dit, de ne pas parvenir à un accord sur le *principe* même d'une telle disposition. Ceci en raison des obstacles subjectifs qui, amplifiés par la solennité de la Constitution, conduisent à un tel résultat au niveau des dispositions conciliatrices. En l'occurrence, néanmoins, ces obstacles tendent à s'imposer de manière moins affirmée qu'au niveau de ces dernières.

Certes, il est probable que l'aversion de certains participants au débat pour ce qui touche à la science demeure d'actualité. Mais, comme on l'a relevé en évoquant les dispositions conciliatrices, un tel facteur ne devrait pas s'avérer insurmontable, même lorsqu'il est question de convaincre une majorité aussi large que celle requise pour l'intervention du constituant.

Par ailleurs, la crainte de déplaire aux milieux professionnels, plus largement à l'opinion publique, peut se trouver atténuée par rapport à ce qu'elle est dans le contexte des dispositions à visée conciliatrice. Bien sûr, l'impression peut s'imposer que la révélation envisagée va à l'encontre des souhaits formulés par une frange importante de la société à la lumière de ses

besoins immédiats, ou par des minorités actives qui manifestent avec virulence leurs opinions particulières. Mais il ne s'agit pas ici de poser des choix précis semblables à ceux qui caractérisent les dispositions conciliatrices : nulle réponse concrète aux questions bioéthiques en cause ne doit ressortir des débats constitutionnels. La confrontation aux revendications que les uns et les autres formulent au sujet de ces questions s'avère donc moins frontale. Conséquence : les participants au débat peuvent afficher une plus grande détermination à s'engager. Il est moins probable de voir une minorité bloquer les débats constitutionnels dès ses premiers stades, ou du moins de persister dans cette attitude au point de conduire à l'échec des discussions préliminaires.

Le principe de la disposition révélatrice a davantage de chances de se voir accepté par le constituant que celui d'une disposition conciliatrice. Restent bien évidemment les difficultés liées au *contenu* de la disposition.

Ici encore, le constituant ne manque pas de se heurter à certains obstacles objectifs qui marquent le domaine de la biomédecine. Mais non à tous. Ainsi, il est probable que l'atténuation des distinctions conceptuelles traditionnelles demeure d'actualité. Les difficultés liées à l'interprétation de la norme directrice sur laquelle s'appuie la disposition révélatrice en projet laissent en effet supposer qu'un tel facteur joue au regard du faisceau de questions bioéthiques auquel renvoie cette dernière. Par contre, les facteurs tels que le nombre et la diversité des disciplines juridiques impliquées ou la difficulté d'évaluer les risques qui s'attachent aux moyens innovants de la biomédecine ont de grandes chances de demeurer sans effet. Ceci à nouveau parce que la disposition en projet ne cherche pas à procurer aux questions bioéthiques une réponse précise appelant une appréciation concrète de leurs tenants et aboutissants ; elle vise seulement à leur fournir un élément de réponse, issu d'une recherche d'ordre fondamental propre à dégager le sens des valeurs sociales partagées.

Si, pour l'essentiel, les conditions formelles qui concrétisent la solennité de la Constitution sont dénuées d'effets sur les obstacles objectifs qui restent en lice, elles peuvent par contre, comme au niveau des dispositions conciliatrices, accentuer un ensemble de difficultés liées à des considérations qui ne sont pas spécifiquement biomédicales. Surtout, elles amplifient l'obstacle subjectif tenant aux divergences d'opinions marquées qui caractérisent le domaine. Car ces divergences demeurent ici bien vivaces : par hypothèse, la disposition suggérée cherche à éclairer la signification d'une norme directrice qui fait l'objet de lectures différentes dans le chef des uns et des autres vis-à-vis du faisceau de questions bioéthiques considéré. La difficulté de réunir la majorité large requise pour l'insertion dans la Constitution reste donc d'actualité.

Néanmoins, contrairement à la situation qui se présente du point de vue de la disposition conciliatrice, une piste tend ici à se dessiner pour sortir de l'impasse. Elle tient à l'exercice même de révélation auquel la disposition en projet invite à procéder[15]. Il incombe à chaque participant au débat de faire abstraction des questions biomédicales concernées et de la perception très personnelle qu'il développe à leur sujet, source de conflits de valeurs aigus, pour en revenir à l'essentiel de la conception de l'homme qui est la sienne. Ceci afin de nouer le dialogue avec les autres intervenants qui entament la même démarche, de mettre en lumière

[15] Le ou les auteurs de la proposition de disposition se seront efforcés de mener cet exercice à bien, précisément parce que leur objectif est d'éclairer la signification problématique de la garantie constitutionnelle générale qui retient leur attention. Il y a toutefois un risque qu'ils ne soient pas parvenu à une révélation au sens plein du terme. Tel pourrait être le cas notamment lorsque la proposition est le fait soit d'un parlementaire isolé, soit d'un groupe politique déterminé, ou lorsqu'elle reflète la position d'un groupe particulier au sein de la société. En toutes circonstances, les autorités qui en sont saisies sont donc appelées à procéder elles-mêmes à la démarche de révélation, pour corriger le tir le cas échéant.

les principes consensuels qui peuvent se dégager de leurs échanges et d'en déduire des indications quant à la signification de la norme directrice en cause au regard des questions biomédicales.

La solennité inhérente à la Constitution, en ce qu'elle requiert un accord large et durable sur la disposition à insérer, implique donc de donner à cette dernière le caractère d'une disposition réellement révélatrice. D'une disposition qui mette effectivement en lumière le consensus fondamental qui se forge autour de la norme directrice concernée. Toute autre disposition ne se serait pas en mesure de satisfaire aux exigences formelles qui traduisent cette solennité.

Dans le même mouvement, néanmoins, la solennité de la Constitution met en lumière toute la difficulté qu'il y a de procéder à l'exercice de révélation. Elle permet de mesurer l'ampleur des écueils susceptibles d'entraver l'adoption de dispositions qui prétendent inscrire dans la Constitution des éléments du consensus social fondamental.

Les conditions formelles qui entourent l'intervention du constituant supposent en effet qu'un grand nombre de participants au débat admettent d'élever celui-ci. Autrement dit, que beaucoup acceptent de s'arracher à leur perception très personnelle de la norme directrice en cause – à l'opinion particulière qu'ils développent au sujet des questions biomédicales considérées – pour mettre en lumière la substance de la conception de l'homme qui est la leur. Il se pourrait que certains refusent d'accomplir un effort aussi important, et qu'ils soient en nombre suffisant pour empêcher de réunir la majorité étendue requise par l'insertion dans la Constitution. Sans que l'on puisse exclure, toutefois, que la persévérance d'autres intervenants vienne à bout de leur résistance.

Un cran plus loin, les mêmes conditions formelles supposent qu'une large majorité de participants au débat trouvent au cœur du courant éthique auxquels ils adhèrent des éléments susceptibles de les rapprocher des autres courants en présence, envisagés à un même degré de profondeur. Or, il est possible que tel ne soit pas le cas. Les courants qui traversent une société donnée peuvent s'avérer suffisamment divergents, au cours d'une période déterminée de son évolution, pour empêcher ceux qui s'en font le porte-parole de s'accorder sur la signification de la norme directrice concernée, à tout le moins au regard du faisceau de questions biomédicales en cause. D'un autre côté, un tel exercice n'est pas non plus nécessairement voué à l'échec. En règle, les individus rassemblés au sein d'un État sont censés partager et avoir partagé un certain nombre d'affinités et d'expériences communes. Divers facteurs tendent à les rapprocher, qui peuvent contribuer à la formation d'un consensus fondamental d'où déduire les indications recherchées au regard des questions concernées. En réalité, tout dépend de la société en cause. Plus exactement de son degré d'homogénéité au moment considéré.

L'ensemble de ces indications l'attestent : l'insertion constitutionnelle d'une disposition révélatrice ne s'impose pas comme une évidence. Elle n'apparaît pas non plus affectée du faible degré de vraisemblance qui caractérise celle d'une disposition conciliatrice. Une indéniable nuance s'impose par rapport au constat formulé *a priori* concernant l'impact de la solennité inhérente à la Constitution : l'immobilisme des autorités constituantes saisies d'initiatives tendant à l'adoption de dispositions révélatrices se présente comme un risque non négligeable mais non comme une attitude plus que probable. De sorte qu'il ne devrait pas décourager ces initiatives outre mesure.

Il reste que les difficultés recensées devraient se traduire en toute hypothèse par une lenteur particulière du processus d'adoption de la disposition – plus encore si la Constitution impose l'écoulement de délais entre les différentes phases de la procédure de révision. Cette dernière observation marque les limites de l'exercice d'insertion lorsque celui-ci est envisagé du point de vue des dispositions révélatrices, qui ont vocation à ne pas demeurer isolées. Elle montre que le constituant serait bien en peine de procéder à une approche à ce point globale du champ de la biomédecine qu'il en viendrait à insérer des dispositions révélatrices concernant chaque garantie pertinente en ce domaine, envisagée sous l'angle de chaque faisceau de questions bioéthiques qui pose question quant à sa lisibilité. Compte tenu de l'ampleur et de la diversité du champ biomédical combinées aux difficultés qui caractérisent l'insertion des dispositions de ce type, pareille approche globale n'apparaît guère concevable[16].

Dispositions conciliatrices, dispositions révélatrices : il reste à envisager les dispositions indicatives à visée *traductrice*. À leur égard, c'est un bilan différent qui tend à s'imposer. Comme on l'a relevé, en effet, celles-ci visent à exprimer les convergences qui se dessinent autour de la signification d'une norme directrice donnée, du point de vue d'un faisceau de questions bioéthiques déterminé, dans l'optique d'atteindre une finalité étrangère à la biomédecine – justifier les compétences d'une collectivité, rompre avec un passé dont les excès sont dénoncés, etc. Ces particularités ne vont pas sans jouer sur l'aptitude du constituant à insérer la disposition.

Tout d'abord, les obstacles subjectifs susceptibles d'entraver la formation d'un accord sur le *principe* de celle-ci s'avèrent ici affaiblis, sinon inexistants. Ainsi, l'aversion que peut manifester l'auteur de la règle de droit pour ce qui a trait à la science se trouve effacée, ou du moins très émoussée, du fait que la finalité ultime de la disposition suggérée est étrangère au domaine biomédical. De la même manière, la crainte de poser des choix qui déplaisent à l'opinion publique et aux lobbies a des chances de se trouver grandement atténuée : la disposition suggérée vise à exprimer un consensus préexistant, de sorte qu'elle ne devrait pas introduire en matière bioéthique un élément novateur susceptible de susciter une opposition farouche du corps social, ni même d'encourir de multiples objections des milieux professionnels concernés. Concrètement, l'exigence d'un consensus aussi étendu que celui requis pour l'intervention du constituant ne saurait donc amplifier de tels facteurs au point d'en faire des obstacles majeurs à l'adoption de la disposition traductrice. Un large accord sur le principe de celle-ci demeure probable.

Il est vrai que des dissensions pourraient se dessiner en rapport avec la finalité étrangère à la biomédecine que se donne la disposition : certains pourraient estimer qu'une telle finalité ne mérite pas de retenir l'attention du constituant, ou qu'elle ne doit pas être poursuivie au moyen de la disposition traductrice envisagée. Il y a des chances, toutefois, que les divergences de vues liées à de telles considérations n'atteignent pas l'ampleur de celles qui se développent au regard de maintes problématiques biomédicales, de sorte que la réunion d'un large accord autour de la disposition demeure envisageable.

En ce qui concerne le *contenu* de la disposition, ensuite, il apparaît que le constituant saisi d'une proposition de disposition traductrice ne se heurte guère aux obstacles objectifs qui caractérisent la matière bioéthique. Ni le nombre et la diversité des disciplines juridiques impliquées, ni l'évaluation des bénéfices et des risques inhérents aux moyens biomédicaux n'entrent ici réellement en ligne de compte, comme du point de vue des dispositions

[16] On retrouve là l'une des raisons qui ont amené à prendre en compte un schéma dit réalise dans l'analyse de l'effet incitatif des dispositions indicatives (*supra*, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 2).

révélatrices : la disposition traductrice ne vise pas à apporter une réponse aux questions bioéthiques qu'elle concerne ; elle a seulement pour effet d'éclairer un peu un élément de réponse à ces questions. En outre, il est vraisemblable que l'atténuation des distinctions conceptuelles traditionnelles ne joue guère de son point de vue. Car, par hypothèse, cette disposition se rapporte à une norme directrice dont l'interprétation ne soulève pas de difficultés particulières au regard du faisceau de questions bioéthiques considéré. Difficultés qui ne manqueraient pas de surgir si les concepts censés structurer l'appréhension de la réalité devaient s'avérer problématiques dans le contexte de ces dernières.

Pour le reste, les exigences formelles qui entourent l'intervention du constituant s'imposent par hypothèse. Ici encore, elles peuvent soulever des difficultés. Elles peuvent accentuer les obstacles qui ne présentent pas une nature biomédicale à proprement parler, obstacles qu'il faut prendre le temps de surmonter. Mais, en l'occurrence, elles n'entrent pas en synergie avec l'obstacle subjectif tenant aux divergences de vue exacerbées qui marquent nombre de questions biomédicales. Un tel obstacle fait ici défaut par définition : la disposition cherche à traduire un consensus préexistant. De sorte que la réunion d'un large accord autour du contenu de la disposition ne doit pas poser de problèmes plus marqués qu'en d'autres matières.

Certes, l'obtention d'un tel accord suppose que la disposition exprime effectivement les convergences qui se dessinent quant à la signification de la norme directrice sur laquelle elle porte. Les conditions formelles qui matérialisent la solennité de la Constitution, en l'occurrence, requièrent qu'elle soit réellement traductrice. Mais s'il devait s'avérer qu'elle ne l'était pas dans la forme initiale que lui donne l'auteur de la proposition visant à son adoption, sa rectification dans le sens voulu ne soulèverait pas de difficultés particulières, précisément en raison du large consensus préexistant qui se dessine sur l'interprétation qu'elle cherche à refléter.

Il s'avère donc que, du point de vue des dispositions traductrices, l'impact de la solennité de la Constitution tend à se réduire à ce qu'il est dans le cadre de domaines étrangers à la biomédecine. Il y a des chances que les conditions formelles relatives à l'intervention du constituant ne suscitent pas l'immobilisme de celui-ci dans l'hypothèse où il est saisi d'un projet de disposition de ce type. Par conséquent, ces conditions ne devraient pas décourager les initiatives tendant à soumettre de tels projets à son attention. Quant à la lenteur du processus d'adoption de la disposition, elle devrait être bien réelle, mais une fois encore pas davantage qu'en d'autres secteurs.

B. Les nuances propres à la disposition incitative

Qu'elle s'inscrive dans l'orbite des normes directrices et des normes structurantes ou qu'elle s'attache tout entière à la sphère de ces dernières, la disposition à visée incitative se donne pour objet d'engager les autorités investies de la fonction de gouvernement à se saisir des questions biomédicales en faisant œuvre cohérente et responsable. Elle se préoccupe d'assurer la pleine et entière réalisation du modèle constitutionnel de l'approche bioéthique. De ce fait, elle se situe d'une manière particulière par rapport aux exigences formelles qui traduisent la solennité de la Constitution. En l'occurrence, c'est au niveau du *principe* de la disposition que se dessinent l'essentiel des difficultés.

De ce point de vue, il est probable que le constituant saisi d'une proposition de disposition incitative se heurte aux obstacles subjectifs traditionnels qui tiennent à l'état d'esprit des

participants au débat. L'un d'eux, en particulier, prend du relief au regard de l'objet de la disposition. La crainte de heurter les lobbies professionnels peut en effet s'avérer plus grande lorsqu'il s'agit d'insérer dans la Constitution une confirmation de la prépondérance des autorités au sein de l'approche bioéthique plutôt qu'un ensemble d'indications en rapport avec un faisceau de questions biomédicales spécifiques. D'autant qu'à cet égard, les revendications des professionnels peuvent trouver à s'exprimer avec davantage de virulence. Mais l'obstacle renvoie ici à un écueil plus fondamental. Car l'insertion de la disposition incitative tend à aviver les divergences de vues qui peuvent se manifester, parmi les participants au débat eux-mêmes, vis-à-vis du modèle constitutionnel de l'approche bioéthique.

De telles divergences ne sont pas le monopole des débats propres à une telle disposition. On ne saurait exclure qu'elles interfèrent dans les discussions qui se rapportent à l'insertion de dispositions indicatives, et en particulier de dispositions conciliatrices ou révélatrices : d'aucuns peuvent être tentés de contester l'utilité de celles-ci au motif qu'elles sont destinées à régir l'action d'autorités dont ils rejettent l'intervention en matière biomédicale. Mais il est probable que ce genre de considérations demeurent alors le fait des partisans les plus radicaux du modèle dit de l'approche professionnelle[17]. Les tenants d'une conception nuancée de celui-ci, plus nombreux, devraient rejoindre les partisans du modèle constitutionnel pour admettre l'insertion de dispositions indicatives, dispositions censées à leurs yeux pouvoir orienter l'action des professionnels auxquels ils prêtent un rôle majeur.

Tel n'est pas le cas du point de vue de la disposition incitative. L'objet de celle-ci conduit à une opposition frontale entre adversaires et défenseurs du modèle constitutionnel de l'approche bioéthique. Cette opposition présente une autre nature que celles qui se manifestent vis-à-vis des réponses à procurer aux questions biomédicales de fond. Très logiquement, néanmoins, elle se trouve amplifiée d'une même manière par les exigences formelles qui entourent l'intervention du constituant : au nom de son opposition au modèle constitutionnel, une minorité significative est en mesure de bloquer l'adoption de la disposition en empêchant de réunir la majorité étendue qu'elle requiert. Sachant qu'un tel blocage ne s'avère pas nécessairement insurmontable : certains pourraient être amenés à revoir leur position à la lumière des arguments qui plaident en faveur de la prépondérance des autorités constituées au sein de l'approche bioéthique. Ce qui suppose, dans le chef des partisans du modèle constitutionnel, de prendre le temps d'exposer de tels arguments avec clarté.

Pour autant que le principe de la disposition incitative soit acquis, le *contenu* de celle-ci ne doit guère soulever de difficultés. Tant les obstacles objectifs qui caractérisent le domaine biomédical que l'obstacle subjectif traditionnel qui tient aux conflits de valeurs marqués propres à celui-ci font en effet défaut ici : ils concernent l'approche des questions biomédicales de fond qu'elle n'appréhende pas directement. L'insertion se donne ici un caractère surplombant. C'est l'ensemble du domaine de la biomédecine qui est pris en compte. Concrètement, seuls demeurent donc en lice les obstacles qui ne présentent pas une nature spécifiquement biomédicale – toujours amplifiés par les exigences formelles qui traduisent la solennité de la Constitution. Des difficultés peuvent par exemple se dessiner concernant la formulation et l'emplacement de la disposition incitative, compte tenu des différentes alternatives qui se présentent de ce point de vue. Elles doivent néanmoins pouvoir être surmontées moyennant un approfondissement du débat.

[17] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 1er.

En somme, c'est à nouveau un constat nuancé qui s'impose concernant l'impact de la solennité de la Constitution. Les exigences formelles qui traduisent celle-ci peuvent rendre malaisée l'adoption de la disposition incitative, sans nul doute. Avec cette particularité qu'elles amplifient l'effet obstructif d'obstacles qui, pour l'essentiel, ne figurent pas au rang de ceux qui favorisent l'immobilisme des autorités investies de la fonction de gouvernement face aux questions biomédicales de fond. Mais ces exigences ne tendent pas à renforcer un ensemble à ce point imposant de difficultés qu'elles conduiraient à présenter l'immobilisme du constituant comme l'hypothèse la plus vraisemblable. L'adoption de la disposition incitative demeure concevable, moyennant un allongement probable du processus normatif.

§ 2. LES NUANCES LIÉES AU DEGRÉ DE LA SOLENNITÉ

Les dispositions pressenties pour une insertion constitutionnelle en matière biomédicale ne se positionnent pas de la même manière par rapport à un ensemble d'exigences formelles constantes dont la rigueur traduit de manière effective la solennité inhérente à la Constitution, propre à distinguer cette dernière de toute autre norme. C'est là un premier facteur de relativité à introduire dans l'analyse de l'obstacle formel à l'insertion. À l'évidence, un autre facteur de ce type doit venir le compléter. Il tient à la diversité des procédures imposées par les Constitutions en vue de leur révision – diversité que l'on a brièvement évoquée plus haut[18].

Pareil facteur, en effet, ne traduit pas le souci qu'aurait chaque Constitution de recourir à des modalités propres, adaptées aux caractéristiques du groupement humain qu'elle organise, pour obtenir un résultat en tous points identique à celui recherché par les autres Constitutions. En clair, pour se revêtir d'une solennité d'un degré exactement équivalent à celui qui caractérise celles-ci – ce qui serait d'ailleurs malaisé à assurer en pratique. Toute Constitution manifeste une préoccupation d'imposer des modalités de révision appropriées à la société concernée en vue de s'entourer d'une solennité elle-même inspirée des spécificités de cette dernière. Elle affiche un degré de solennité qui lui est spécifique. Les exigences formelles dont elle entoure sa révision la rapprochent plus ou moins des normes dont elle autorise et organise l'élaboration au sein de la société politique. Elles expriment ainsi une vision particulière de la suprématie et de la rigidité qui caractérise la Constitution en général. Autrement dit, une conception particulière de l'objet de celle-ci, qui se veut adaptée à la société en cause.

De toute évidence, la diversité des conditions formelles qui assurent la solennité de la Constitution ne peut qu'influencer l'aptitude du constituant à introduire au cœur de celle-ci les dispositions indicatives et incitatives liées à la biomédecine. Elle amène donc à nuancer les conclusions auxquelles aboutit l'analyse liée à l'objet de telles dispositions. Très concrètement, les spécificités propres à la révision d'une Constitution donnée peuvent imposer de faire basculer les dispositions dont l'insertion apparaît concevable dans la catégorie de celles dont l'insertion l'est beaucoup moins, ou inversement. Du moins lorsque ces spécificités sont assez marquées pour affecter grandement la solennité de la Constitution, soit en la renforçant beaucoup, soit en l'atténuant d'une manière remarquable. Quelques exemples illustrent le propos.

Certaines Constitutions présentent une solennité très marquée. Leur révision impose au constituant dérivé le respect de conditions particulièrement lourdes au regard de celles

[18] *Supra*, Section 1.

requises pour l'adoption de la loi ou de toute autre norme. Tel est le cas de la Constitution américaine : tout amendement à celle-ci doit être proposé soit par le Congrès statuant à la majorité des deux tiers de chacune des Chambres qui le constituent, soit par une Convention réunie à l'initiative des deux tiers des États, en vue d'une ratification par les trois quarts de ceux-ci[19]. Tel est le cas aussi de la procédure résiduaire prévue pour la révision de la Constitution du Canada[20] – qui vaut notamment pour tout amendement portant sur la Charte canadienne des droits et libertés –[21] : la modification constitutionnelle doit ici être approuvée par des résolutions de la Chambre des communes et du Sénat[22] formant le Parlement canadien, mais aussi par les assemblées législatives d'au moins deux tiers des dix provinces, dont la population confondue représente au moins la moitié de la population de ces dernières.

Des exigences aussi strictes ont pour effet de rendre les révisions constitutionnelles particulièrement rares[23]. Elles exercent également une influence sur la teneur de celles-ci : elles les orientent vers l'adoption de dispositions d'ordre général. Car, pour l'essentiel, seules de telles dispositions sont à même de réunir la majorité très large requise pour l'insertion, tout en présentant un caractère assez durable pour ne pas exiger une modification à court terme que ne permet pas la lourdeur des exigences imposées. De telles exigences traduisent ainsi une conception particulièrement rigoureuse de la Constitution et de son objet : celle d'une Constitution capable de traverser les âges.

Dans ce contexte, l'adoption de dispositions spécifiques à la biomédecine fait figure d'hypothèse sinon farfelue, du moins hautement improbable. Autant lorsqu'elles présentent une finalité conciliatrice que lorsqu'elles sont révélatrices, incitatives, et même traductrices. Matériellement parlant, en effet, les conditions formelles imposées à leur adoption devraient renforcer à ce point les obstacles qui entravent l'approche juridique de la biomédecine qu'elles devraient vouer à l'échec toute initiative visant à les faire adopter. D'autant que des résistances supplémentaires pourraient se dessiner au motif que ce genre de dispositions s'avèrent fort éloignées de l'objet très général que se donne la Constitution[24].

À l'opposé, d'autres Constitutions affichent une solennité fort peu marquée. La procédure qu'elles imposent pour leur modification ne se différencie guère de celle qui prévaut pour l'adoption de la loi et des autres normes juridiques. À cet égard, la Constitution suisse fait figure d'exemple type : pour être menée à bien, toute révision partielle de ses dispositions doit seulement être décrétée par l'Assemblée fédérale dans les formes législatives, et acceptée par la majorité du peuple et des cantons auxquels elle est obligatoirement soumise par la voie du référendum[25]. Semblable procédure se rapproche très fort de la procédure législative, qui présente pour seule différence d'inclure un référendum facultatif et non obligatoire[26].

---

[19] Const. américaine, art. V.
[20] L. const. de 1982, art. 38.
[21] H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2002, p. 239.
[22] Voy. toutefois l'art. 47 de la L. const. de 1982, suivant lequel « il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des communes et si cette dernière, après l'expiration du délai, adopte une nouvelle résolution dans le même sens ».
[23] Ainsi, la Constitution américaine n'a fait l'objet que de vingt-sept amendements depuis son adoption en 1787.
[24] De ce dernier point de vue, toutefois, des nuances gagnent à être prises en compte. En témoigne par exemple le XVIIIe amendement de la Constitution américaine (1918) qui visait à imposer la prohibition des alcools. Il est vrai que cet amendement a été supprimé quinze ans plus tard, par le XXIe amendement (1933).
[25] Const. suisse, art. 140, § 1er, a ; art. 192, § 2 ; art. 194, § 1er ; art. 195. La révision peut aussi être directement soumise au peuple par le biais d'une initiative populaire (Const. suisse, art. 139, § 1er et art. 194, § 1er).
[26] Const. suisse, art. 141.

En pareille hypothèse, les modifications constitutionnelles s'avèrent particulièrement aisées. Ce qui tend à accroître leur fréquence[27] tout en les ouvrant à des considérations très variées : la Constitution apparaît comme une norme attentive aux préoccupations très concrètes de la société et marquée par un certain mouvement. De ce fait, le constituant pourrait très bien adopter une série de dispositions spécifiques à la biomédecine : des dispositions traductrices, mais aussi des dispositions incitatives, révélatrices, voire même conciliatrices. Seules de faibles exigences formelles devraient en effet s'ajouter aux obstacles objectifs qui caractérisent la matière, n'amplifiant guère les difficultés que peut rencontrer l'auteur d'une norme juridique quelconque, et notamment les obstacles subjectifs auxquels celui-ci peut être confronté dans le domaine biomédical. De surcroît, le profil général que se donne la Constitution ne devrait pas avoir pour effet de s'opposer à l'insertion. De tels éléments contribuent à expliquer pourquoi une Constitution comme la Constitution suisse comporte un ensemble de dispositions spécifiques à la biomédecine, et notamment les dispositions à visée conciliatrice qui ont servi à illustrer les développements consacrés à celles-ci[28].

Il reste que la souplesse même des exigences formelles imposées à la révision de la Constitution peut s'avérer perverse.

D'une part, elle ouvre la voie à l'insertion de dispositions conciliatrices. C'est-à-dire à des normes dont le caractère durable n'est pas assuré dans une matière marquée par des évolutions accélérées : des normes qui risquent d'être rapidement dénoncées comme inadaptées au contexte biomédical au point de voir leur autorité minée en ce domaine[29]. Certes, les dispositions conciliatrices peuvent ici être révisées sans trop de difficultés. Mais, outre le temps qu'une telle opération ne peut manquer de prendre, ne serait-ce qu'en raison des obstacles propres à la matière bioéthique, elle risque d'entraîner la Constitution dans un mouvement de révisions successives qui fragilisent elles aussi l'autorité de la norme suprême.

D'autre part, cette même souplesse ouvre la voie à l'insertion de dispositions révélatrices qui pourraient ne répondre qu'imparfaitement à la finalité qui est la leur : des dispositions qui ne révéleraient pas à proprement parler le consensus social fondamental qui se forge autour des normes dont elles visent à éclairer la signification. Dès l'instant où les exigences formelles propres à la révision de la Constitution n'imposent pas de réunir – de quelque manière que ce soit – une large majorité autour des dispositions à insérer, le risque se présente en effet de voir la disposition adoptée faire écho aux seules préoccupations d'un courant dominant dans la société, au détriment de celles des courants qu'il y côtoie.

---

[27] A. Auer, G. Malinverni et M. Hottelier notent ainsi que la Constitution suisse, dans sa version du 29 mai 1874, a fait l'objet, entre cette date et le 1er janvier 1999, de pas moins de 149 révisions partielles (A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *op. cit.*, p. 485).

[28] *Supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section 1, § 2. En ce qui concerne l'exemple suisse, il faut ajouter que la faible solennité qui caractérise la Constitution s'accompagne d'autres éléments contribuant à favoriser l'adoption de dispositions spécifiques à la biomédecine. C'est l'initiative populaire, qui peut contourner l'immobilisme dont seraient tentées de faire preuve – par anticipation – les autorités dotées du pouvoir d'amorcer une révision constitutionnelle. Ainsi l'art. 119 relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain est-il le résultat d'une initiative de ce genre. C'est également la possibilité de contourner le filtre que constitue les autorités, dès l'instant où l'initiative populaire doit être soumise aux peuples et aux cantons par la voie d'un référendum dont le résultat dicte la décision. Divers obstacles propres à la matière biomédicale tendent ainsi à disparaître, ou du moins se présentent-ils de façon atténuée: facteurs objectifs tenant par exemple à l'insuffisance des connaissances scientifiques dont peuvent faire état les autorités ; facteurs subjectifs tenant à l'état d'esprit de ces dernières.

[29] Il faut rappeler que c'est par rapport à la Constitution suisse que les difficultés inhérentes aux dispositions traductrices ont été illustrées.

CHAPITRE II. LES OBSTACLES MATÉRIELS

L'insertion dans la Constitution de dispositions spécifiques à la biomédecine passe nécessairement par le respect d'un ensemble d'exigences formelles qui traduisent la spécificité de la norme appelée à leur servir de support. La question se pose tout naturellement de savoir si elle ne doit pas également prendre en compte des limites d'un autre type : des limites d'ordre matériel, tenant aux obligations que le constituant se devrait d'observer au moment de statuer dans le respect des conditions de forme inhérentes à son intervention.

Certes, comme on l'a relevé en son temps[30], l'action du constituant est en principe souveraine. L'auteur de la Constitution est libre d'adopter toute disposition qui lui paraît opportune : il peut poursuivre comme il l'entend l'objectif éminent qu'il se donne en cherchant à assurer la réalisation efficace du bien public au cœur de la société. Mais le principe ne connaît-il pas des exceptions ? Le constituant n'est-il pas tenu d'observer à tout le moins quelques exigences précises dont il ne pourrait s'écarter sous quelque prétexte que ce soit, même au nom de cet objectif ? Concrètement, ces exigences ne font-elles pas obstacle à l'insertion des dispositions indicatives et incitatives utiles à l'approche bioéthique ?

De toute évidence, la formulation d'une réponse circonstanciée à ces questions supposerait de développer une analyse attentive à des considérations théoriques, des controverses doctrinales, des hypothèses particulières dont l'examen n'a pas sa place dans la présente étude[31]. On se fixe dès lors une tâche plus modeste : on évalue l'*aptitude générale* des restrictions présentées comme des limites matérielles à l'adoption et à la révision de la Constitution à entraver l'insertion de dispositions indicatives et incitatives en rapport avec la matière bioéthique. On apprécie le *potentiel général d'obstruction* de ces restrictions au regard de telles dispositions.

Pour ce faire, on recourt à la distinction traditionnelle qui prévaut du point de vue de la problématique des limites matérielles. On s'attache dans un premier temps à celles qui sont *internes* à la Constitution : celles que le constituant originaire pourrait avoir établies à l'intention du constitué dérivé. De telles limites font figure d'*obstacle improbable* à l'insertion des dispositions liées à la biomédecine (Section 1). On examine ensuite les limites matérielles *externes* qui pourraient s'imposer tant au constituant dérivé qu'au constituant originaire. Ces limites tendent à former un *obstacle restreint* à l'adoption des dispositions propres à servir l'approche bioéthique (Section 2).

SECTION 1. L'OBSTACLE IMPROBABLE DES LIMITES MATÉRIELLES INTERNES

Une première catégorie de limites matérielles se dessinent au sein même des Constitutions. Elles tiennent aux normes constitutionnelles érigées en clauses irréformables par des dispositions expresses de celles-ci : des normes que le constituant originaire a explicitement

[30] *Supra*, introduction du Titre premier.

[31] Comme en témoigne notamment l'analyse fouillée que M.-F. Rigaux a consacrée à la problématique (M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985).

soustraites à la procédure de révision qu'il a organisée par ailleurs. Le cas échéant, elles tiennent aussi aux normes constitutionnelles que la jurisprudence et la doctrine déclarent intangibles au nom « du sens global du texte, c'est-à-dire d'une sorte d'impératif implicitement inscrit dans une règle constitutionnelle ou se dégageant de l'esprit de la [Constitution] »[32].

De telles normes peuvent-elles faire obstacle aux dispositions pressenties pour l'insertion en matière biomédicale ? La question gagne à être abordée d'abord sous l'angle du *contenu* qu'elles présentent. Non à la lumière de leur relevé systématique au sein des Constitutions contemporaines mais au départ des classifications dont elles font l'objet dans les études qui leur sont consacrées[33].

Au rang des normes constitutionnelles érigées en clauses intangibles figurent en premier lieu des *normes structurantes*. Elles concernent la nature politique du régime étatique. La Constitution française, par exemple, indique que « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision »[34]. Elles se rapportent aussi, dans le prolongement, à l'organisation et au fonctionnement de la structure étatique. La Loi fondamentale allemande, notamment, interdit toute révision qui toucherait « à l'organisation de la Fédération en *Länder* » ou « au principe de la participation des *Länder* à la législation »[35] [36].

Il est évident que l'intangibilité de pareilles normes ne saurait soulever de difficultés en matière bioéthique. Elle ne saurait faire obstacle ni à l'insertion des dispositions *indicatives*, ni à celle de la disposition à visée *incitative* : telles qu'on les a définies, ces dispositions n'ont pas pour objet de mettre en cause le régime politique de l'État ou son organisation. Tout au plus la disposition incitative vise-t-elle à tirer pleinement parti de cette dernière en incitant les autorités à développer dans le domaine biomédical une action conforme au rôle de premier plan qui leur incombe dans la réalisation du bien public. De ce point de vue, les limites matérielles internes présentent donc un *potentiel d'obstruction nul*.

Au rang des normes constitutionnelles décrétées irréformables figurent aussi des *normes directrices*. À cet égard, l'exemple de la Loi fondamentale allemande s'avère parlant : le constituant allemand a expressément interdit de réviser le principe de l'intangibilité de la dignité reconnue à l'être humain, l'obligation pour les pouvoirs publics de respecter et de protéger celle-ci, le principe de la reconnaissance à l'être humain de droits inviolables et l'obligation pour les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire d'observer les droits énoncés aux articles 2 à 19 du texte constitutionnel[37].

Les limites matérielles de ce type, contrairement à celles de la première catégorie, interpellent davantage au regard des dispositions spécifiques pressenties pour l'insertion en matière biomédicale. Car, ainsi que le laisse entendre l'exemple, les normes directrices déclarées intangibles peuvent être de celles qui s'avèrent pertinentes en ce domaine : des normes appelées à servir de supports à ces dispositions spécifiques.

---

[32] *Ibid.*, p. 95.
[33] *Ibid.*, pp. 46-48 et 50.
[34] Const. française du 4 oct. 1958, art. 89, al 5. Pour d'autres exemples, voy. Const. italienne, art. 139 ; L. fond. allemande, art. 79, § 3 et art. 20, § 1er ; Const. portugaise, art. 288, b.
[35] L. fond. allemande, art. 79, § 3 et art. 20, §§ 1er à 4 ; Const. portugaise, art. 288, h, j, l, m et n.
[36] On notera encore que certaines limites, plus vagues, tiennent à des considérations telles que « l'indépendance nationale » (Const. portugaise, art. 288, a) ou « l'intégrité et l'unité du territoire national » (Const. algérienne, art. 178, § 6).
[37] Autant de principes énoncés à l'art. 1er de la L. fond., dont l'intangibilité est expressément prévue à l'art. 79, § 3. Pour d'autres exemples de limites internes de ce type, voy. Const. portugaise, art. 288, c à f.

Concrètement, les limites matérielles relatives aux normes directrices ne devraient pas pouvoir entraver l'insertion de la disposition à visée *incitative*, quand bien même cette dernière adopterait la solution hybride qui consiste à associer une composante directrice à une composante structurante. Sauf à interpréter l'intangibilité décrétée d'une manière à ce point radicale qu'elle ne tolérerait pas le moindre ajout aux normes directrices concernées, visant non pas à étendre, restreindre ou préciser leur portée mais à mettre en relief les obligations qu'elles emportent au sein d'un secteur donné de l'activité humaine. Dès lors que cette interprétation semble n'avoir guère de chances de l'emporter, on peut considérer que, du point de vue de la disposition incitative, les limites matérielles directrices présentent elles aussi un *potentiel d'obstruction nul*.

Il n'est pas inconcevable, par contre, que les mêmes limites puissent s'opposer à l'insertion des dispositions *révélatrices* et *traductrices*, qui visent soit à mettre en lumière, soit à confirmer la signification de normes directrices générales dans le contexte particulier de la biomédecine. De la même manière, il n'est pas impossible qu'elles entravent l'adoption des dispositions *conciliatrices*, qui cherchent à pondérer plusieurs garanties entre elles à la lumière des exigences du bien public. Envisagées d'un point de vue purement extérieur, ces trois catégories de dispositions ont en effet pour objet d'affecter la portée des normes directrices générales.

Il reste que, pour faire obstruction à leur adoption, l'intangibilité qui affecte les normes directrices auxquelles elles se rapportent devrait recevoir une interprétation large : elle devrait être entendue comme l'impossibilité de retoucher ces normes, même lorsqu'il ne s'agit pas de mettre en cause le principe des garanties qu'elles énoncent mais d'en préciser la portée dans un domaine particulier, à la lumière du consensus social fondamental et, le cas échéant, des exigences du bien public propres à orienter leur pondération. Or, une telle interprétation a des chances de ne pas l'emporter. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande a considéré que le caractère intangible de l'obligation faite aux pouvoirs d'observer les articles 2 à 19 de la Loi fondamentale n'empêche pas la révision ponctuelle de ces dispositions, l'intangibilité protégeant seulement le principe même du respect des droits fondamentaux, c'est-à-dire leur substance, dans l'optique d'éviter l'instauration d'un régime totalitaire par la voie juridique[38]. Compte tenu de cet élément, il semble que les limites matérielles directrices *aient peu de chances de pouvoir faire obstacle* à l'adoption des dispositions révélatrices, traductrices et conciliatrices.

En tout état de cause, il apparaît que les limites matérielles internes ne vont pas sans soulever une *objection de principe* qui met à mal leur capacité à obliger le constituant dérivé.

Une approche étroite et superficielle de ces limites conduit à considérer qu'elles s'imposent à ce dernier sans autre forme de procès. Qu'elles constituent autant de conditions de validité de la modification constitutionnelle, à l'instar des exigences formelles qui encadrent celle-ci. Autrement dit, que leur violation par le constituant dérivé affecte la régularité de l'opération de révision du fait qu'elle l'amène à agir en dehors de l'habilitation qui lui est conférée par le constituant originaire.

Mais une autre considération entre en ligne de compte. La logique qui conduit tantôt ce constituant originaire, tantôt la jurisprudence et la doctrine à élever certaines normes

[38] C. const. all., 15 déc. 1970 ; 23 avr. 1991. Voy. M. FROMONT et O. JOUANJAN, « Chronique – Allemagne », *A.I.J.C.*, 1991, pp. 371-373 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, pp. 304-305 ; M.-F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 90-92.

constitutionnelles au rang de clauses intangibles apparaît entachée d'une forme d'incohérence. Elle s'écarte en effet de la logique qui sous-tend la Constitution tout entière. Elle n'est pas en accord avec la finalité éminente que le constituant originaire donne à celle-ci.

D'un côté, ce dernier adopte un ensemble de dispositions dans l'objectif d'assurer la réalisation efficace du bien public au sein de la société concernée. Conscient du fait que des évolutions profondes ne manqueront pas d'affecter celle-ci au cours du temps, il organise aussi l'intervention d'un constituant dérivé. Il habilite un ensemble d'autorités à réviser ces dispositions, dans le respect de conditions formelles qui font écho à l'objectif éminent qu'il se fixe, afin que la Constitution puisse continuer à atteindre ce dernier malgré les effets du temps. Mais, d'un autre côté, le même constituant originaire manifeste l'intention, ou se voit prêter l'intention, d'empêcher le constituant dérivé de modifier certaines dispositions. C'est-à-dire de lui interdire de revoir celles-ci sous quelque prétexte que ce soit, même au nom de la finalité qui oriente la Constitution toute entière et qui explique l'existence de ce constituant dérivé. Il y a là une contradiction que l'importance des principes élevés au rang de normes intangibles ne justifie pas : de tels principes peuvent eux aussi s'éroder au fil du temps, donc requérir une adaptation au nom de la réalisation efficace du bien public.

Pour cette raison, les limites matérielles internes ne paraissent pas pouvoir former, en quelque matière que ce soit, un obstacle incontournable à l'intervention du pouvoir constituant dérivé. Ce dernier devrait pouvoir passer outre – quitte à réviser la disposition expresse qui les prévoit – en montrant que les dispositions qu'il s'apprête à insérer dans la Constitution répondent davantage à la finalité ultime qui caractérise cette dernière que les normes initialement adoptées par le constituant originaire. Cette optique fait écho à la tendance qui se dessine au sein d'une certaine doctrine, revenant à considérer que les limites matérielles internes ne sauraient bénéficier d'une autorité absolue[39]. Plus fondamentalement, elle renvoie au principe qui veut, suivant les termes de la Constitution française de 1793, qu'« une génération ne [puisse] assujettir à ses lois les générations futures », de telle sorte qu'« un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution »[40].

Une telle perspective laisse entrevoir que, quand bien même les limites matérielles internes énoncées par une Constitution donnée seraient interprétées de telle manière qu'elles feraient obstacles aux dispositions révélatrices, traductrices ou conciliatrices, elles ne seraient pas en mesure d'empêcher l'adoption de ces dernières. Comme on l'a relevé en son temps, en effet, de telles dispositions sont caractérisées par le fait qu'elles cherchent à assurer la réalisation du bien public dans le domaine de la biomédecine, et ce d'une manière plus efficace que les normes directrices générales auxquelles elles se rapportent. Du point de vue de la matière bioéthique, témoin d'une évolution profonde des sociétés contemporaines, elles devraient donc apparaître comme plus à même de répondre à la finalité ultime de la Constitution que les normes générales frappées d'intangibilité.

Bien sûr, on ne saurait exclure que les particularités propres à certains ordres juridiques viennent interférer avec de telles considérations. Ces dernières attestent néanmoins que les limites matérielles internes forment un *obstacle fort improbable* à l'insertion des dispositions indicatives et incitatives liées à la matière biomédicale.

---

[39] R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. I *Le système institutionnel*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 28-29 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, pp. 304-305 ; M.-F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 259.

[40] Const. française du 24 juin 1793, dite « Constitution de l'An I », art. 28. Voy. également la Const. française du 3 sept. 1791, qui stipulait que « la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution » (Titre VII, art. 1er).

SECTION 2. L'OBSTACLE RESTREINT DES LIMITES MATÉRIELLES EXTERNES

Des limites matérielles d'une deuxième catégorie entrent en ligne de compte. Elles tiennent cette fois à des normes extérieures à la Constitution, de sorte qu'elles sont susceptibles de s'imposer tant au constituant originaire qu'au constituant dérivé. On y range les règles du *droit naturel* (§ 1er) et celles *du droit international* (§ 2).

§ 1ER. LE DROIT NATUREL : UN OBSTACLE INCONSISTANT

Le droit naturel, on le rappelle, apparaît comme un ensemble de règles qui, préexistant à la volonté de l'homme parce qu'elles sont inscrites dans sa nature ou dans l'ordre des choses, ont vocation à imposer des limites au droit positif. Ces règles font l'objet d'un regain d'intérêt en matière bioéthique : comme on l'a noté, un modèle naturel de l'homme émerge en ce domaine, qui invite à appréhender les questions biomédicales directement à la lumière des exigences du droit naturel, c'est-à-dire en écartant les normes directrices inscrites dans la Constitution[41].

Il est évident qu'un tel modèle entretient des liens étroits avec la théorie suivant laquelle le constituant serait lui-même tenu d'observer les règles du droit naturel lorsqu'il adopte des dispositions indicatives et incitatives liées à la matière bioéthique. En clair, avec la théorie qui fait de ces règles un ensemble de limites matérielles imposées au constituant. C'est cette dernière qui retient ici l'attention – sans conduire, plus que le modèle naturel de l'homme, à aborder les questions séculaires que soulève l'affirmation d'une nature humaine ou d'un ordre des choses porteurs de règles de conduite.

À cet égard, la confrontation des dispositions pressenties pour l'insertion dans le domaine biomédical au seul *contenu* du droit naturel laisse entendre que ce dernier pourrait entraver au moins partiellement leur adoption par le constituant. À tout le moins lorsqu'elles cherchent à apporter une réponse ou un élément de réponse aux questions bioéthiques de fond, c'est-à-dire lorsqu'elles présentent une finalité révélatrice, traductrice ou conciliatrice.

Comme on l'a noté en rapport avec le modèle naturel de l'homme, en effet, le droit naturel apparaît, dans le chef de ceux qui l'invoquent, comme le fruit de leur propre vision de l'homme et du monde. Il tend à refléter à l'état pur leur conception éthique personnelle. Pour cette raison, il est très probable qu'il ne puisse pas pleinement s'accommoder de dispositions indicatives qui témoignent du souci de révéler ou traduire le consensus social fondamental, voire de pondérer les exigences propres à réaliser le bien public, au regard d'un faisceau de questions bioéthiques déterminé : par définition, la solution inscrite dans de telles dispositions est le fruit d'une série de renoncements consentis par rapport aux exigences propres à des conceptions éthiques données. Si les tenants de celles-ci peuvent y adhérer globalement, ils n'y trouvent pas pour autant la pleine satisfaction des revendications que leur suggère leur vision de l'homme et du monde.

Il reste que l'aptitude du droit naturel à faire obstacle aux dispositions indicatives ne prête guère à conséquence : les indications qui débouchent sur ce constat portent en leur flanc l'indice que ce même droit ne saurait s'imposer au constituant au titre de limites matérielles. Que le *principe* même de telles limites fait difficulté. Elles rappellent en effet que les règles

[41] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre II, Section 2.

du droit naturel, non contentes d'être dénigrées par les partisans du positivisme juridique, sont conçues de manière différente par les divers courants éthiques qui traversent les sociétés pluralistes contemporaines. Elles sont un facteur de division plutôt que d'union : elles présentent aux yeux des uns un contenu qui n'agrée par les autres, quand elles ne sont pas rejetées par ceux qui refusent l'existence d'une nature humaine ou d'un ordre des choses immuable d'où déduire des règles de conduite. Dans ce contexte, le constituant qui s'estimerait lié par le droit naturel serait bien en peine de déterminer quelles normes sont censées s'imposer à lui : un accord ne saurait être trouvé sur le contenu de ces limites. Par conséquent, la majorité large requise pour son intervention ne saurait être réunie en quelque occasion que ce soit. Le recours au droit naturel serait ferment d'un immobilisme intégral dans son chef. Ceci discrédite l'idée qu'il puisse faire figure de limite matérielle à son intervention. *Le droit naturel ne saurait faire obstacle à l'action du constituant*, notamment au regard du domaine biomédical.

On notera qu'aux côtés de la conception traditionnelle du droit naturel ici évoquée, une autre conception, plus récente, tend à se profiler. Elle affleure notamment chez B. Mathieu, qui voit dans la Constitution le vecteur d'un droit naturel dont elle assure l'inscription dans le droit positif – ce dernier demeurant seule source du droit. Dans cette optique, le droit naturel ne recouvre pas un « corps de règles fixes [...] décrivant une nature humaine immuable »[42]. Il apparaît plutôt comme un ensemble de principes renvoyant aux attributs de l'homme qui marquent son humanité, comme « le système de valeurs le plus fondamental d'une société »[43]. Un système qui rassemble plutôt qu'il ne divise. Le tronc commun des principales conceptions de l'homme en présence dans la société, qui se dégage de celles-ci dès lors qu'elles sont renvoyées à l'essentiel[44].

Ainsi conçu, le droit naturel ne se profile plus comme un ensemble de limites matérielles auxquelles le constituant devrait se conformer lorsqu'il poursuit l'objectif qu'il se donne, c'est-à-dire lorsqu'il cherche à assurer la réalisation efficace du bien de tous. Il évoque en réalité le contenu même de la Constitution adoptée dans cet objectif : il recouvre les valeurs sociales partagées par les membres de la société qu'elle régit, énoncées dans l'optique d'orienter les autorités constituées vers la réalisation d'un certain bien public. Il va de soi qu'un tel droit naturel ne peut que susciter l'approbation.

§ 2. LE DROIT INTERNATIONAL : UN OBSTACLE MODESTE

Les normes élaborées au niveau international sont-elles en mesure de limiter la marge de manœuvre du constituant qui manifesterait, après leur adoption, le souci d'intervenir dans la résolution des questions biomédicales ? La problématique entretient des liens étroits avec celles qui ont été abordées lorsqu'on a déterminé en quoi le droit international peut procurer des balises incitant au rejet des influences et délégations abusives[45] ou un appui dans la mise en œuvre des normes directrices de la Constitution[46]. Les précisions fournies à ces occasions offrent des pistes de réponse à une question dont les tenants et aboutissants méritent à eux seuls de faire l'objet d'une étude à part entière.

---

[42] B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 418.
[43] B. MATHIEU, « Constitution et génome... », *op. cit.* , p. 550.
[44] *Ibid.* , p. 550 ; IDEM, « La difficile appréhension de la bioéthique par le droit constitutionnel », Communication au deuxième Congrès français de droit constitutionnel, Bordeaux, 13-15 mai 1993, *Les Petites Affiches*, 1993, n° 70, p. 5 ; IDEM, « La place des normes constitutionnelles dans le droit de la bioéthique », *in* B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Economica, 2003, p. 68 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, pp. 418 et 502.
[45] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B.
[46] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, B.

Ici encore, c'est le *contenu* des limites matérielles potentielles qui retient l'attention dans un premier temps. À cet égard, il apparaît d'emblée que l'insertion d'une disposition constitutionnelle à visée *incitative* a peu de chances de se heurter aux exigences formulées au niveau international, qui présentent de leur point de vue un *faible potentiel d'obstruction.*

Aucune exigence de ce type ne formule en effet un principe général contraire à celui qui sous-tend la disposition incitative : nulle norme politique, conventionnelle ou unilatérale ne cherche à interdire aux autorités constituées d'agir en vue d'assurer la réalisation du bien public au sein de la société où elles évoluent. Il est vrai que certains traités internationaux peuvent avoir investi les institutions internationales qu'ils mettent sur pied – celles de l'Union européenne en l'occurrence – de la faculté d'exercer une série de compétences que les autorités nationales acceptent de ne plus assumer isolément mais en commun avec celles d'autres États. Avec pour conséquence d'empêcher ces autorités d'intervenir sur les questions biomédicales englobées dans le champ des compétences concernées, sauf à mettre en œuvre les normes édictées à leur sujet dans le cadre des institutions internationales en cause. Mais un tel procédé est censé reposer sur une autorisation expresse de la Constitution des États qui ont consenti la délégation[47]. Autorisation que la disposition incitative n'aurait pas pour objet de remettre en cause : elle devrait être interprétée à la lumière de cette délégation.

Pour le reste, la préoccupation qu'affiche la disposition incitative d'amener les autorités à intervenir dans le domaine biomédical ne heurte pas celle qui sous-tend les normes internationales pertinentes en cette matière : de quelque nature qu'elles soient, celles-ci cherchent à assurer la concrétisation des réponses qu'elles énoncent au sein des ordres juridiques internes. Seul le souci du constituant d'insister sur l'action responsable des autorités pourrait le cas échéant faire difficulté : il pourrait aller à l'encontre de normes internationales qui seraient le fruit d'influences abusives ou qui prôneraient des délégations abusives dans le domaine biomédical. De telles normes devraient néanmoins concerner des questions ponctuelles, de sorte qu'elles ne devraient pas pouvoir constituer un obstacle sérieux au rejet constitutionnel de ce type d'attitudes.

Les dispositions *indicatives*, quant à elles, ont davantage de chances de s'inscrire en faux contre les normes internationales. Il n'est pas inconcevable, en effet, que les réponses ou éléments de réponse qu'elles procurent aux questions bioéthiques dont elles se préoccupent s'écartent de ceux formulés au niveau international en rapport avec les mêmes questions. De telles situations ne devraient cependant pas se multiplier. *Le potentiel d'obstruction des normes internationales ne devrait pas jouer dans la majorité des cas.*

Il apparaît ainsi que les normes internationales générales, essentiellement conventionnelles, ne sont guère en mesure de faire obstacle à l'insertion de dispositions indicatives. Du moins en tant que telles, c'est-à-dire lorsqu'elles ne font pas l'objet d'une jurisprudence internationale qui en développe le contenu. Leur généralité même – parfois plus prononcée encore qu'au niveau constitutionnel – révèle en effet qu'elles ne comportent pas d'indications semblables à celles que le constituant cherche à introduire au regard des normes constitutionnelles correspondantes. Elles ne sauraient donc faire obstacle à la révélation ou à la traduction du contenu de celles-ci, pas davantage qu'à leur conciliation à la lumière des exigences du bien public, dans le contexte particulier de la matière biomédicale.

[47] Voy. par exemple Const. belge, art. 34 ; Const. française du 4 oct. 1958, art. 88-1.

Un conflit peut par contre se dessiner dans les hypothèses où les normes conventionnelles – celles de la Convention européenne des droits de l'homme pour l'essentiel – ont été mises en œuvre, au regard d'un ensemble de questions bioéthiques ou de questions approchantes, par le juge international chargé d'en assurer le respect par les États. Il n'est pas inconcevable que l'éclairage dont elles font l'objet au niveau international aille à l'encontre des précisions que le constituant entend fournir en adoptant telles dispositions indicatives liées à la biomédecine. L'exercice de révélation ou de traduction comme l'entreprise de conciliation peuvent aboutir au regard de la Constitution nationale à des résultats différents de ceux auquel est arrivé le juge international sur la base des dispositions similaires de la convention dont il assure l'application.

Il faut toutefois garder à l'esprit les particularités qui affectent la jurisprudence internationale au regard de questions aussi sensibles que les questions biomédicales. Comme on l'a relevé[48], en effet, cette jurisprudence est loin de couvrir l'ensemble de ces dernières. De surcroît, le juge international manifeste en la matière un souci particulier de limiter la portée de ses décisions, en évitant d'étendre celles-ci au-delà des besoins propres aux cas particuliers dont il est saisi. Mieux : là où il est amené à se prononcer, il s'avère très attentif à la diversité des sensibilités nationales, de telle sorte qu'il reconnaît bien souvent aux États une marge d'appréciation large au regard des questions concernées. Autant d'éléments qui tendent à réduire le potentiel d'obstruction des normes conventionnelles qui font l'objet de tels développements jurisprudentiels.

Une conclusion du même type s'impose en ce qui concerne les normes internationales – politiques, conventionnelles et unilatérales – énoncées spécifiquement en rapport avec la matière biomédicale. Ici encore, le conflit avec les dispositions indicatives que le constituant projette d'adopter est envisageable. Mais, ici aussi, les particularités qui affectent les normes internationales tendent à réduire les probabilités d'aboutir à un tel conflit. Car, ainsi qu'on l'a noté[49], les normes internationales spécifiques forment un droit particulièrement morcelé. Elles ne concernent pas, loin s'en faut, l'ensemble du champ biomédical. Ceci notamment en raison des difficultés qui se présentent au niveau élevé où elles sont élaborées pour aboutir à la conclusion d'un accord sur le contenu qui doit leur être donné. Les mêmes difficultés expliquent en outre qu'elles n'apportent pas en toutes circonstances des réponses ou éléments de réponse à l'ensemble des questions bioéthiques qu'elles abordent, leur auteur étant parfois contraint de faire aveu d'impuissance au sujet de certaines d'entre elles.

Le contenu des normes internationales n'est pas seul en cause. Le *principe* même d'une obligation pour le constituant de les observer en tant que limites matérielles à son action doit retenir l'attention. En l'occurrence, essentiellement du point de vue des deux catégories de normes dont la teneur peut faire difficulté face à l'insertion projetée.

À cet égard, il apparaît que les normes conventionnelles générales qui auraient fait l'objet d'une mise en œuvre spécifique par le juge international *ne sauraient former un obstacle infranchissable* à l'insertion de dispositions indicatives. Ceci pour le motif que l'on a mis en relief au moment d'examiner l'appui que ces normes procurent aux autorités constituées confrontées aux normes directrices générales de la Constitution[50]. Les solutions consacrées par la jurisprudence internationale dans les cas concrets qu'elle a tranchés ne doivent pas être prises pour argent comptant. D'autant qu'elles risquent de refléter seulement le plus petit

[48] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, B, 1.
[49] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, B, 2.
[50] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, B, 1.

commun dénominateur des sensibilités nationales propres aux États parties. Les autorités nationales, *a fortiori* lorsqu'elles sont constituantes, gagnent à nouer un dialogue avec le juge international. À exprimer leur propre perception des dispositions conventionnelles dont il assure le respect, de façon à enrichir l'approche de celles-ci et à permettre leur adaptation au contexte évolutif des sociétés étatiques dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer. Quitte à adopter une position contraire en certaines circonstances : lorsque cette position tient à des considérations qui apparaissent fondamentales aux yeux de la société étatique. Dans cette optique, l'adoption de dispositions constitutionnelles indicatives qui s'inscrivent en faux contre les développements de la jurisprudence internationale n'apparaît pas inconcevable. Précisément parce que ce genre de dispositions touchent aux fondements de la société concernée. Parce qu'elles s'appuient par hypothèse sur les valeurs essentielles partagées par ses membres et sur le consensus qui les entoure.

Cette logique du dialogue, on l'a noté[51], est plus malaisée à mettre en œuvre face au texte figé de normes abstraites qui consacrent expressément une solution propre à telles questions bioéthiques données. Le conflit qui se dessine entre ces normes et la disposition que le constituant projette d'insérer apparaît ici plus aigu. Sa résolution peut s'avérer problématique et emprunter des voies différentes d'un ordre juridique à l'autre, sinon au sein même d'un ordre déterminé.

Ainsi, des difficultés se présentent sur le point de savoir jusqu'où des normes internationales unilatérales sont en mesure de s'imposer à l'auteur de la Constitution : on a relevé que la question des rapports entre le droit européen dérivé et les normes de droit interne, en ce compris les normes constitutionnelles, est loin de faire l'unanimité à l'heure actuelle dans les États concernés[52]. De la même manière, une solution ne s'impose pas d'évidence en ce qui concerne les normes conventionnelles – celles vis-à-vis desquelles l'État aurait accepté de s'engager malgré le fait qu'il pouvait pressentir leur décalage par rapport au consensus social fondamental qui se dessine en son sein. En principe, on ne conçoit pas que de telles normes, qui ont été ratifiées et éventuellement introduites en droit interne avec le soutien d'une majorité simple, puissent s'opposer à la volonté du constituant, qui s'exprime à travers la majorité large propre à son intervention. On sait toutefois qu'au sein de certains ordres juridiques, d'aucuns défendent la thèse d'une primauté des normes de droit international conventionnel sur la Constitution, à tout le moins au profit de celles de ces normes qui peuvent faire l'objet d'une application directe – au sens que cette expression reçoit traditionnellement en droit international[53].

Il va de soi que de telles difficultés ne sauraient être négligées. Elles ne doivent cependant pas occulter une particularité de la matière bioéthique, elle aussi mise en lumière en son temps[54]. La catégorie des normes internationales spécifiques aux questions biomédicales ne rassemble que peu de normes unilatérales et conventionnelles. Complexe, sensible, la matière conduit par nature à privilégier les normes de nature politique, caractérisée par une grande souplesse qui favorise l'obtention d'un accord à leur endroit. Or, les normes de ce type ne soulèvent pas de réels problèmes quant à leur capacité à obliger le constituant. Non contraignantes, elles ne sont pas en mesure de s'imposer à l'auteur éminent de la Constitution. Il apparaît ainsi qu'*une large majorité des normes spécifiques dont le contenu est susceptible*

[51] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 2, B, 2.
[52] *Supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B.
[53] *Ibid.*
[54] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 2, ainsi que Titre II, Chapitre premier, Section 2, § 2, B, 1.

de faire obstacle à l'insertion de dispositions indicatives ne présentent pas un réel potentiel d'obstruction au regard de telles dispositions.

L'ensemble de ces indications le laissent entrevoir : s'il n'est pas impossible que le droit international fasse obstacle à l'adoption des dispositions constitutionnelles pressenties pour l'insertion en matière biomédicale, cet obstacle devrait en tout état de cause s'avérer *modeste*. Il ne fait pas figure d'entrave majeure à l'intervention du constituant.

Une telle conclusion doit néanmoins être bien comprise. Elle indique que le droit international ne devrait guère empêcher le constituant d'insérer au cœur de la Constitution les dispositions spécifiques qu'il estime propres à refléter ce qui forme l'essence même de la société où il évolue : cette sensibilité fondamentale qui contribue à distinguer celle-ci de toute autre société, proche ou non. Mais elle n'invite pas ce constituant à développer une tendance isolationniste. Elle ne l'incite pas à réfléchir avec des œillères. Au contraire : le constituant doit être attentif aux développements du droit international, *a fortiori* lorsqu'ils ont débouché sur des normes censées engager l'État. S'il ne doit pas l'entériner sans autre forme de procès, au risque de faire perdre son identité à la société qu'il organise, il doit aussi y prêter attention en tant qu'élément susceptible de contribuer à la formation du consensus social fondamental à révéler ou à traduire dans la Constitution. En tant que facteur de pondération des valeurs en présence, lorsqu'il se donne pour objet de les concilier directement au cœur de celle-ci. Il y a là une ligne directrice de grande importance, qui fait écho à celle dont les autorités constituées gagnent à inspirer leur action[55].

Telle est probablement l'optique qui a guidé le constituant irlandais lorsqu'il a décidé d'insérer, à la suite de la disposition consacrant le droit à la vie de l'enfant à naître, une disposition faisant écho à la condamnation de l'Irlande par la Cour européenne des droits de l'homme : « l'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant 'à naître' [...]. *La présente sous-section ne limitera pas la liberté d'obtenir ou de divulguer dans l'État, sous réserve des conditions que la loi pourra déterminer, des informations relatives aux services légalement disponibles dans un autre État* »[56].

*
* *

[55] *Supra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre II, Section 1, § 2.

[56] Voy. Cour eur. D.H., 29 oct. 1992, *Open Door Counselling Ltd et Dublin Well Woman Center Ltd c. Irlande*, qui conclut que l'interdiction faite à certaines associations de diffuser en Irlande les nom et adresse de cliniques pratiquant l'avortement en-dehors du territoire irlandais constitue une violation de l'art. 10 de la CEDH consacrant la liberté d'expression, dès lors qu'elle s'avère disproportionnée à l'objectif qu'elle poursuit en termes de protection de la morale. La solution est contraire à celle qu'avait retenue la Cour suprême d'Irlande, qui avait affirmé que « la Constitution ne saurait impliquer un droit non formulé à l'information sur l'accès à un service d'avortement situé hors de l'État et qui, si l'on y recourait, aurait pour conséquence directe de réduire à néant le droit à la vie de l'enfant à naître, expressément garanti par la Constitution » (C. surp. Irl., *A.G. (S.P.U.C.) c. Open Door Counselling Ltd* (1988), traduit par Cour eur. D.H., 29 oct. 1992, *Open Door Counselling Ltd et Dublin Well Woman Center Ltd c. Irlande*, §§ 16-20).

La Constitution peut-elle servir de réceptacle à un ensemble de dispositions spécifiques à la biomédecine conçues en vue d'offrir un support à ses normes générales dans l'appréhension de la matière ? Pareille insertion constitutionnelle est-elle concevable ? Les considérations développées à travers le présent titre invitent à donner à cette question centrale une réponse aux allures nuancées. Des nuances à décliner sur trois plans différents.

Il apparaît d'abord que *l'insertion devrait pouvoir s'opérer au cœur de certaines Constitutions, mais non de toutes* : les lourdes conditions formelles que quelques-unes d'entre elles posent à leur révision rendent très improbable l'introduction en leur sein de dispositions touchant à des questions aussi sensibles que les questions biomédicales, d'autant que l'appréhension de celles-ci par le constituant ne correspond pas à la conception d'ensemble de la norme constitutionnelle telle que la révèle sa solennité accentuée.

Il apparaît ensuite qu'au niveau des Constitutions qui la tolèrent sous l'angle formel, *l'insertion devrait pouvoir se concrétiser par l'adoption de certains types de dispositions conçues en rapport avec les questions bioéthiques, mais non de toutes*. Le constat n'englobe pas les dispositions simplement traductrices, qui n'entrent pas en ligne de compte dès lors qu'il s'agit d'évaluer la capacité de la Constitution à incorporer de quoi conforter ses normes générales dans le domaine biomédical. Il concerne les dispositions qui se donnent pour objet spécifique d'appuyer celles-ci : au contraire des dispositions à visée révélatrice ou incitative, les dispositions à finalité conciliatrice ont de grandes chances de ne pas pouvoir satisfaire aux exigences formelles strictes qui leur ouvrent les portes de la Constitution. Surtout, elles ne sont pas les bienvenues au sein du texte constitutionnel, même lorsque la solennité propre à ce dernier n'est pas en mesure de faire échec à leur adoption : l'introduction dans la Constitution de réponses précises aux questions biomédicales ne répond guère au souci de permanence qu'elle doit afficher en toutes circonstances.

Il apparaît enfin que, du point de vue de la majeure partie des dispositions dont la finalité est en accord avec celle de la Constitution, *l'insertion devrait pouvoir concerner certaines questions biomédicales, mais non pas toutes*. L'observation ne recouvre pas la disposition à visée incitative, qui cherche par hypothèse à encourager l'action responsable des autorités dans l'ensemble du champ biomédical. Elle se rapporte aux dispositions révélatrices : en raison d'éventuelles limites matérielles tenant pour l'essentiel au droit international, mais surtout de difficultés inhérentes à l'exercice de révélation telles qu'elles se trouvent amplifiées par la solennité de la Constitution, le constituant ne devrait pas pouvoir compléter à l'aide de dispositions de ce type chaque norme constitutionnelle dénuée de lisibilité par rapport à chaque faisceau de questions bioéthiques qui affecte celle-ci. Sachant qu'une nuance complémentaire se dessine dans les hypothèses où la révélation est effectivement opérée. L'insertion pourrait ne pas concerner uniquement les questions bioéthiques dont elle cherche à éclairer l'approche mais voir sa portée étendue, au nom du souci du constituant de faire œuvre globale, à des interrogations étrangères à la biomédecine qui présentent une parenté avec ces questions. Avec pour conséquence d'ouvrir la Constitution à des dispositions capables d'appuyer ses normes directrices générales dans le domaine biomédical sans pour autant évoquer spécifiquement celui-ci.

CONCLUSION

Constitution et bioéthique. La Constitution face à la bioéthique. La Constitution en dialogue avec la bioéthique. Le thème, assurément, ne s'inscrit pas dans la sphère de ceux qui sont familiers au juriste, et en particulier au constitutionnaliste. Il ne saurait pour autant susciter l'indifférence au cœur de sociétés marquées tout à la fois par l'indéniable influence que les normes constitutionnelles exercent sur un nombre croissant de secteurs de l'activité humaine et par l'avènement d'une réalité bioéthique qui, aujourd'hui, a infiltré cette activité en profondeur. Une question voit le jour, d'ordre fondamental : la Constitution – entendue au sens formel – peut-elle contribuer à façonner la bioéthique ? La constitutionnalisation de celle-ci est-elle concevable ?

Trois lignes de force se dégagent de l'examen d'une telle problématique. Elles se résument en trois mots : *mouvance*, *modération* et *mobilisation.*

1. — C'est le constat de la *mouvance* qui s'impose de prime abord à tout qui prétend se prononcer sur la constitutionnalisation de la réalité bioéthique. Les données mêmes du problème, en effet, présentent des caractéristiques qui les rendent malaisées à saisir et à traiter. D'une part, bon nombre d'entre elles sont entourées d'une forme de confusion. Elles n'offrent pas des contours certains. Elles ne constituent pas des points d'appui solides, qui laissent entrevoir d'emblée dans quelle direction développer la réflexion. La problématique se déploie sur un *terrain mouvant*. D'autre part, bien des facteurs à prendre en compte s'avèrent évolutifs. Ils sont marqués par des changements continuels qui les affectent en profondeur. La problématique s'inscrit dans un *contexte en mouvement*.

Le terrain est mouvant. La confusion s'installe. Elle s'exprime à travers plusieurs catégories d'incertitudes.

Premièrement, la réalité bioéthique se présente comme le lieu d'*incertitudes doctrinales*. Le constat tient à l'un des choix fondamentaux opérés dans le cadre de la présente étude, qui conduit à délaisser l'examen de pans spécifiques de cette réalité pour s'intéresser à elle dans son ensemble. Ainsi conçu, l'objet même de la réflexion apparaît fuyant : le terme de bioéthique s'avère ambigu ; le concept qu'il exprime reçoit une multitude de représentations ; l'ensemble des questions auxquelles renvoient l'un et l'autre fait l'objet de définitions très différentes.

Une telle situation ne manque pas de déconcerter l'observateur. L'observateur juriste en particulier : accoutumé à se saisir de branches du droit aux limites plus ou moins claires, soucieux de procéder aux distinctions et aux classifications que requiert l'application de la règle juridique, celui-ci se trouve brusquement confronté à une réalité par rapport à laquelle la notion même de frontière semble n'avoir plus guère de sens compte tenu de l'indétermination qui l'affecte à tous égards.

Deux attitudes se conçoivent dans ce contexte. C'est l'attitude du renoncement, incitant le juriste à considérer que les difficultés inhérentes à la définition de la réalité bioéthique doivent échapper au champ de ses investigations. Donc, qu'il lui faut se contenter de reprendre une représentation donnée parmi celles avancées au sujet de la bioéthique, quitte à ce qu'elle s'avère partielle ou partiale. C'est aussi l'attitude de la persévérance, qui l'amène au contraire

à saisir à bras le corps les données confuses qui se présentent à lui, à se pénétrer des diverses conceptions terminologiques et conceptuelles en présence pour s'efforcer d'en dégager quelques constantes propres à fonder son analyse sur des bases consensuelles et solides.

C'est la seconde attitude que l'on a privilégiée dans l'étude. Retour aux origines du phénomène bioéthique – dans l'idée que le passé peut utilement éclairer la compréhension du présent et de l'avenir –, prise en compte et systématisation des conceptions en présence, mise en évidence de quelques points de convergence fondamentaux occultés par la diversité qu'elles affichent, choix d'une terminologie propre à faire état de ces convergences : on s'est efforcé de relever le défi de circonscrire la réalité bioéthique. On lui a donné une forme de consistance, par la mise en lumière d'un champ bioéthique englobant les connaissances, techniques, situations et pratiques de la biomédecine associées aux questions qu'elles engendrent, et par la mise en relief d'une approche bioéthique tenant à l'appréhension de ces questions à travers quelques fonctions transversales.

Il va de soi que les solutions retenues de ce point de vue ne doivent pas être considérées comme absolues. Tout terme est réducteur ; toute classification est simplificatrice. Les choix opérés ont permis de développer une analyse propre à la constitutionnalisation de la matière bioéthique. Ils ne signifient pas que l'exercice de clarification requis par cette dernière est achevé. Un tel exercice doit au contraire être affiné, nuancé. Loin de clôturer les débats relatifs à la signification des terme et concept de bioéthique, les indications que l'on a fournies appellent des prolongements, au sein de la science du droit mais aussi – plus encore peut-être – en dehors de celle-ci. Mieux : la pertinence même de ces indications requiert d'être scrutée, le cas échéant contestée, dans la mesure où celles-ci s'attachent à une réalité jeune qui n'est pas à l'abri d'évolutions terminologiques et conceptuelles. Ce qui renvoie à l'autre type de mouvance évoqué : celle tenant au mouvement. Il n'est pas de certitudes acquises quant à la signification et à l'ampleur de la bioéthique. De ce point de vue, l'ouvrage doit sans cesse être remis sur le métier.

Deuxièmement, la réalité bioéthique se présente comme le lieu d'*incertitudes éthiques*. Les questions qu'engendrent les connaissances, techniques, situations et pratiques biomédicales suscitent de profonds conflits de valeurs. Chaque courant de pensée, chaque individu même développe à leur sujet une opinion particulière. La caractéristique n'est pas propre à ce genre de questions – d'autres interrogations parmi celles qui interpellent les sociétés contemporaines conduisent au même constat – mais elle les marque avec une acuité particulière compte tenu des spécificités de la biomédecine. Au point d'apparaître comme l'un des facteurs déclencheurs du phénomène bioéthique.

Quiconque se donne pour tâche d'appréhender la constitutionnalisation de la réalité bioéthique se trouve confronté, à l'instar de tout acteur de l'approche bioéthique, à la diversité des opinions qui s'expriment dans le domaine. Sa réflexion, à travers les situations concrètes qu'elle requiert d'appréhender, le renvoie sans arrêt à ses propres convictions. Elle l'incite à interroger ses croyances, à les confronter aux sensibilités extérieures qui s'expriment sur les sujets abordés, parfois à remettre en cause des certitudes bien ancrées. Elle est synonyme de questionnement permanent et d'inconfort de la conscience.

On n'a pas tenté de se faire l'écho de telles démarches. On n'a pas cherché à les refléter dans l'analyse en formulant et en défendant des réponses aux questions bioéthiques choisies à titre d'exemples. On s'est efforcé de faire œuvre objective. C'est la Constitution qui a servi de foyer à la réflexion. Ce sont ses options qui ont été analysées, du point de vue de leur capacité

à jouer un rôle dans l'appréhension de la réalité bioéthique. Et c'est pour remédier aux difficultés qu'elle rencontre lorsqu'il s'agit d'assurer la mise en œuvre de ces options que l'on a évoqué l'insertion de dispositions nouvelles, elles-mêmes évaluées à la lumière de l'objet et des caractères qui lui sont propres.

Il est vrai par contre que les incertitudes d'ordre éthique ont dû être intégrées à cette perspective objective. Car elles se présentent comme un obstacle avec lequel la Constitution doit compter lorsqu'elle cherche à faire passer un message en rapport avec la réalité bioéthique. Obstacle à l'action des autorités, qu'elles découragent de se saisir de la matière. Obstacle à la mise en œuvre des normes constitutionnelles directrices, dont elles affectent la lisibilité dans le domaine. Obstacle à l'insertion de dispositions constitutionnelles indicatives conçues en rapport avec la biomédecine, qu'elles rendent d'autant plus difficile qu'elles sont renforcées par les exigences formelles qui traduisent la solennité inhérente à la Constitution.

Troisièmement, la réalité bioéthique est le lieu d'*incertitudes scientifiques*. L'observation renvoie ici directement au substrat de la matière : aux connaissances, techniques, situations et pratiques de la biomédecine qui contribuent à former le champ bioéthique. De ce fait, elle se distingue des deux premiers constats formulés. Les incertitudes ici évoquées ne présentent pas une même ampleur dans le chef de l'ensemble des acteurs confrontés aux questions bioéthiques.

Certaines d'entre elles s'attachent aux développements innovants de la biomédecine, plus particulièrement aux bénéfices et aux risques qu'ils sont susceptibles d'engendrer à plus ou moins long terme. De ce point de vue, tous les acteurs de l'approche bioéthique sont logés à la même enseigne. Scientifiques ou non, ils sont confrontés aux mêmes doutes, aux mêmes interrogations. Doutes et interrogations qui tiennent aux limites affectant le savoir humain en général, et qui constituent pour tous un obstacle dès l'instant où il s'agit de procurer dans l'immédiat une réponse aux questions de savoir si et à quelles conditions les innovations concernées peuvent être mises en œuvre.

Mais des incertitudes d'un autre ordre s'attachent à l'ensemble du champ de la biomédecine. Elles naissent dans l'esprit du profane qui, dépourvu des acquis théoriques et pratiques propres aux scientifiques, ne perçoit qu'imparfaitement les tenants et aboutissants des connaissances, techniques et pratiques biomédicales – donc, ceux des questions qui en découlent. Elles concernent notamment le juriste, les autorités habilitées à élaborer la règle de droit, les autorités habilitées à la mettre en œuvre, pour qui appréhender la matière bioéthique équivaut à s'aventurer sur un terrain tout sauf familier : un terrain mouvant.

Ces incertitudes-là contribuent à creuser un fossé entre la sphère biomédicale et la sphère juridique. Aux yeux de certains, elles justifient le rejet de toute intervention des autorités dans le domaine de la biomédecine, intervention à laquelle il convient selon eux de préférer celle des professionnels de la santé : on retrouve là un des arguments qui sous-tendent le modèle dit de l'approche professionnelle. Plus concrètement, elles peuvent expliquer pour partie l'opposition traditionnelle qui se dessine entre le droit et la science : cette aversion que tendent à nourrir le juriste et l'auteur de la règle de droit au regard des matières scientifiques. Refait surface ici l'un des facteurs susceptibles d'entraver la mise en mouvement des autorités – et notamment du constituant – dans le domaine biomédical.

Le fossé demeure dès l'instant où il s'agit d'analyser la constitutionnalisation de la réalité bioéthique. L'impact des incertitudes scientifiques, dans cette hypothèse, n'est pas

négligeable. En tout état de cause, il tend à s'avérer plus grand que dans celle d'une approche limitée à un secteur bioéthique donné : il importe alors de nourrir la réflexion en se penchant sur des connaissances, des techniques et des pratiques biomédicales plus diversifiées, dont l'appréhension requiert de disposer d'informations scientifiques plus étendues.

Mais un obstacle de ce genre ne peut fournir un motif valable pour renoncer à développer une recherche d'ordre juridique dans le domaine biomédical, en ce compris du point de vue constitutionnel. On ne saurait perdre de vue, en effet, que la règle de droit n'est pas une fin en soi. Elle n'a de sens que dans la mesure où elle régit la vie et l'activité humaines, dans toute la diversité propre à celles-ci. Elle contraint donc tout qui la commente et l'évalue – comme les autorités qui l'élaborent et la mettent en œuvre – à prêter une attention digne de ce nom aux contextes particuliers dont elle se saisit et aux disciplines parfois pointues qui se développent en rapport avec eux. Cela ne signifie pas que le juriste doit se faire spécialiste de ces disciplines : à chacun son domaine. L'exigence suppose qu'il se donne les moyens de percevoir à leur juste mesure les enjeux et les difficultés qu'il prétend appréhender. Pour faire œuvre utile, le juriste doit développer sa curiosité et son ouverture d'esprit.

On s'est efforcé de répondre à cet impératif dans la mesure requise par les développements de la réflexion propre à la constitutionnalisation de la réalité bioéthique. Des considérations scientifiques ont été prises en compte pour appréhender comme il se doit la substance de la biomédecine, une fois celle-ci identifiée comme formant le champ bioéthique : sa naissance, son ampleur, sa diversité ont été exposées à la lumière de données propres aux évolutions scientifiques récentes. Dans le même ordre d'idées, quelques indications ont été fournies ici et là en rapport avec des techniques et pratiques biomédicales particulières évoquées à titre d'exemples, comme les thérapies géniques ou les diagnostics préimplantatoires. Sachant que d'autres techniques et pratiques – l'avortement, l'euthanasie, les techniques de maintien en vie artificiel de l'individu plongé dans un état végétatif permanent, par exemple – ont pu être évoquées sans qu'il soit besoin de préciser leur nature et leurs effets : une perception intuitive suffit pour en apprécier les enjeux.

L'ensemble révèle que le juriste n'a nul besoin de disposer de connaissances scientifiques très pointues pour prendre pied sur le terrain de la réalité bioéthique. Il doit faire l'effort d'entrer dans la logique propre à celle-ci, mais cet effort ne s'avère pas démesuré. En clair, la mouvance liée aux incertitudes d'ordre scientifique, si elle ne doit pas être négligée, ne doit pas davantage être surévaluée. On relèvera qu'un tel constat tend à renforcer l'appréciation négative que l'on a portée sur le modèle de l'approche professionnelle : il indique la faiblesse de l'argument avancé par les tenants de celui-ci, consistant à dénoncer l'inaptitude des autorités à se saisir d'une matière caractérisée par sa nature scientifique.

La réalité bioéthique n'est pas seulement le lieu de la confusion et des incertitudes. Elle est aussi celui du changement, des évolutions : celui du mouvement. Renvoi est fait ici aux développements incessants qui marquent les connaissances, techniques et pratiques biomédicales, sources d'une mutation continue des questions qui s'attachent à celles-ci. Un facteur sur lequel on a mis l'accent à plusieurs reprises dans la mesure où il n'est pas dénué d'impact sur la constitutionnalisation de la matière : il sert lui aussi d'argument au modèle de l'approche professionnelle ; il contribue à favoriser l'attitude pointilliste des autorités dans le domaine, accroissant le caractère fragmentaire de l'ancrage constitutionnel au cœur de celui-ci ; il forme un critère d'évaluation des dispositions constitutionnelles indicatives pressenties pour l'insertion, du point de vue de leur caractère durable.

Le juriste qui analyse la constitutionnalisation de la réalité bioéthique se trouve lui aussi confronté à ces évolutions. Sa réflexion s'inscrit par hypothèse dans un contexte en perpétuel mouvement. Et cette mouvance peut le désarçonner, aussi conscient soit-il des mutations accélérées qui caractérisent nombre de secteurs de la vie sociale moderne. Car les évolutions sont ici nombreuses et diverses : elles n'affectent pas qu'un seul pan du champ biomédical. De surcroît, elles atteignent un degré de rapidité souvent inégalé en d'autres domaines : il n'est pas rare de voir des connaissances ou techniques nouvelles en supplanter d'autres à peine développées.

Ici encore, le juriste ne peut reculer devant l'obstacle. Toute nostalgie d'un temps où la science évoluait au rythme lent de découvertes espacées doit être bannie. En d'autres termes, l'effort de compréhension auquel il s'astreint sur le plan scientifique, au regard des connaissances, techniques et pratiques existantes, n'est pas suffisant : le juriste doit également prêter attention à la dynamique qui traverse le champ de ses investigations. Il ne peut ignorer les découvertes scientifiques récentes opérées dans le domaine de la biomédecine. Il ne peut faire la sourde oreille aux débats qui se développent au sujet de techniques ou pratiques biomédicales qui monopolisent brusquement l'attention de l'opinion publique. Bref, il doit veiller à actualiser en permanence les informations dont il dispose en rapport avec la matière biomédicale.

Un autre impératif se dessine néanmoins au regard du mouvement ici évoqué. Il importe en effet que le juriste ne cède pas à la tentation que l'on a dénoncée dans le chef des autorités. Cette tendance à la myopie qui conduit celles-ci à faire œuvre pointilliste dans le domaine en s'attachant à ses évolutions les plus marquantes. Une telle attitude aurait pour conséquence de rendre vain son effort d'analyse : les réflexions qu'il formulerait ne pourraient être que superficielles, tout développement nouveau l'appelant à abandonner les questions sur lesquelles elles portent pour consacrer son attention à des interrogations d'une autre nature.

En l'occurrence, le juriste doit veiller à ne pas perdre de vue les développements plus anciens du champ biomédical. Il gagne même à en faire le premier matériau de son analyse lorsque celle-ci est conduite du point de vue de la Constitution, caractérisée par une forme de permanence. Car il est évident que les attitudes et solutions retenues au regard de ces développements laissent présager celles qui peuvent être adoptées, à la lumière des mêmes normes constitutionnelles, au sujet des évolutions ultérieures – réalisées ou réalisables. Telle est l'optique que l'on a privilégiée dans l'étude, en particulier dans l'examen de la jurisprudence, constitutionnelle et autre, tendant à mettre en lumière les normes constitutionnelles directrices pertinentes dans le domaine biomédical et la manière dont elles sont mises en œuvre au cœur de celui-ci.

2. — La bioéthique se présente sous les traits d'une réalité mouvante. La Constitution peut-elle dès lors contribuer à son appréhension ? La signification de la problématique s'éclaircit à la lumière des indications que l'on a dégagées concernant le concept de bioéthique. Il s'agit de déterminer si la norme suprême est en mesure d'intervenir dans la résolution des questions engendrées par la biomédecine. Sachant que deux catégories de questions biomédicales entrent en ligne de compte, étroitement liées : la catégorie des questions dites de fond, qui découlent à proprement parler des connaissances, techniques, situations et pratiques biomédicales, et celle des questions que l'on a qualifiées d'organisationnelles, qui concernent à la fois l'identité et le rôle des acteurs habilités à se saisir des questions de fond.

C'est à ce stade qu'intervient l'idée de *modération*. Il apparaît en effet que la contribution de la Constitution à l'appréhension des questions biomédicales doit être considérée comme une *contribution modérée*. L'affirmation se vérifie sur le plan théorique, au niveau du principe même de l'apport constitutionnel. Elle se vérifie aussi sur le plan pratique, du point de vue de l'effectivité de celui-ci.

Le *principe* de l'apport constitutionnel s'exprime à travers deux constats. Le premier revient à noter qu'*en théorie, la Constitution est capable de contribuer à la résolution des questions biomédicales*.

Cette capacité tient aux normes constitutionnelles qui présentent un caractère général au sens que l'on donne à l'expression dans l'étude, c'est-à-dire qui ne traitent pas spécifiquement de la matière bioéthique. Car de telles normes offrent une teneur pertinente et légitime au regard de cette dernière. En filigrane, elles comportent des modèles qui, indiquant dans quel sens résoudre les questions biomédicales, énoncent des orientations fondées en ce domaine : un modèle de l'approche bioéthique, inscrit en grande partie au cœur des normes structurantes, et un modèle de l'homme impliqué en biomédecine, dessiné par les normes directrices. Étant entendu qu'une subtilité se marque à ce niveau, découlant des rapports très étroits qui se nouent entre les questions biomédicales organisationnelles et les questions biomédicales de fond. Le modèle de l'approche bioéthique fournit une réponse aux premières, que la Constitution s'avère donc apte à appréhender. Mais à travers cette réponse, il indique que celle-ci ne s'exclut pas de l'approche des secondes. Il révèle que la Constitution est capable de contribuer à la résolution des questions de fond : elle habilite les autorités qu'elle met sur pied à se saisir de celles-ci à l'aide des instruments qu'elle leur attribue. Le tout est complété par le modèle constitutionnel de l'homme, qui fournit quant à lui des indications relatives au contenu des solutions à apporter aux questions de fond.

La capacité qu'a la Constitution de contribuer à la résolution des questions biomédicales tient aussi au fait qu'en règle, elle n'est pas rebelle à l'insertion de dispositions qui seraient adoptées pour servir de supports à ses normes générales là où celles-ci s'avèrent peu expressives en la matière – par exemple parce que leur lisibilité est affectée par les incertitudes éthiques et par les évolutions scientifiques qui marquent cette dernière. La Constitution peut servir de réceptacle à des dispositions qui cherchent à préciser les modèles qu'elle dessine, pour celles qui sont dites indicatives, à exhorter au respect de ces modèles, pour celles qui sont qualifiées d'incitatives. Des dispositions conçues à la lumière des besoins propres au domaine de la biomédecine mais qui peuvent en certains cas, du moins pour les premières, recevoir une portée qui dépasse le champ de celle-ci.

Un second constat vient compléter le premier. C'est lui qui évoque l'idée de modération, entendue ici comme une forme de réserve, de retenue, de *mesure*. Il consiste à relever que, *d'un point de vue théorique toujours, la contribution de la Constitution à la résolution des questions biomédicales se profile comme une contribution mesurée*. Du moins en ce qui concerne les *questions de fond*. Plusieurs considérations entrent ici en ligne de compte.

La mesure inhérente à l'apport constitutionnel concerne en premier lieu l'*approche* des questions biomédicales de fond : elle marque la réponse que les normes structurantes procurent aux questions organisationnelles, le cas échéant avec l'appui d'une disposition incitative spécifique à la matière bioéthique.

À ce niveau, il apparaît que *la Constitution n'entend pas contribuer à la résolution des questions de fond, par l'entremise des autorités constituées, sous chacune des facettes propres à ces questions*. Elle engage les autorités qu'elle met sur pied à les appréhender, mais sans exiger que leur intervention revête une ampleur excessive.

D'un côté, la Constitution habilite les autorités à jouer un rôle de premier plan dans le domaine, en vue d'assurer la réalisation d'un bien public que les connaissances, techniques et pratiques biomédicales affectent à travers un grand nombre de leurs facettes. C'est le rejet du modèle de l'approche professionnelle qui s'exprime ici dans toute son ampleur. Un rejet qui ne surprend pas. Il fait écho à la raison d'être première de la Constitution, dont l'existence même tient à la volonté de poser des limites au pouvoir qui s'exerce au sein du groupement humain qu'elle organise. En l'occurrence, les normes constitutionnelles manifestent la préoccupation de canaliser un pouvoir nouveau : cette maîtrise de l'homme sur son propre corps qui s'attache à chaque connaissance, chaque technique, chaque pratique biomédicale. En rejetant l'intervention prépondérante des professionnels de la santé au cœur de l'approche bioéthique, elles témoignent d'un souci de lutter contre les abus que ces professionnels pourraient être tentés de commettre en tant que détenteurs du pouvoir biomédical. Abus qui consisteraient à procurer aux questions biomédicales des réponses dictées par la volonté d'en faire usage dans l'optique de servir les intérêts particuliers qui sont les leurs.

D'un autre côté, la Constitution entend préserver la sphère personnelle des individus. Elle dénie aux autorités constituées la faculté de régler les facettes des questions biomédicales qui n'impliquent pas le bien public – une autre forme de limitation du pouvoir, confirmée par les normes constitutionnelles directrices qui consacrent de diverses manières la liberté de l'homme. Le principe n'a rien d'original. Il vaut en matière bioéthique comme en toute autre. En l'occurrence, la préservation de la sphère individuelle présente néanmoins une importance particulière dès lors que les connaissances, techniques, situations et pratiques biomédicales touchent chacun au plus intime de lui-même, impliquant ses convictions les plus personnelles. Le maintien d'un espace de liberté permettant à chaque individu de se déterminer suivant ses propres règles éthiques, dans les limites imposées par la réalisation du bien de tous, s'avère ici particulièrement précieux.

Par ailleurs, on a montré que, dans une matière caractérisée tant par les incertitudes scientifiques que par le mouvement, les autorités ne sauraient prétendre atteindre seules l'objectif de réalisation du bien public que leur impose la Constitution. Cet objectif doit les amener à faire appel à la collaboration des professionnels de la santé, que leurs compétences et leur mode d'intervention souple rendent plus à même de réaliser le bien de tous sur certains points. Le rejet du modèle de l'approche professionnelle n'implique pas d'exclure, dans l'appréhension des questions biomédicales, tout recours aux normes adoptées par les professionnels de la santé. Loin s'en faut.

La Constitution ne se veut donc pas omniprésente au cœur de l'approche des questions biomédicales de fond. Suivant l'expression que l'on a retenue, c'est une *harmonieuse polyphonie normative* qu'elle cherche à organiser à leur égard. La norme juridique dont elle assure l'élaboration et la mise en œuvre n'est pas appelée à assumer la totalité des difficiles interrogations inhérentes aux connaissances, techniques et pratiques de la biomédecine.

L'optique n'est pas neutre. La Constitution délivre un message d'humilité. Elle rappelle qu'aucun acteur de l'approche bioéthique ne saurait prétendre occuper l'ensemble du terrain biomédical, fût-il armé de la règle de droit ; qu'en ce domaine, nul n'est détenteur d'une

vérité qu'il pourrait brandir pour justifier l'exclusion d'autres intervenants. Bref, elle invite tout qui est amené à appréhender les questions biomédicales à s'en saisir en faisant preuve de modestie.

La leçon d'humilité constitutionnelle a son utilité. Pas uniquement en tant qu'elle consolide le rejet du modèle de l'approche professionnelle – en montrant que la Constitution elle-même met en œuvre, jusqu'à un certain point, la retenue qu'elle attend des professionnels de la santé – : le juriste qui se trouve confronté à la matière bioéthique à quelque titre que ce soit est lui aussi visé. Car, une fois surmontées les difficultés et les craintes liées aux incertitudes et au mouvement qui caractérisent la matière, il pourrait céder à la tentation de croire que, tout compte fait, seule la norme juridique est à même de formuler des solutions valables au cœur d'un contexte aussi bousculé. Il pourrait se laisser contaminer par un certain courant qui, au sein des sociétés contemporaines, incite à considérer qu'il y a point de salut hors de la sphère du droit, que tout problème exige impérativement une solution juridique. Certes, on a rappelé qu'un fossé tend à se creuser entre la science et le droit, conduisant les spécialistes du second à ne s'aventurer qu'avec méfiance sur le terrain de la première. On a relevé que cette attitude doit être combattue. Mais ce combat ne saurait conduire à l'excès inverse. L'ouverture d'esprit censée amener le juriste à pénétrer le terrain biomédical ne doit pas l'amener à prendre l'allure d'un conquérant.

La Constitution affiche un souci de mesure du point de vue de l'ampleur de sa contribution à la résolution des questions biomédicales. Une même préoccupation la guide en ce qui concerne les instruments au moyen desquels cette contribution est censée se concrétiser. À cet égard, en effet, on ne saurait perdre de vue que *la Constitution n'entend pas contribuer à la résolution des questions de fond, par l'entremise des autorités constituées, dans une perspective purement nationale*.

Certes, la norme constitutionnelle est par définition attachée à un État : celui dont elle définit la structure tout en consacrant les valeurs sociales partagées par les membres du groupement humain qui lui sert de substrat. Mais elle n'impose pas pour autant aux autorités qu'elle met sur pied de conduire en matière bioéthique une action marquée par les seules préoccupations de la société politique qu'elle régit. Si elle organise leur intervention au cœur de celle-ci, elle les dote aussi des instruments voulus pour développer une collaboration avec d'autres États dans l'optique de procurer aux questions biomédicales des réponses communes.

Il va de soi que cette solution mixte n'est pas propre au domaine biomédical. Elle se révèle néanmoins particulièrement adaptée aux spécificités de celui-ci. Elle est empreinte d'un réalisme qui fait défaut au modèle dit de l'approche internationale, invitant à attribuer aux acteurs internationaux la totalité du pouvoir de décision dans le domaine.

D'une part, la Constitution ne méconnaît pas le besoin de développer sur certains points une protection universelle de l'homme au regard de connaissances, techniques et pratiques qui l'affectent jusque dans sa dimension substantielle : elle permet d'adopter les textes internationaux appelés à assurer cette protection.

D'autre part, la Constitution n'ignore pas que ces mêmes connaissances, techniques et pratiques peuvent donner lieu à des appréciations très différentes d'un État à l'autre, avec pour conséquence de rendre difficile l'obtention d'un accord international en ce domaine : elle maintient aux autorités nationales la faculté de s'en saisir. Elle leur permet aussi bien de faire

écho aux sensibilités les plus profondément ancrées dans la société politique que de régler les questions trop délicates pour recevoir une réponse négociée sur le plan international.

L'approche des questions biomédicales de fond n'est pas seule à bénéficier d'indications de nature constitutionnelle. La norme suprême comporte aussi des indications concernant le *contenu des réponses* à leur procurer. Ici encore, la retenue est à l'ordre du jour. Il apparaît que *la Constitution entend contribuer à la résolution des questions de fond en énonçant à leur sujet des éléments de réponse plutôt que des réponses précises.*

Le constat ressort d'emblée de ses normes directrices générales, qui ne prétendent pas offrir aux autorités constituées davantage qu'un cadre de réflexion. Le modèle de l'homme dessiné par ces normes cherche à orienter leur action sur la voie de la réalisation du bien public ; il n'a pas l'ambition de leur fournir des solutions auxquelles elles n'auraient qu'à se conformer. Un cran plus loin, le même constat ressort d'une analyse des dispositions indicatives qui pourraient être insérées dans la Constitution pour accroître sa lisibilité. On a relevé qu'au rang de ces dernières, il convient de préférer celles qui sont dites révélatrices, au sens où elles mettent en lumière la signification d'une garantie générale dans le secteur biomédical, à celles qui sont dites conciliatrices, visant à résoudre telles questions biomédicales données.

Dans l'un et l'autre cas, c'est une même préoccupation qui affleure : celle d'assurer un caractère durable aux indications que la Constitution procure au sujet de la réalisation du bien public. Ces indications ne doivent pas seulement bénéficier de la rigidité propre au texte constitutionnel ; elles doivent aussi présenter un contenu tel qu'il ne s'avère pas rapidement périmé. Le souci se traduit de manière visible dans l'énoncé de normes directrices générales qui expriment les valeurs partagées au cœur de la société. Transversales – pour beaucoup d'entre elles en tout cas – et assurées d'une adhésion de ses membres, ces normes sont censées pouvoir affronter l'épreuve du temps en toute matière. Le souci doit se manifester aussi lorsqu'il s'agit d'insérer dans la Constitution des dispositions conçues dans l'objectif spécifique d'aider à l'approche du domaine biomédical. De telles dispositions ne sauraient durablement compléter les normes directrices générales en fournissant une réponse précise à des questions dont les évolutions pourraient la rendre caduque après un court laps de temps.

À nouveau, la solution mesurée retenue par la Constitution tend à s'avérer adaptée au contexte biomédical. Certes, la norme suprême ne fournit pas aux autorités constituées un appui aussi étendu que celui auquel ces dernières seraient en droit de s'attendre pour mener à bien leur intervention en ce domaine sensible et complexe : elle n'énonce pas une solution à laquelle il leur suffirait de se conformer. Mais elle a pour avantage de ne pas les priver rapidement de toute indication en rapport avec la réalisation du bien public, c'est-à-dire d'assurer une garantie contre les réactions arbitraires qu'elles sont largement tentées de développer en la matière – par exemple en entérinant les pratiques qui se développent sur le terrain.

Au-delà, la solution permet aussi de maintenir une certaine cohésion sociale. Les évolutions biomédicales, en effet, ne vont pas sans ébranler la société. En la confrontant sans cesse à des interrogations nouvelles dont le caractère fondamental n'est plus à démontrer, elles ouvrent la voie à des conflits en permanence renouvelés dont l'accumulation s'avère déstabilisatrice. Lorsqu'elles s'assurent d'une certaine permanence, les indications constitutionnelles pertinentes se rendent capables de contenir le phénomène. Elles offrent un

support qui résiste aux évolutions. En clair, elles font office de repères au cœur de la mouvance : elles sont un facteur de cohérence et de constance pour le groupe social.

Approche des questions de fond, contenu des réponses à leur donner : à chaque fois, la Constitution consacre des options qui se révèlent empreintes de retenue. Mais une autre forme de modération se dessine, qui tient à l'*effectivité* de ces options. Deux constats s'imposent de ce point de vue également.

Il faut relever tout d'abord que *la Constitution peut contribuer de manière effective à la résolution des questions biomédicales*. Les modèles que dessinent ses normes générales, les dispositions qu'elle est susceptible d'intégrer pour assurer un support à ces normes ne sont pas vouées à rester lettre morte en matière bioéthique. Si la biomédecine forme un champ singulier à plus d'un égard, elle n'offre pas pour autant des résistances telles qu'elle demeurerait hermétique à toute emprise constitutionnelle.

La concrétisation de cette emprise passe par une condition nécessaire : l'appréhension des questions biomédicales par les autorités auxquelles la Constitution confie la fonction de gouvernement. Celles-ci jouent un rôle pivot dans la constitutionnalisation des réponses apportées à de telles questions, qu'elles soient organisationnelles ou de fond, dès l'instant où elles sont seules à pouvoir procurer aux normes structurantes et directrices un ancrage ferme au sein de l'approche bioéthique. Or, leur intervention dans le domaine biomédical n'est pas de l'ordre de l'impossible, comme en témoignent les faits. Elle l'est d'autant moins que la Constitution peut incorporer une disposition de nature incitative visant à encourager cette intervention au regard de l'ensemble du champ bioéthique.

En outre, il est possible que les mêmes autorités trouvent au cœur des normes pertinentes de la Constitution des indications suffisamment explicites pour inspirer la solution donnée aux questions biomédicales appréhendées. En clair, pour marquer cette solution de leur empreinte. Deux éléments confortent la vraisemblance de l'hypothèse. D'une part, les autorités peuvent bénéficier de l'appui du juge constitutionnel qui, assumant pleinement sa fonction, met en lumière la signification des exigences constitutionnelles au regard de la problématique retenue, et notamment le sens des normes directrices qu'il veille à dégager du consensus fondamental dont elles font l'objet au sein de la société. D'autre part, la Constitution peut s'être ouverte à une disposition incitative et à des dispositions indicatives qui jouent un même rôle clarificateur – facilitant de cette manière la tâche des autorités, et notamment celle du juge constitutionnel.

Lorsqu'il en va ainsi, une constitutionnalisation en cascade peut s'opérer. Les options retenues par les autorités investies de la fonction de gouvernement, respectueuses des exigences de la Constitution, peuvent inspirer l'action des autres intervenants de l'approche bioéthique. Avec pour conséquence de rendre effective la contribution mesurée de la Constitution à la résolution des questions organisationnelles : cette effectivité tient au rôle de premier plan que les autorités constituées jouent concrètement au regard des questions de fond concernées et à la mise en œuvre tangible de l'exigence de la polyphonie normative. Avec pour conséquence aussi de matérialiser l'apport constitutionnel mesuré à la résolution des questions de fond : l'effectivité de cet apport tient à la prise en compte, à travers l'approche bioéthique toute entière, des éléments de réponse que la Constitution procure au sujet des questions traitées.

Un tel schéma est réaliste. Il importe néanmoins de le nuancer à la lumière d'un second constat. Concrètement, en effet, *la Constitution n'apparaît pas à même de contribuer de manière effective à la résolution de l'ensemble des questions biomédicales*. L'apport constitutionnel se révèle modéré. Non plus en tant qu'il est marqué d'une forme de réserve propre aux solutions retenues. Mais parce qu'il s'avère *partiel* : tout indique qu'il ne peut se déployer, ou du moins se déployer pleinement – dans l'optique mesurée qui est la sienne –, au regard de l'ensemble du champ bioéthique.

L'affirmation renvoie aux spécificités de la matière biomédicale. Plus précisément aux facteurs dont on a relevé qu'ils y rendent difficile l'élaboration de la règle de droit : ces facteurs extrinsèques, tantôt objectifs, tantôt subjectifs, qui s'articulent tous autour des incertitudes éthiques et scientifiques propres au domaine.

De tels obstacles favorisent l'immobilisme et le pointillisme des autorités investies de la fonction de gouvernement au regard des questions biomédicales. En aucune hypothèse, leur influence sur la constitutionnalisation de la matière ne devrait demeurer marginale. Car la Constitution ne se donne pas les moyens, ou tous les moyens, de lutter contre pareilles attitudes. D'une part, ses normes générales s'avèrent peu expressives : qu'elles soient structurantes ou directrices, les obligations d'agir qu'elles énoncent à l'intention des autorités ne présentent qu'un faible impact. D'autre part, les contrôles dont ces normes sont assorties demeurent peu efficaces dès l'instant où il y a matière à lutter contre les carences des détenteurs du pouvoir. Il est vrai qu'une disposition incitative peut être insérée dans la Constitution pour renforcer son expressivité. Mais il importe que l'effort requis par l'adoption de ce genre de disposition soit mené à bien. Surtout, une telle insertion s'avère très improbable au cœur des Constitutions caractérisées par une solennité marquée.

Compte tenu de ces facteurs, et dès lors que le droit international ne se révèle guère capable de remédier aux insuffisances de la Constitution, il apparaît que l'ancrage de cette dernière au sein du champ biomédical devrait toujours conserver un caractère fragmentaire – dans une mesure qui varie d'un État à l'autre. De sorte qu'en toutes circonstances, la norme constitutionnelle ne devrait pas pouvoir contribuer effectivement à la résolution d'un ensemble plus ou moins large de problématiques biomédicales, tant du point de vue de l'aménagement de leur approche que du point de vue des réponses à leur apporter.

Par ailleurs, les mêmes obstacles encouragent, dans le chef des autorités qui se saisissent de l'une ou l'autre problématique du champ bioéthique, une série d'attitudes critiquables au regard des exigences constitutionnelles structurantes et directrices : admission d'influences ou de délégations abusives, réactions impulsives, souci d'entériner les pratiques qui se développent sur le terrain, approche de nature pragmatique consistant à rejeter toute considération relative aux fondements des solutions à développer.

Ici encore, les facteurs en cause devraient en toute hypothèse conserver un impact non négligeable : les moyens dont disposent la Constitution ne lui permettent pas de combattre systématiquement de telles attitudes, dès lors qu'elle se trouve elle-même affectée, à divers titres, par les obstacles dont il s'agit de contrer les effets. Ainsi, la faible expressivité de ses normes générales est à nouveau à l'ordre du jour. En outre, le juge constitutionnel confronté à ces seules normes peut avoir du mal à adopter une attitude et à formuler des réponses adéquates, en particulier lorsqu'il s'agit de dégager le consensus social fondamental qui se forge autour des normes directrices. Quant aux dispositions conçues pour surmonter ces difficultés – disposition incitative exprimant un rejet des influences ou délégations abusives ;

dispositions révélatrices qui renforcent l'expressivité des normes directrices –, elles ne constituent pas un remède universel. Car leur intégration au texte des Constitutions ne va pas sans soulever des difficultés. D'un côté, la disposition incitative comme les dispositions révélatrices ont très peu de chance d'intégrer les Constitutions dont la révision est entourée de conditions formelles très strictes. De l'autre, les Constitutions caractérisées par une solennité moindre ne sauraient incorporer des dispositions révélatrices relatives à l'ensemble du champ biomédical, compte tenu des difficultés qui s'attachent à leur énonciation.

Même avec l'appui du droit international, qui s'avère limité, la Constitution devrait donc en tout état de cause avoir du mal à marquer pleinement de son empreinte l'approche de certaines questions biomédicales – ici encore dans une mesure variable selon les États. Dans certains cas, c'est l'aménagement même de cette approche qui pourrait s'avérer incompatible avec ses prévisions, les autorités constituées n'y jouant pas le rôle de premier rang qui leur incombe en son sein. Avec les conséquences que ceci est susceptible d'entraîner sur le contenu des réponses procurées aux questions biomédicales. Dans d'autres cas, c'est la seule définition de ce contenu, au cœur d'une approche correctement configurée, qui pourrait prêter le flanc à la critique du point de vue constitutionnel.

De telles indications permettent de jauger l'aptitude de la Constitution à faire face au phénomène biomédical qui pénètre en profondeur les sociétés contemporaines. Leur utilité dépasse néanmoins le seul domaine de la biomédecine. Le fait qu'elles reposent sur une analyse développée à la lumière des spécificités de cette dernière ne doit pas occulter les prolongements qui peuvent leur être donnés au regard d'autres matières.

Comme on l'a mis en exergue à plusieurs reprises, en effet, ces spécificités ne sont pas dénuées d'écho au cœur d'autres secteurs de l'activité humaine. La biomédecine n'est pas le seul domaine caractérisé par les divergences de vues qui contribuent à instaurer un climat d'incertitude éthique. Elle n'est pas le seul champ marqué par les évolutions scientifiques et leur lot d'incertitudes dans le chef des profanes. Certes, le fait même qu'elle véhicule un pouvoir de l'homme sur son propre corps, avec toutes les implications qu'emporte celui-ci, tend à auréoler les questions qu'elle engendre d'une importance particulière, qui a pour effet d'accentuer le poids de ces caractéristiques. Il n'en reste pas moins qu'elle reflète des mutations sociales de fond qui affectent d'autres pans de l'existence humaine. Dans ces autres domaines aussi, la contribution effective de la Constitution pourrait s'avérer modérée parce que partielle. Dans ces autres domaines également, la norme constitutionnelle pourrait montrer ses limites.

L'affirmation gagne bien évidemment à être vérifiée. Des études spécifiques doivent être conduites pour évaluer avec précision l'ampleur du phénomène. Il y a là, néanmoins, de quoi puiser une nouvelle leçon d'humilité. Bien que suprême, la Constitution ne s'avère pas toute-puissante. Elle a une indéniable utilité, dès lors qu'elle n'est pas réduite à l'impuissance même dans des secteurs nouveaux semblables à celui de la biomédecine. C'est déjà en soi une forme de victoire. Elle ne constitue pas pour autant le remède à tous les maux, la réponse adéquate à toutes les difficultés. Elle n'est qu'un élément parmi ceux qui doivent aider la société et chacun de ses membres à affronter les inéluctables évolutions qui les affectent.

3. — Cette dernière observation renvoie naturellement à la troisième ligne de force que la problématique examinée conduit à mettre en évidence. Celle de la *mobilisation*.

Au-delà des considérations propres aux normes énoncées par la Constitution et aux dispositions qui peuvent y être insérées, au-delà de l'évaluation des rapports qui se dessinent entre la sphère juridique et la sphère professionnelle ou individuelle, un devoir fondamental tend en effet à se dessiner. Une forme d'impératif catégorique, qui s'impose à tous les acteurs de l'approche bioéthique. Quels qu'ils soient. Dans le champ de la biomédecine, l'engagement doit figurer au premier rang des préoccupations de chacun.

L'affirmation n'est pas gratuite. Elle tient à cette singularité de la matière que l'on vient de rappeler, qui révèle l'importance particulière des questions d'ordre biomédical : en ce domaine, c'est l'homme qui est en cause. L'homme marqué par la souffrance, donc, ébranlé dans ses certitudes. L'homme atteint dans ce qu'il a de plus intime, donc, de plus précieux. L'homme en tant qu'il mérite un immense respect, parce qu'il est homme.

Face à un tel enjeu, il ne saurait être question de ménager ses forces. Toutes les énergies doivent être mises au service de la cause humaine. Chacun doit veiller à s'investir sans compter. Non pas pour empiéter sur la sphère d'action propre à d'autres intervenants – l'impératif ici évoqué ne peut servir de prétexte pour remettre en cause l'équilibre justifié que la Constitution s'efforce d'assurer à cet égard. Mais pour assumer pleinement la mission qui lui incombe. De ce point de vue, la modération n'a plus cours : chacun doit refuser de se cantonner au rôle de spectateur.

La mobilisation s'impose dans le chef des autorités. Que la Constitution soit ou non explicite sur ce point, il leur revient de garder le sens des priorités. Il est évident que les questions biomédicales ne sont pas les seules à résoudre pour assurer le bien de tous. Elles occupent néanmoins une place de choix parmi celles qui impliquent celui-ci. Il incombe à tout qui détient une parcelle de pouvoir au sein de la société d'en prendre conscience. Et de mettre tout en œuvre pour que cette considération l'emporte sur les doutes et les craintes dont il pourrait être assailli en ce domaine, sur les lâchetés dont il pourrait être tenté de faire preuve au moment de l'aborder.

La mobilisation s'impose aussi dans le chef des professionnels de la santé. On ne saurait assez souligner le travail remarquable accompli par ceux-ci. Le dévouement et l'abnégation que ce travail traduit au quotidien, dans des circonstances parfois très difficiles. Il importe que cet investissement ne serve pas de prétexte à une position de repli : il ne doit pas encourager un réflexe corporatiste motivé par la conviction que seuls des spécialistes sont à même de saisir ce que représente la lourde tâche de soigner autrui. En l'occurrence, la mobilisation est synonyme d'ouverture. Les professionnels doivent veiller à garder le contact avec la réalité qui les entoure, qu'elle soit juridique, politique ou autre. À cet égard, il leur revient notamment de combattre la tentation toujours présente de pratiquer ce paternalisme médical qui caractérisait la relation de soins il y a quelques décennies encore. Cette relation n'est plus celle d'une « confiance qui rejoint librement une conscience », pour reprendre les propos célèbres que tenait Louis Portes, président de l'Ordre des médecins français, en 1950. À tous égards, elle doit être fondée sur le dialogue : sur la rencontre de l'être souffrant qui se cache derrière le patient.

La mobilisation s'impose encore dans le chef de ceux que l'on a qualifiés de tiers profanes : les patients, avant tout. C'est-à-dire chacune et chacun, en tant qu'il peut être affecté à un stade ou l'autre de son existence par le pouvoir biomédical. Concrètement, tout patient potentiel – tout patient actuel aussi, dans la mesure des forces dont il dispose – a une tâche à assumer au cœur du champ biomédical. Il lui revient de prendre conscience des enjeux

en présence et de tout mettre en œuvre pour les comprendre, de façon à en développer une perception nuancée. Autrement dit, il doit refuser de céder à la facilité. Facilité de la critique stérile l'amenant à dénoncer par principe les solutions avancées par les autorités ou les professionnels au regard de questions biomédicales marquées par l'incertitude. Facilité du confort commode de se satisfaire pleinement de telles solutions, aussi. Le patient a sa part de responsabilité dans le processus d'élaboration de règles de conduite propres au champ biomédical. Il a également sa part de responsabilité dans l'établissement d'un dialogue fructueux au cœur de la relation de soins.

Il va de soi que de telles attitudes ne sauraient se matérialiser en un jour. Elles requièrent un travail en profondeur, dont il convient de se donner les moyens. Un enseignement adéquat devrait être dispensé dans les facultés de médecine, dans les établissements qui forment le personnel soignant, dans les facultés de droit, pour développer le sens du dialogue entre les disciplines. Des initiatives sont prises en ce sens ; il convient de les encourager. Des initiations aux problèmes de la biomédecine devraient être pratiquées dans les écoles. Notamment par les comités d'éthique nationaux, dont le rôle informatif, essentiel, devrait être mis en valeur. L'action des associations de bioéthique devrait être stimulée. Les médias eux-mêmes devraient en toutes circonstances veiller à pratiquer la nuance qui s'impose dans le domaine biomédical.

La tâche est ambitieuse, sans nul doute. Mais dans des sociétés confrontées au défi bioéthique, la promotion de l'homme est à ce prix.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES

I.1. TEXTES NATIONAUX

A. Algérie

Const. du 28 nov. 1996

B. Allemagne

L. fond. du 23 mai 1949

L. du 13 déc. 1990 relative à la protection de l'embryon, *BGBl*, 1990, I, p. 2746. Trad. franç. *in Recueil international de législation sanitaire*, 1991, 42 (1), p. 60

L. du 27 juill. 1992 relative à la protection de la vie prénatale, la promotion d'une société plus accueillante aux enfants, les aides en faveur des femmes enceintes en détresse et les conditions de l'interruption de grossesse, *BGBl*, 1992, I, p. 1398

C. Autriche

Code pénal du 23 janv. 1974

L. du 4 juin 1992 sur la médecine de reproduction, *BGBl*, 1992, n° 275

D. Belgique

Const. du 17 févr. 1994

1. Textes législatifs

a. Lois

Code pénal du 8 juin 1867

Code judiciaire du 10 oct. 1967

L. du 31 mars 1967 attribuant certains pouvoirs au Roi en vue d'assurer la relance économique, l'accélération de la reconversion régionale et la stabilisation de l'équilibre budgétaire, *M.B.*, 4 avr. 1967

A.R. n° 78 du 10 nov. 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé, *M.B.*, 14 nov. 1967

A.R. n° 79 du 10 nov. 1967 relatif à l'Ordre des Médecins, *M.B.*, 14 nov. 1967

L. spéc. de réforme institutionnelle du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980

L. du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 14 févr. 1987

L. coord. du 7 août 1987 sur les hôpitaux, *M.B.*, 7 oct. 1987

L. spéc. du 6 janv. 1989 sur la Cour d'arbitrage, *M.B.*, 7 janv. 1989

L. du 3 avr. 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, *M.B.*, 5 avr. 1990

L. du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, *M.B.*, 27 juin 1990

L. du 13 août 1990 visant à créer une commission d'évaluation de la loi du 3 avr. 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, *M.B.*, 20 oct. 1990

L. du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 20 août 1992

L. du 5 juill. 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine *M.B.*, 8 oct. 1994

L. du 25 janv. 1999 portant des dispositions sociales, *M.B.*, 6 févr. 1999

L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002

L. du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs, *M.B.*, 26 oct. 2002

L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 sept. 2002

L. du 28 janv. 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, *M.B.*, 9 avr. 2003

L. du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, *M.B.*, 28 mai 2003

L. du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine, *M.B.*, 18 mai 2004

b. Travaux parlementaires

1) Chambre des représentants

Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, Rapport, *Doc. parl.* Ch. représ., sess. ord. 1985-1986, n° 220/9

Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les art. 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les art. 352 et 353 du même Code, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1988-1989, n° 950/9

Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. représ, sess. ord. 1990-1991, n° 1586/4

Proposition de révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*quater* relatif au respect de la vie privée, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1993-1994, n° 997/5

Projet de loi relatif au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1993-1994, n° 1229/1

Proposition de loi relative à la procédure d'identification par analyses génétiques dans le cadre de la justice pénale, Développements, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1996-1997, n° 1047/1

Proposition de loi relative à l'euthanasie, Développements, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1999-2000, n° 0196/001

Proposition de loi visant à interdire la commercialisation des enfants, Développements, Doc. parl., Ch. représ., sess. ord. 2004-2005, n° 1823/1

2) Sénat

Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1984-1985, n° 832/1

Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1984-1985, n° 832/2

Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les art. 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les art. 352 et 353 du même Code, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. extraord. 1988, n° 247/2

Projet de loi relatif à la protection de la personne des malades mentaux, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1988-1989, n° 733/2

Proposition de loi créant un Comité consultatif national des questions bioéthiques, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, n° 0932/001

Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1991-1992, n° 306/2

Proposition de loi sur certains aspects de la bioéthique, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1991-1992, n° 413/1

Proposition de loi sur certains aspects de la bioéthique, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. extraord. 1995, n° 1/37-1

Proposition ultérieure tendant à insérer dans le Règlement du Sénat un article 77*ter*, instituant un Comité d'avis pour l'étude des problèmes bio-éthiques, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1995-1996, n° 1-193/1

Proposition de loi relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, Développements, *Sén.*, sess. extraord. 1999, n° 2-20/1

Proposition de loi relative à l'euthanasie, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-105/1

Proposition de loi visant à protéger les droits et la dignité de l'homme à l'approche de la mort, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-160/1

Proposition visant à créer une commission spéciale chargée des problèmes bioéthiques, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, séance du 8 févr. 2001 après-midi, n° 2-94

Commission spéciale chargée des problèmes bioéthiques, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, séance du 22 févr. 2001 après-midi, n° 2-98

Proposition de loi relative à l'euthanasie, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 244/22

Proposition de loi relative à l'euthanasie, Annexe au rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/24

Proposition de loi relative aux soins palliatifs, Annexe au rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-246/7

Proposition de loi relative à la recherche sur les embryons in vitro, Annexes au rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2001-2002, n° 2-695/13

Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2004-2005, n° 3-1230/1

c. Avis consultatifs

1) Section de législation du Conseil d'État

Avis du 22 oct. 1991 sur un projet d'arrêté royal réglementant le prélèvement, le contrôle sanitaire, la conservation, la distribution, la mise à disposition de sperme humain provenant d'un donneur anonyme en vue d'une insémination artificielle, *in* Projet de loi relatif au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 1048/2, pp. 28-29

Avis du 2 févr. 1993 sur un projet de loi relatif au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1993-1994, n° 1229/1, p. 26

Avis des 22, 25 et 30 juin 1998 sur un projet de loi portant des dispositions sociales, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 1997-1998, n° 1722/1, p. 162

Avis du 20 juin 2001 sur une proposition de loi relative à l'euthanasie et sur une proposition de la loi relative aux soins palliatifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-244/21

Avis du 4 déc. 2001 sur un projet de loi relatif aux droits du patient, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 2001-2002, n° 1642/1, p. 59

Avis du 6 janv. 2004 sur un projet de loi relatif à l'expérimentation sur la personne humaine, *Doc. parl.*, Ch. représ., sess. ord. 2003-2004, n° 798/1, p. 74

2) Comité consultatif de bioéthique

Avis n° 2, du 27 juill. 1997, concernant la Convention du Conseil de l'Europe sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine, *www.health.fgov.be/bioeth*

Avis n° 5, du 9 févr. 1998, relatif à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *www.health.fgov.be/bioeth*

Avis n° 12, du 10 janv. 2000, relatif à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *www.health.fgov.be/bioeth*

Avis n° 13, du 9 juill. 2001, relatif aux expérimentations sur l'homme, *www.health. fgov.be/bioeth*

Avis n° 14, du 10 déc. 2001, relatif aux règles éthiques face aux personnes atteintes de démence, *www.health.fgov.be/bioeth*

Avis n° 16, du 25 mars 2002, relatif au refus de transfusion sanguine par les Témoins de Jéhovah, *www.health.fgov.be/bioeth*

Avis n° 18, du 16 sept. 2002, relatif à la recherche sur l'embryon humain *in vitro*, *www.health.fgov.be/bioeth*

3) Autres avis

VERDUSSEN, M., Exposé devant la Commission des affaires institutionnelles du Sénat, Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-465/4, p. 57

2. Textes réglementaires

A.R. du 23 oct. 1964 portant fixation des normes auxquelles les hôpitaux et leurs services doivent répondre, *M.B.*, 7 nov. 1964

A.R. du 6 févr. 1970 réglant l'organisation et le fonctionnement des conseils de l'Ordre des Médecins, *M.B.*, 14 févr. 1970

A.R. du 16 sept. 1985 concernant les normes et protocoles applicables en matière d'essais de médicaments à usage humain, *M.B.*, 13 nov. 1985

A.R. du 12 août 1994 modifiant l'arrêté royal du 23 oct. 1964 fixant les normes auxquelles les hôpitaux et leurs services doivent répondre, *M.B.*, 27 sept. 1994

A.R. du 6 mai 1997 relatif aux tâches spécifiques des membres du collège des procureurs généraux, *M.B.*, 14 mai 1997

A.R. du 15 juill. 1997 relatif aux dispositifs médicaux implantables actifs, *M.B.*, 1er août 1997

A.R. du 18 mars 1999 relatif aux dispositifs médicaux, *M.B.*, 14 avr. 1999

3. Autres textes normatifs

Acc. coop. portant création d'un Comité consultatif de bioéthique, conclu à Bruxelles le 15 janv. 1993 entre l'État, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, *M.B.*, 12 mai 1993

4. Textes professionnels

Conseil national de l'Ordre des médecins

Code de déontologie médicale du Conseil national de l'Ordre des médecins du 1er mars 1993, *www.ordomedic.be*

Avis du Conseil national de l'Ordre de médecins belge, du 16 mars 1985, « Médecine sportive », *Bulletin du Conseil national*, n° 33, p. 43

Résolution du Conseil national de l'Ordre des médecins, du 14 déc. 1991, « Bioéthique et Conseil national de l'Ordre des médecins », *Bulletin du Conseil national*, n° 55, p. 32

Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins, du 20 juin 1998, « 'Consentement éclairé' chez des patients atteints de confusion », *Bulletin du Conseil national*, n° 82, p. 7

Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins, du 15 janv. 2000, « relatif à l'implication médicale dans le cadre de la vie finissante – euthanasie », *Bulletin du Conseil national*, n° 87, p. 8

Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins, du 22 mars 2003, relatif aux soins palliatifs, à l'euthanasie et à d'autres décisions médicales concernant la fin de la vie, *Bulletin du Conseil national*, n° 100, p. 6

E. Canada

1. Lois

a. Lois fédérales

L. const. de 1982

L. du 29 mars 2004 concernant la procréation assistée et la recherche connexe, *Gazette du Canada*, vol. 138, n° 15, 10 avr. 2004

b. Lois provinciales

Code des professions du Québec, 1973, *L.R.Q.*, C-26

Code civil du Québec, 18 déc. 1991, *L.Q.*, 1991, c. 64

L. médicale du Québec, 1909, *L.R.Q.*, ch. M-9

Charte des droits et libertés de la personne du Québec, 27 juin 1975, *L.R.Q.*, C-12

2. Travaux parlementaires

L. concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine, Projet de loi C-47, *Chambre des Communes du Canada*, 2e session, 35e législature, 45 Elizabeth II, 1996

L. établissant les droits des patients en matières de santé, de traitement et de dossiers, Projet de loi C-261, *Chambre des Communes*, 1re session, 37e législature, 49-50 Elizabeth II, 2001, Première lecture le 12 févr. 2002

L. modifiant le Code criminel (manipulation génétique), Projet de loi n° C-336, *Chambre des Communes*, 1re session, 37e législature, 49-50 Elizabeth II, 2001, Première lecture le 5 avr. 2002

L. concernant la procréation médicalement assistée, Projet de loi n° C-56, *Chambre des Communes du Canada*, 1re session, 37e législature, 49-50-51 Elizabeth II, 2001-2002, Première lecture le 9 mai 2002

L. sur la procréation médicalement assistée, Projet de loi n° C-13, *Chambre des Communes du Canada*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002, Première lecture le 9 oct. 2002

L. modifiant le Code criminel (protection de l'enfant avant sa naissance), Projet de loi C-233, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002, Première lecture le 21 oct. 2002

L. établissant les droits des patients en matières de santé, de traitement et de dossiers, Projet de loi C-238, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002, Première lecture le 23 oct. 2002

L. modifiant le Code criminel afin d'interdire la coercition contre une personne à l'égard des actes médicaux qui sont contraires à sa religion ou à sa croyance au caractère inviolable de la vie humaine, Projet de loi n° C-276, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002, Première lecture le 30 oct. 2002

L. modifiant le Code criminel (prélèvement d'échantillons de substances corporelles), Projet de loi n° C-277, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002, Première lecture le 30 oct. 2002

L. sur la protection de la vie privée des patients et de la confidentialité des renseignements personnels sur la santé, Projet de loi C-311, *Chambre des Communes*, 2e session, 37e législature, 51 Elizabeth II, 2002, Première lecture le 20 nov. 2002

L. concernant la procréation assistée et la recherche connexe, Projet de loi n° C-6, *Chambre des Communes du Canada*, 3e session, 37e législature, 52-53 Elizabeth II, 2004, adopté par la Chambre des Communes le 11 févr. 2004, sanctionné le 29 mars 2004

F. Danemark

L. du 9 déc. 1967 sur le prélèvement des tissus humains

L. du 13 juin 1973 relative à l'interruption de grossesse, *Lovtidende for Kongeriget Danmark*, 1973, partie A, 6 juill. 1973, n° 32

L. du 13 juin 1990 relative à l'examen des corps de personnes décédées, aux autopsies et à la transplantation d'organes, *Lovtidende for Kongeriget Danmark*, 1990, 14 juin 1990, n° 63

G. Espagne

Const. du 27 déc. 1978

L. organique n° 9 du 5 juill. 1985 portant modification de l'art. 417*bis* du Code pénal (dépénalisation partielle de l'avortement), *B.O.E.*, n° 166, 12 juill. 1985

L. du 22 nov. 1988 sur les techniques de reproduction assistée, *B.O.E.*, n° 282, 24 nov. 1988 et n° 284, 26 nov. 1988

L. du 28 déc. 1988 sur le don et l'utilisation des fœtus humains et des embryons ou de leurs cellules, tissus et organes, *B.O.E.*, n° 314, 31 déc. 1988

H. États-Unis d'Amérique

Const. fédérale du 17 sept. 1787

Executive Order n° 12975, du 3 oct. 1995, « Protection of Human Research Subjects and Creation of National Bioethics Advisory Commission », *Federal Register*, 5 oct. 1995, vol. 60, n° 193

Executive Order n° 13237, du 28 nov. 2001, « Creation of The President's Council on Bioethics », *Federal Register*, 30 nov. 2001, vol. 66, p. 59851

I. Finlande

Const. du 11 juin 1999

J. France

Const. du 3 sept. 1791

Const. du 24 juin 1793

Const. du 4 oct. 1958

1. Textes législatifs

a. Lois

Code de la santé publique du 15 juin 2000

L. n° 75-17 du 17 janv. 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *J.O.R.F.*, 18 janv. 1975

L. n° 76-1181 du 22 déc. 1976 relative aux prélèvements d'organes, *J.O.R.F.*, 23 déc. 1976

L. n° 85-1376 du 23 déc. 1985 relative à la recherche et au développement technologique, *J.O.R.F.*, 27 déc. 1985

L. n° 94-548 du 1er juill. 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.*, 2 juill. 1994

L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, *J.O.R.F.*, 30 juill. 1994

L. n° 94-654 du 29 juill. 1994 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, *J.O.R.F.*, 30 juill. 1994

L. n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs, *J.O.R.F.*, 10 juin 1999

L. n° 2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *J.O.R.F.*, 7 juill. 2001

L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *J.O.R.F.*, 5 mars 2002

L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *J.O.R.F.*, 7 août 2004

b. Travaux parlementaires

1) Assemblée nationale

Proposition de loi tendant à rendre irrecevable toute demande d'indemnisation du seul fait de sa naissance, Ass. nat., 11e légis., n° 2805, 13 déc. 2000

Proposition de loi relative à l'interdiction de poursuivre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis, Ass. nat., 11e légis., n° 2806, 13 déc. 2000

Proposition de loi instituant un moratoire sur les demandes en recherche de responsabilité du fait de la naissance et du maintien de la vie, Ass. nat., 11e légis., n° 2844, 9 janv. 2001

Projet de loi relatif à la bioéthique, Ass. nat., 11e légis., n° 3166, 20 juin 2001

Projet de loi relatif à la bioéthique, Ass. nat., 11e légis., Texte adopté n° 763, 22 janv. 2002

2) Sénat

Proposition de loi visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né », Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 442, 21 sept. 2001

Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Amendements n° 14 et n° 15 présentés par MM. Giraud, Dériot et Lorrain au nom de la Commission des affaires sociales, Sén., sess. ord. 2001-2002, 17 et 31 janv. 2002

c. Avis consultatifs

1. Conseil d'État

Avis du 26 sept. 2002 portant sur la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relatif au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États-membres, *Rev. fr. dr. adm.*, 2003, p. 465

2. Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

Avis n° 60, du 25 juin 1998, sur le réexamen des lois de bioéthique, *www.ccne-ethique.org*

Avis n° 67, du 27 janv. 2000, sur l'avant-projet de loi de révision des lois de bioéthique, *www.ccne-ethique.org.*

2. Textes réglementaires

Décr. n° 83-132 du 23 févr. 1983 créant le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *J.O.R.F.*, 25 févr. 1983

A. du 20 janv. 1993 relatif au diplôme d'études universitaires générales sciences et aux licences et maîtrises du secteur sciences, *J.O.R.F.*, 17 févr. 1993

Décr. n° 97-555 du 29 mai 1997 relatif au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *J.O.R.F.*, 30 mai 1997

Décr. n° 2000-685 du 21 juill. 2000 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'emploi et de la solidarité et aux attributions de certains de ses services, *J.O.R.F.*, 23 juill. 2000

3. Textes professionnels

Conseil national de l'Ordre des médecins

« Révision des lois de bioéthique », prise de position adoptée par le Conseil national de l'Ordre des médecins en session de juill. 1998, *www.conseil-national.médecin.fr*

« Déontologie médicale et diagnostic génétique », rapport adopté par le Conseil national de l'Ordre des médecins le 26 sept. 1997, *www.conseil-national.médecin.fr*

K. Grèce

Const. du 9 juin 1975

L. Irlande

Const. du 1er juill. 1937

M. Italie

Const. du 22 déc. 1947

L. n° 194 du 22 mai 1978 sur l'avortement, *G.U.*, n° 140, 22 mai 1978

N. Luxembourg

Const. du 17 oct. 1868

O. Pays-Bas

Const. du 17 févr. 1983

P. Portugal

Const. du 2 avr. 1976

Q. Royaume-Uni

L. du 27 oct. 1967 portant modification et éclaircissement relatifs à la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse par des médecins immatriculés, *The London Gazette*, 31 oct. 1967

L. du 1er nov. 1990 sur la fécondation humaine et l'embryologie, *The London Gazette*, 6 nov. 1990

L. du 16 juill. 1992 modifiant la L. du 1er nov. 1990 sur la fécondation humaine et l'embryologie, *The London Information*, 21 juill. 1992

R. Slovaquie

Const. du 3 sept. 1992

S. Suède

L. du 12 juin 1974 autorisant l'interruption volontaire de grossesse, *S.F.S.*, 1974, n° 595

L. du 20 déc. 1984 modifiant le code de la famille en ce qui concerne la filiation et l'insémination artificielle, *S.F.S.*, 1984, n° 1140

L. du 14 juin 1988 sur la fécondation *in vitro*, *S.F.S.*, 1988, n° 764

L. du 14 mars 1991 sur l'utilisation des technologies génétiques sur l'être humain et les expériences sur des œufs humains, *S.F.S.*, 1991, n° 114

L. du 14 mars 1991 relative aux mesures à des fins de recherche ou de traitement en rapport avec des ovocytes humains fécondés, *S.F.S*, 1991, n° 115

T. Suisse

Const. fédérale du 29 mai 1874

Const. fédérale du 18 avr. 1999

« Recherche sur l'être humain – Création d'une base constitutionnelle », *Conseil des États*, Motion n° 03.3007, 18 févr. 2003, *www.parlament.ch/afs/data/f*

1. Textes législatifs

a. Lois

L. du 18 déc. 2000 sur la procréation médicalement assistée, *R.O.*, 2000, 3055 ; *R.S.*, 814.90

L. du 23 mars 2001 portant modification du Code pénal, *R.O.*, 2002, 2989 ; *R.S.*, 311.0

b. Travaux parlementaires

Parlement fédéral, Note de synthèse, n° 02.083, « Loi relative à la recherche sur les cellules souches », *www.parlament.ch/f/.*

2. Textes réglementaires

Ordon. du Conseil fédéral du 19 nov. 1980 concernant les examens de médecin, *R.O.*, 1982, 575 ; *R.S.*, n° 811.112.2

3. Initiatives et messages

Initiative populaire fédérale du 19 nov. 1999 « Pour la mère et l'enfant – pour la protection de l'enfant à naître et pour l'aide à sa mère dans la détresse », *Feuille fédérale*, 2000, p. 207

Message du Conseil fédéral du 20 nov. 2002 relatif à la recherche sur les embryons surnuméraires et sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les embryons), *Feuille fédérale*, 2003, p. 1065

4. Textes professionnels

Fédération des médecins suisses

Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses du 12 déc. 1996, *www.fmh.ch/ww/fr*

U. Venezuela

Const. du 15 déc.1999

I.2. TEXTES INTERNATIONAUX

A. Organisations intergouvernementales

1. Organisation des Nations Unies (ONU)

a. Assemblée générale

Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n° 53/152, du 9 déc. 1998, « Le génome humain et les droits de l'homme », *Documents de l'Assemblée générale*, 53e session, n° A/RES/53/152

Résolution de l'Assemblée générale n° 56/93, du 12 déc. 2001, « Convention internationale contre le clonage d'êtres humains à des fins de reproduction », *Documents de l'Assemblée générale*, 56e session, n° A/RES/56/93

Résolution de l'Assemblée générale n° 59/280, du 8 mars 2005, « Déclaration des Nations unies sur le clonage des êtres humains », 59e session, n° A/RES/280

b. Commission des droits de l'homme

Résolution de la Commission des droits de l'homme n° 1993/91, du 10 mars 1993, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents officiels du Conseil économique et social*, 1993, n° E/CN.4/RES/1993/91

Résolution de la Commission des droits de l'homme n° 1995/82, du 8 mars 1995, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents officiels du Conseil économique et social*, 1995, n° E/CN.4/RES/1995/82

Résolution de la Commission des droits de l'homme n° 1997/71, du 16 avr. 1997, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents officiels du Conseil économique et social*, 1997, n° E/CN.4/RES/1997/71

Résolution de la Commission des droits de l'homme n° 1999/63, du 28 avr. 1999, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents officiels du Conseil économique et social*, 1999, n° E/CN.4/RES/1999/63

Résolution de la Commission des droits de l'homme n° 2001/71, du 25 avr. 2001, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents officiels du Conseil économique et social*, 2001, n° E/CN.4/RES/2001/71

c. Secrétaire général

Rapport du Secrétaire général de l'ONU, du 15 nov. 1994, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents officiels du Conseil économique et social*, 1995, n° E/CN.4/1995/74

Rapport du Secrétaire général de l'ONU, du 20 déc. 1996, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents officiels du Conseil économique et social*, 1997, n° E/CN.4/1997/66

Rapport du Secrétaire général de l'ONU, du 15 janv. 1999, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents officiels du Conseil économique et social*, 1999, n° E/CN.4/1999/90

Rapport du Secrétaire général de l'ONU, du 21 nov. 2001, « Droits de l'homme et bioéthique », *Documents de l'Assemblée générale*, 56e session, n° A/56/643

2. Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)

a. Conférence générale

Recommandation de la Conférence générale des États membres de l'UNESCO, du 20 nov. 1974, concernant la condition des chercheurs scientifiques, *www.unesco.org/human_rights/ hrcf.htm*

Résolution de la Conférence générale des États membres de l'UNESCO, du 15 nov. 1993, « Préparation d'un instrument international pour la protection du génome humain », *Actes de la Conférence générale*, 27e session, vol. 1, n° 27 C/5.15

Résolution de la Conférence générale des États membres de l'UNESCO, du 11 nov. 1997, « Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme », *Actes de la Conférence générale*, 29e session, vol. 1, n° 29 C/16

Résolution de la Conférence générale des États membres de l'UNESCO, du 2 nov. 2001, « Grand programme III – Sciences sociales et humaines » *Actes de la Conférence générale*, 31e session, vol. 1, n° 31 C/21

Programme et budget approuvés pour 2000-2001, *Documents de la Conférence générale*, 30e session, n° 30 C/5

b. Conseil exécutif

Décision du Conseil exécutif de l'UNESCO n° 140 EX/4.1, oct. 1992, « Propositions préliminaires du Directeur général concernant le Projet de programme et de budget pour 1994-1995 », *Documents du Conseil exécutif*, 140e session

Décision du Conseil exécutif de l'UNESCO, du 7 mai 1998 n° 154 EX/8.4, « Rapport du Directeur général sur la mise en œuvre de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme », *Documents du Conseil exécutif*, 154e session

c. Directeur général

Étude présentée par le Directeur général de l'UNESCO, du 30 sept. 1993, concernant la possibilité de mettre au point un instrument international pour la protection du génome humain, *Documents de la Conférence générale*, 27e session, n° 27 C/45

Rapport du Directeur général de l'UNESCO, du 7 sept. 1995, sur la préparation d'un éventuel instrument international pour la protection du génome humain, *Documents de la Conférence générale*, 28e session, n° 28 C/38

Rapport du Directeur général de l'UNESCO, du 18 avr. 1997, « Faisabilité, mode de fonctionnement et coût d'une Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies », *Documents du Conseil exécutif*, 151e session, n° 151 EX/44

Rapport du Directeur général de l'UNESCO, du 22 sept. 1999, sur la mise en œuvre de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, *Documents de la Conférence générale*, 30e session, n° 30 C/26

Rapport du Directeur général de l'UNESCO, du 18 juill. 2001, sur le colloque « La bioéthique et les droits de l'enfant », *Documents de la Conférence générale*, 31e session, n° 31 C/12

Rapport du Directeur général de l'UNESCO, du 23 août 2001, « Programme de bioéthique : priorités et perspectives », *Documents du Conseil exécutif*, 162e session, n° 162 EX/13

Rapport du Directeur général de l'UNESCO, du 10 avr. 2002, sur les suites à réserver à la Table ronde des ministres de la science sur la bioéthique (22-23 oct. 2001), *Documents du Conseil exécutif*, 164e session, n° 164 EX/15

Rapport du Directeur général de l'UNESCO, du 22 sept. 2003, sur la possibilité d'élaborer des normes universelles sur la bioéthique, *Documents de la Conférence générale*, 32e session, n° 32 C/59

d. Autres documents

Document de base établi par l'UNESCO pour la 93e Conférence interparlementaire (Madrid, 27 mars – 1er avr. 1995), « La bioéthique : enjeu international pour la protection des droits de la personne humaine », Introduction

Déclaration sur la science et l'utilisation du savoir scientifique adoptée le 1er juill. 1999 par la Conférence mondiale sur la science (UNESCO, Budapest, 26 juin – 1er juill. 1999), *www.unesco.org/science/wcs/fre/declaration_f.htm*

Agenda pour la science – cadre d'action adopté le 1er juill. 1999 par la Conférence mondiale sur la science (UNESCO, Budapest, 26 juin – 1er juill. 1999), *www.unesco.org /science/wcs/fre/agenda.htm*

Table ronde des Ministres de la science sur « La bioéthique : un enjeu international » (Paris, UNESCO, 22-23 oct. 2001), Document de discussion, 28 sept. 2001, *portal.unesco.org/shs/fr*

Table ronde des Ministres de la science sur « La bioéthique : un enjeu international » (Paris, UNESCO, 22-23 oct. 2001), Communiqué, 23 oct. 2001, *portal.unesco.org/shs/fr*

3. Organisation mondiale de la santé (OMS)

Constitution de l'Organisation mondiale de la santé adoptée par la Conférence internationale sur la santé (New-York, 19-22 juin 1946), *Actes officiels de l'Organisation mondiale de la santé*, n° 2, juin 1948, pp. 100-109

Résolution de la 50e Assemblée mondiale de la santé n° WHA 50.37, du 14 mai 1997, sur le clonage dans la reproduction humaine, *Recueil des résolutions et décisions de l'Assemblée mondiale de la santé et du Conseil exécutif.*, vol. III (3e éd.), 8.2.1

4. Conseil de l'Europe

a. Conventions

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 nov. 1950, *www.conventions.coe/int/treaty*

Charte européenne de l'autonomie locale du Conseil de l'Europe, signée à Strasbourg le 15 oct. 1985, *www.conventions.coe/int/treaty*

Charte européenne de l'autonomie locale du Conseil de l'Europe, signée à Strasbourg le 15 oct. 1985, Rapport explicatif, *www.conventions.coe/int/treaty*

Convention pour 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 (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), signée à Oviedo le 4 avr. 1997, *www.conventions.coe.int/treaty*

Convention pour 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 (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), signée à Oviedo le 4 avr. 1997, Rapport explicatif, *www.conventions.coe.int/treaty*

Protocole additionnel à la Convention pour 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, portant interdiction du clonage d'êtres humains, signé à Paris le 12 janv. 1998, *www.conventions.coe.int/treaty*

Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la transplantation d'organes et de tissus humains, signé à Strasbourg le 24 janv. 2002, *www.conventions.coe.int/treaty*

Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale, signé à Strasbourg le 25 janv. 2005, *www.conventions.coe.int/treaty*

b. Assemblée parlementaire

Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n ° 1160 (1991), du 28 juin 1991, relative à l'élaboration d'une convention de bioéthique, *www.assembly.coe.int*

Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 1213 (1993), du 13 mai 1993, relative aux développements de la biotechnologie et aux conséquences pour l'agriculture, *www.assembly.coe.int*

Avis de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le projet de Convention de bioéthique, *Doc.* n° 7223, 25 janv. 1995, *www.assembly.coe.int*

Avis de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 184 (1995), du 2 févr. 1995, sur le projet de convention de bioéthique (projet de convention pour 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), *www.assembly.coe.int*

Rapport de la Commission de la science et de la technologie de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, du 19 juill. 1996, portant avis sur le projet de Convention pour 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 : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, *www.assembly.coe.int*

Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 1468 (2000), du 29 juin 2000, relative aux biotechnologies, *www.assembly.coe.int*

c. Comité des Ministres

Mandat du Comité directeur pour la bioéthique, CM/Dél/Concl(92)472/17, annexe 12, *www.coe.int/T/F/Affaires_juridiques*

d. Autres documents

Résolution de la 17e Conférence des Ministres européens de la Justice (Istanbul, 5-7 juin 1990) n° 3 relative à la bioéthique, *www.legal.coe.int/bioethics/html*

5. Union européenne

a. Traités

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *J.O.C.E.*, n° C-310, du 16 déc. 2004

b. Directives

Dir. (C.E.E.) n ° 75/318 du Conseil, du 20 mai 1975, relative au rapprochement des législations des États membres concernant les normes et protocoles analytiques, toxico-pharmacologiques et chimiques en matière d'essais de spécialités pharmaceutiques, *J.O.C.E.*, n° L 147, du 9 juin 1975, p. 1

Dir. (C.E.E.) n° 90/385 du Conseil, du 20 juin 1990, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux dispositifs médicaux implantables actifs, *J.O.C.E.*, n° L 189, du 20 juill. 1990, p. 17

Dir. (C.E.E.) n° 91/507 de la Commission, du 19 juill. 1991, modifiant l'annexe de la directive 75/318/CEE du Conseil relative au rapprochement des législations des États membres concernant les normes et protocoles analytiques, toxico-pharmacologiques et cliniques en matière d'essais des médicaments, *J.O.C.E.*, n° L 270, du 26 sept. 1991, p. 32

Dir. (C.E.E.) n° 93/42 du Conseil, du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux, *J.O.C.E.*, n° L 169, du 12 juill. 1993, p. 1

Dir. (C.E.E.) n° 98/44 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juill. 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *J.O.C.E.*, n° L 213, du 30 juill. 1998, p. 13

Dir. (C.E.) n° 2001/20 du Parlement européen et du Conseil, du 4 avr. 2001, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, *J.O.C.E.*, n° L 121, du 1er mai 2001, p. 34

Dir. (C.E.) n° 2001/83 du Parlement européen et du Conseil, du 6 nov. 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, *J.O.C.E.*, n° L 311, du 28 nov. 2001, p. 67

Dir. (C.E.) n° 2003/94 de la Commission, du 8 oct. 2003, établissant les principes et lignes directrices de bonnes pratiques de fabrication concernant les médicaments à usage humain et les médicaments expérimentaux à usage humain, *J.O.C.E.*, n° L 262, du 14 oct. 2003, p. 22

c. Décisions

1) Décisions du Parlement européen et du Conseil

Déc. (C.E.) n° 1110/94 du Parlement européen et du Conseil, du 26 avr. 1994, relative au quatrième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions de recherche, de développement technologique et de démonstration (1994-1998), *J.O.C.E.*, n° L 126, du 18 mai 1994, p. 1

Déc. (C.E.) n° 182/1999 du Parlement européen et du Conseil, du 22 déc. 1998, relative au cinquième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions de recherche, de développement technologique et de démonstration (1998-2002), *J.O.C.E.*, n° L 26, du 1er février 1999, p. 1

Déc. (C.E.) n° 1513/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, relative au sixième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions de recherche, de développement technologique et de démonstration contribuant à la réalisation de l'espace européen de la recherche et à l'innovation (2002-2006), *J.O.C.E.*, n° L 232, du 29 août 2002, p. 1

2) Décisions du Conseil

Déc. (C.E.E.) n° 91/505 du Conseil, du 9 sept. 1991, adoptant un programme spécifique de recherche et de développement technologique dans le domaine de la biomédecine et de la santé (1990-1994), *J.O.C.E.*, n° L 267, du 24 sept. 1991, p. 25

Déc. (C.E.) n° 94/805 du Conseil, du 23 nov. 1994, adoptant un programme spécifique de recherche, de développement technologique et de démonstration dans le domaine de l'agriculture et de la pêche (y compris l'agro-industrie, les technologies alimentaires, la sylviculture, l'aquaculture et le développement rural) (1994-1998), *J.O.C.E.*, n° L 361, du 31 déc. 1994, p. 25

Déc. (C.E.) n° 94/913 du Conseil, du 15 déc. 1994, adoptant un programme spécifique de recherche, de développement technologique et de démonstration dans le domaine de la biomédecine et de la santé (1994-1998), *J.O.C.E.*, n° L 361, du 31 déc. 1994, p. 40

Déc. (C.E.) n° 1999/167 du Conseil, du 25 janv. 1999, arrêtant un programme spécifique de recherche, de développement technologique et de démonstration dans le domaine « Qualité de la vie et gestion des ressources du vivant » (1998-2002), *J.O.C.E.*, n° L 064, du 12 mars 1999, p. 1

3) Décisions de la Commission

Décision de la Commission européenne du 16 nov. 1997, création du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies

d. Résolutions

Résolution du Parlement européen, du 28 oct. 1993, relatif au clonage d'embryons humains, *J.O.C.E.*, n° C 315, du 22 nov. 1993, p. 224

Résolution du Parlement européen, du 12 mars 1997, sur le clonage, *J.O.C.E.*, n° C 115, du 14 avr. 1997, p. 92.

e. Déclarations

Déclaration du Conseil européen sur l'interdiction du clonage humain, Conseil européen d'Amsterdam (16-17 juin 1997), conclusions de la présidence, annexe IV, *ue.eu.int/ueDocs*

B. Organisations non gouvernementales

1. Union interparlementaire

Résolution adoptée par la 93^{e} Conférence interparlementaire de l'Union interparlementaire (Madrid, 27 mars – 1er avr. 1995) sur le thème « la bioéthique : enjeu international pour la protection des droits de la personne humaine », *www.ipu.org/conf-f/93-2.htm*

2. Association médicale mondiale

Déclaration d'Helsinki – Principes éthiques applicables aux recherches médicales sur l'être humain, adoptée par la 18^{e} Assemblée générale (Helsinki, juin 1964) et amendée par la 29^{e} Assemblée générale (Tokyo,1975), par la 35^{e} Assemblée générale (Venise, octobre 1983), par la 41^{e} Assemblée générale (Hong Kong, septembre 1989), par la 48^{e} Assemblée générale (Somerset West, octobre 1996) et par la 52 Assemblée générale (Édimbourg, octobre 2000). Addition de deux notes explicatives concernant ses paragraphes 29 et 30 aux Assemblées générales de Washington (2002) et Tokyo (2004), *www.wma.net/f/policy/b3.htm*

3. Conseil des Organisations internationales des sciences médicales

Directives internationales proposées pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains (« Déclaration de Manille », 1982). Projet conjoint de l'Organisation mondiale de la santé et du Conseil des organisations internationales des sciences médicales, *www.infodoc.inserm.fr/ethique/ethique.nsf*

Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains, 1993, *Recueil international de législation sanitaire,* 44, 1993, pp. 734-741

Déclaration d'Ixtapa adoptée par la XXVIIIe Conférence du Conseil des organisations internationales des sciences médicales (CIOMS) sur le thème « Pauvreté, vulnérabilité, valeur de la vie humaine et naissance de la bioéthique » (Ixtapa, 17-20 avr. 1994), *Bulletin of Medical Ethics*, 104, 1994, pp. 10-11

Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains, 2002, *www.cioms.ch/ frame_french_text.htm*

C. Associations

Constitution de l'Association internationale de bioéthique, version de 1999, *www.bioethics-international.org*

D. Textes divers

Charte d'Ottawa pour la promotion de la santé, adoptée par la première Conférence internationale pour la promotion de la santé (Ottawa, 17-21 nov. 1986), *www.sante.cfwb.be/charger/ottawachart.pdf*

Résolution de la 32e session ordinaire de la Conférence des Chefs d'États et de Gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (Yaoundé, 8-10 juill. 1996) sur la bioéthique, *www.unav.es/cdb/intoua.html*

Communiqué du Groupe des huit pays les plus industrialisés (G8) à l'issue du Sommet de Denver, 22 juin 1997, *www.g8.fr/evian/français/*

« Déclaration de Monaco : réflexion sur la bioéthique et les droits de l'enfant », adoptée le 30 avr. 2000 par l'*International Symposium on Bioethics and the Rights of the Child* (Monaco, 28-30 avr. 2000), *www.unav.es/cdb/unemonaco.html*

Communiqué du Groupe des huit pays les plus industrialisés (G8) à l'issue du Sommet de Okinawa, 23 juill. 2000, *www.g8.fr/evian/français*

II. JURISPRUDENCE

II.1. JURISPRUDENCE NATIONALE

A. Allemagne

C. const., 15 déc. 1970, *BVerfGe*, t. 30, p. 24

C. const., 19 oct. 1971, *BVerfGE*, t. 32, p. 98

C. const., 25 févr. 1975, *BVerfGE*, t. 39, p. 1 ; *EuGRZ*, 1975, p. 126

C. const., 11 oct. 1978, *BVerfGE*, t. 49, p. 286

C. const., 25 juill. 1979, *BVerfGE*, t. 52, p.131

C. const., 23 avr. 1991, *BVerfGE*, t. 84, p. 90

C. const., 26 janv. 1993, *BVerfGE*, t. 88, p. 87

C. const., 28 mai 1993, *BVerfGE*, t. 88, p. 203 ; *EuGRZ*, 1993, p. 229

C. const., 5 mars 1997, commenté et traduit partiellement par MATHIEU, B., « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos de et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *Cahiers Cons. const.*, 1998, n° 6, *www.conseil-constitutionnel.fr*

C. const., 28 janv. 1999, *EuGRZ*, 1999, p. 241

C. const., 18 févr. 1999, *EuGRZ*, 1999, p. 242

B. Autriche

C. const., 11 oct. 1974, *EVfSlg*, 1974, n° 7400 ; *EuGRZ*, 1975, p. 74

C. Belgique

1. Cour d'arbitrage

C. arb., 30 juin 1988, n° 66, *M.B.*, 21 juill. 1988

C. arb., 13 juill. 1989, n° 20/89, *M.B.*, 21 juill. 1989

C. arb., 13 oct. 1989, n° 23/89, *M.B.*, 8 nov. 1989

C. arb., 23 mai 1990, n° 18/90, *M.B.*, 27 juill. 1990

C. arb., 14 juill. 1990, n° 26/90, *M.B.*, 4 août 1990

C. arb., 16 oct. 1991, n° 26/91, *M.B.*, 23 nov. 1991

C. arb., 19 déc. 1991, n° 39/91, *M.B.*, 24 janv. 1992

C. arb., 23 avr. 1992, n° 31/92, *M.B.*, 11 juin 1992

C. arb., 18 juin 1992, n° 45/92, *M.B.*, 17 juill. 1992

C. arb., 12 nov. 1992, n° 69/92, *M.B.*, 9 déc. 1992

C. arb., 17 déc. 1992, n° 78/92, *M.B.*, 19 janv. 1993

C. arb., 18 févr. 1993, n° 14/93, *M.B.*, 3 mars 1993

C. arb., 15 juill. 1993, n° 62/93, *M.B.*, 5 août 1993

C. arb., 3 févr. 1994, n° 12/94, *M.B.*, 11 mars 1994

C. arb., 8 mars 1994, n° 22/94, *M.B.*, 25 mars 1994

C. arb., 21 déc. 1995, n° 87/95, *M.B.*, 23 janv. 1996

C. arb., 9 janv. 1996, n° 4/96, *M.B.*, 27 févr. 1996

C. arb., 15 mai 1996, n° 31/96, *M.B.*, 25 juin 1996

C. arb., 6 juin 1996, n° 36/96, *M.B.*, 10 juill. 1996

C. arb., 12 juill. 1996, n° 45/96, *M.B.*, 27 juill. 1996

C. arb., 8 juill. 1997, n° 37/97, *M.B.*, 16 juil. 1997

C. arb., 15 juill. 1998, n° 83/98, *M.B.*, 5 août 1998

C. arb., 9 déc. 1998, n° 132/98, *M.B.*, 19 mars 1999

C. arb., 10 nov. 1999, n° 116/99, *M.B.*, 29 déc. 1999

C. arb., 22 déc. 1999, n° 136/99, *M.B.*, 24 févr. 2000

C. arb., 31 oct. 2000, n° 108/2000, *M.B.*, 21 nov. 2000

C. arb., 8 mai 2001, n° 64/2001, *M.B.*, 28 juin 2001

C. arb., 6 nov. 2001, n° 140/2001, *M.B.*, 22 déc. 2001

C. arb., 9 janv. 2002, n° 10/2002, *M.B.*, 19 mars 2002

C. arb., 20 févr. 2002, n° 40/2002, *M.B.*, 26 mars 2002

C. arb., 26 juin 2002, n° 112/2002, *M.B.*, 21 août 2002

C. arb., 11 déc. 2002, n° 185/2002, *M.B.*, 24 févr. 2003

C. arb., 12 févr. 2003, n° 25/2003, *M.B.*, 14 juill. 2003

C. arb., 14 mai 2003, n° 66/2003, *M.B.*, 20 oct. 2003

C. arb., 2 juill. 2003, n° 94/2003, *M.B.*, 11 août 2003

C. arb., 17 juill. 2003, n° 100/2003, *M.B.*, 11 août 2003

C. arb., 8 oct. 2003, n° 134/2003, *M.B.*, 19 janv. 2004

C. arb., 26 nov. 2003, n° 151/2003, *M.B.*, 13 janv. 2004

C. arb., 14 janv. 2004, n° 2/2004, *M.B.*, 5 févr. 2004

C. arb., 14 janv. 2004, n° 4/2004, *M.B.*, 23 févr. 2004

C. arb., 3 mars 2004, n° 31/2004, *M.B.*, 16 mars 2004

C. arb., 19 mai 2004, n° 89/2004, *M.B.*, 1er oct. 2004

C. arb., 22 juill. 2004, n° 135/2004, *M.B.*, 14 oct. 2004

C. arb., 22 juill. 2004, n° 136/2004, *M.B.*, 19 oct. 2004

C. arb., 20 oct. 2004, n° 158/2004, *M.B.*, 28 oct. 2004

C. arb., 3 nov. 2004, n° 178/2004, *M.B.*, 13 déc. 2004

C. arb., 21 déc. 2004, n° 202/2004, *M.B.*, 6 janv. 2005

C. arb., 19 janv. 2005, n° 14/2005, *M.B.*, 31 janv. 2005

C. arb., 19 janv. 2005, n° 16/2005, *M.B.*, 31 janv. 2005

C. arb., 2 févr. 2005, n° 27/2005, *M.B.*, 24 févr. 2005

C. arb., 16 mars 2005, n° 57/2005, *M.B.*, 12 avr. 2005

C. arb., 16 mars 2005, n° 60/2005, *M.B.*,12 avr. 2005

C. arb., 20 avr. 2005, n° 69/2005, *M.B.*, 11 mai 2005

C. arb., 20 avr. 2005, n° 72/2005, *M.B.*,11 mai 2005

C. arb., 4 mai 2005, n° 87/2005, *M.B.*, 24 mai 2005

C. arb., 11 mai 2005, n° 92/2005, *www.arbitrage.be*

2. Conseil d'État

C.E., 29 janv. 1993, n° 41.825, *A.P.T.*, 17, 1993, p. 36

C.E., 9 juin 1993, n° 43.258, *A.P.T.*, 17, 1993, p. 199

C.E., 23 déc. 1993, n° 45.471, *A.P.T.*, 18, 1994, p. 48

C.E., 23 oct. 2003, n° 124.554, *www.raadvst-consetat.be*

3. Juridictions judiciaires

a. Cour de cassation

Cass., 6 avr. 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 235

Cass., 20 avr. 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 560

Cass., 3 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 911, concl. Proc. gén. W.J. Ganshof Van Der Meersch, *J.T.*, 1974, p. 569

Cass., 25 avr. 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 850

Cass., 15 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1193

Cass., 5 févr. 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 670

Cass., 22 déc. 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1402

b. Juges du fond

C. trav. Bruxelles, 23 mars 1993, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 296

D. Canada

1. Juridictions fédérales

Cour suprême du Canada

C. supr., *R c. Morgentaler* (1976), 1 *R.C.S.* 616-686

C. supr., *E. (Mme) c. Eve* (1986), 2 *R.C.S.* 388-438

C. supr., *R. c. Oakes* (1986),1 *R.C.S.* 103-143

C. supr., *R. c. Morgentaler* (1988), 1 *R.C.S.* 30-185

C. supr., *R. c. Dyment* (1988), 2 *R.C.S.* 417-442

C. supr., *Borowski c. Canada* (1989), 1 *R.C.S.* 342-368

C. supr., *Tremblay c. Daigle* (1989), 2 *R.C.S.* 530-573

C. supr., *Rodriguez c. Colombie-Britannique* (1993), 3 *R.C.S.* 519-632

C. supr., *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995), 1 *R.C.S.* 315-439

C. supr., *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'hôpital Saint-Ferdinand* (1996), 3 *R.C.S.* 211-267

C. supr., *Eldridge c. C.-B. (A.G.)* (1997), 3 *R.C.S.* 624

C. supr., *Renvoi relatif à la Sécession du Québec* (1998) 2 *R.C.S.*, 217

2. Juridictions provinciales

C. sup. Québec, *In re : enfant Maude Goyette et Centres de Services sociaux du Montréal Métropolitain* (1983), *C.S.*, 1983, 429

E. Espagne

Trib. const., 27 juin 1984, n° 75/84, *B.O.E.*, 30 juill. 1984, suppl. au n° 181

Trib. const., 11 avr. 1985, n° 53/85, *B.O.E.*, 18 mai 1985, suppl. au n° 180

Trib. const., 3 oct. 1985, n° 100/85, *B.O.E.*, 5 nov. 1985, suppl. au n° 265

Trib. const., 4 oct. 1985, n° 103/85, *B.O.E.*, 5 nov. 1985, suppl. au n° 265

Trib. const., 7 oct. 1985, n° 107/85, *B.O.E.*, 5 nov. 1985, suppl. au n° 265

Trib. const., 28 oct. 1985, n° 145/85, *B.O.E.*, 26 nov. 1985, suppl. au n° 283

Trib. const., 30 oct. 1985, n° 148/85, *B.O.E.*, 26 nov. 1985, suppl. au n° 283

Trib. const., 27 juin 1990, n° 120/90, *B.O.E.*, 30 juill. 1990, suppl. au n° 181

Trib. const., 17 janv. 1994, n° 7/94, *B.O.E.*, 17 févr. 1994, suppl. au n° 41

Trib. const., 14 juill. 1994, n° 215/94, *B.O.E.*,18 août 1994, suppl. au n° 197

Trib. const., 19 déc. 1996, n° 212/96, *B.O.E.*, 22 janv. 1997, avec corr. dans *B.O.E.*, 26 févr. 1997, suppl. au n° 49

Trib. const., 17 juin 1999, n° 116/99, *B.O.E.*, 8 juill. 1999, suppl. au n° 162

Trib. const., 18 juill. 2002, n° 154/2002, *B.O.E.*, 7 août 2002, suppl. au n° 188

F. États-Unis d'Amérique

1. Juridictions fédérales

Cour suprême des États-Unis

C. supr., *Santa Clara Couny c. Southern Pacific Railroad Company* (1886), 118 *US* 394

C. supr., *Union pacific Railway c. Botsford* (1891), 141 *US* 250

C. supr., *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts* (1905), 197 *US* 11

C. supr., *Lochner v. New York* (1905), 198 *US* 45

C. supr., *Skinner v. Oklahoma* (1942), 316 *US* 535

C. supr., *Griswold v. Connecticut* (1965), 381 *US* 479

C. supr., *Eisenstadt v. Baird* (1972), 405 *US* 438

C. supr., *Roe v. Wade*, 410 *U.S.* 113 (1973), 410 *US* 113

C. supr., *Doe v. Bolton* (1973), 410 *US* 179

C. supr., *Connecticut v. Menillo* (1975), 423 *US* 9

C. supr., *Planning familial du Missouri central v. Danforth A.G.* (1976), 428 *US* 52

C. supr., *Colautti v. Franklin* (1979), 439 *US* 379

C. supr., *Belloti v. Baird* (1979), 443 *US* 622

C. supr., *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* (1983), 462 *US* 416

C. supr., *Thornburg v. American College of Obstetricians and Gynecologists* (1986), 476 *US* 747

C. supr., *Webster v. Reproductive Heath Services* (1989), 492 *US* 490

C. supr., *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990), 497 *US* 261

C. supr., *Planned Parenthood of South-eastern Pennsylvania v. Casey* (1992), 503 *US* 833

C. supr., *Vacco v. Quill* (1997), 117 *S. Ct* 2293

C. supr., *Washington c. Glucksberg* (1997), 117 *S. Ct* 2258

C. supr., *Stenberg v. Carhart* (2000), 30 *US* 914

2. Juridictions fédérées

a. Cours suprêmes

C. supr. Massachusetts, *Superintendant of Belchertown State School v. Joseph Saikewicz* (1977), 7 Mass 78, 70 N.E.d 47

C. supr. New Jersey, *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson* (1964), 201 A. 2d 537

C. supr. New Jersey, *In re Quinlan* (1976), 70 NJ 10, 355 A 2d 647

C. des appels New York, *Schloendorff v. Société de l'Hôpital de New York* (1914), 105 N.E. 92

C. supr. Pennsylvanie, 1978, *McFall c. Shimp,* 10 Pa D & C. 3d 90

b. Cours d'appel

C. d'ap. pour le District de Columbia, *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.* (1964), 331 F. 2d 1000 (D.C. Cir. 1964)

G. France

1. Conseil constitutionnel

Cons. const., 19 juin 1970, n° 70-39 DC, *J.O.R.F.*, 21 juin 1970

Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *J.O.R.F.*, 18 juill. 1971

Cons. const., 15 janv. 1975, n° 75-54 DC, *J.O.R.F.*, 16 janv. 1975

Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, *J.O.R.F.*, 21 juill. 1988

Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC, *J.O.R.F.*, 29 juill. 1994

Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, *J.O.R.F.*, 21 janv. 1995

Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *J.O.R.F.*, 7 juill. 2001

Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *J.O.R.F.*, 19 mars 2003

Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *J.O.R.F.*, 22 juin 2004

Cons. const., 1er juill. 2004, n° 2004-497 DC, *J.O.R.F.*, 10 juill. 2004

Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-498 DC, *J.O.R.F.*, 7 août 2004

2. Juridictions judiciaires

a. Cour de cassation

Cass., 17 nov. 2000, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1221

b. Juges du fond

T.G.I. Créteil, 1er août 1984, *Gazette du Palais*, 1984, 2, p. 560

H. Irlande

C. supr., *McGee c. Attorney General* (1973), *I.R.*, 1974, p. 284

C. supr., *G. c. An Bord Uchtala* (1980), *I.R.*, 1980, p. 32

C. supr., *Attorney General (Society for the Protection of Unborn Children Ltd.) c. Open Door Counselling Ltd.* (1988), *I.R.*, 1988, p. 593

I. Italie

C. const., 18 févr. 1975, n° 27, *Giur. Cost.*, 1975, p. 118 ; *G.U.*, n° 55, 26 févr. 1975

C. const., 7 mai 1981, n° 108, *G.U.*, n° 179, 1er juill. 1981

C. const., 6 mai 1985, n° 161, *G.U.*, n° 131bis, 5 juin 1985

C. const., 20 mai 1998, n° 185, *G.U.*, n° 22, 3 juin 1998

J. Norvège

C. supr., 1983, *Norsk Retstidende*, 1983, p. 1004

K. Portugal

Trib. const., 19 mars 1984, n° 24/84, *Diario da Republica*, série II, n° 80, 4 avr. 1984

Trib. const., 29 mai 1985, n° 85/85, *Diario da Republica*, série II, n° 143, 25 juin 1985

Trib. const., 17 avr. 1998, n° 288/98, *Diario da Republica*, série I-A, n° 91, 18 avr. 1998, 1714 (2) – 1714 (35)

L. Suisse

Trib. féd., 28 juin 1972, *S. Gross et consorts c. Conseil d'État du Canton de Zürich, A.T.F.*, 98 Ia 508

Trib. féd, 8 févr. 1978, *Meylan c. Neuchâtel, A.T.F.*, 104 Ia 480

Trib. féd., 18 sept. 1985, *Rolf Himmelberger c. Conseil d'État du Canton de Genève, A.T.F.*, 111 Ia 231

Trib. féd., 14 oct. 1988, *Alain Fracheboud et Jean Dunant c. Conseil d'État du Canton de Genève, A.T.F.*, 114 Ia 286

Trib. féd., 26 oct. 1988, *X. c. Grand conseil du Canton de Genève, A.T.F.*, 114 Ia 350

Trib. féd., 15 mars 1989, *K. et consorts, S. et consorts c. Grand Conseil du Canton de Saint-Gall, A.T.F.*, 115 Ia 234

Trib. féd., 14 févr. 1992, *S.X. c. Canton de Soleure et Tribunal administratif du Canton de Soleure, A.T.F.* 118 Ia 35

Trib. féd., 16 mars 1993, *Clinique de Bois Gentil, Plädoyer. Revue juridique et politique*, 1994/2, p. 59

Trib. féd., 22 déc. 1993, *L. et consorts c. Canton de Bâle-Ville, A.T.F.* 119 Ia 460

Trib. féd., 16 avr. 1997, *Rolf Himmelberger c. Grand Conseil du Canton de Genève, A.T.F.*, 123 I 112

Trib. féd., 23 mai 2000, *S. c. la Direction de la santé et de l'assistance et le Tribunal administrative du Canton de Berne, A.T.F.*, 126 I 112

Trib. féd, 22 mars 2001, *P. c. la Clinique psychiatrique universitaire de Bâle et la Commission d'appel de psychiatrie du Canton de Bâle-Ville, A.T.F.*, 127 I 6

II.2. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

A. Conseil de l'Europe

1. Commission européenne des droits de l'homme

Comm. eur. D.H., 5 nov. 1969, *Première affaire grecque*, R, ; *www.echr.coe.int*

Comm. eur. D.H., 19 mai 1976, *R.M. Brüggemann et A. Scheuten c. République fédérale d'Allemagne*, D 6959/75, *D.R.* 5, p. 103

Comm. eur. D.H., 12 juill. 1977, *R.M. Brüggemann et A. Scheuten c. République fédérale d'Allemagne*, R 6959/75, *D.R.* 10, p. 100

Comm. eur. D.H., 4 déc. 1978, *X. c. Pays-Bas*, D 8239/78, *D.R.* 16, p. 184

Comm. eur. D.H., 13 déc. 1979, *X. c. Autriche*, D 8278/78, *D.R.* 18, p. 154

Comm. eur. D.H., 14 mars 1980, *X c. République fédérale d'Allemagne*, D 8518/79, *D.R.* 20, p. 193

Comm. eur. D.H., 13 mai 1980, *X. c. Royaume-Uni*, D 8416/79, *D.R.* 19, p. 244

Comm. eur. D.H., 6 nov. 1980, *Van Oosterwijck c. Belgique*, R 7654/76, *www.echr.coe.int*

Com. eur. D.H., 19 mai 1982, *H. c. Norvège*, D 17.004/90, *D.R.* 73, p. 181

Comm. eur. D.H., 2 mars 1983, *X. c. Danemark*, D 9974/82, *D.R.* 32, p. 282

Comm. eur. D.H., 10 mars 1988, *F. c. la Suisse,* D 11680/85, *www.echr.coe.int*

Comm. eur. D.H., 8 févr. 1993, *J.R.M. c. Pays-Bas*, D 16944/90, *www.echr.coe.int*

Comm. eur. D.H., 6 avr. 1994, *Peters c. Pays-Bas*, D 21132/93, *D.R.* 77-A, p. 75

Comm. eur. D.H., 22 févr. 1995, *A.B. c. Suisse*, D 20872/92, *D.R.* 80-A, p. 66

Comm. eur. D.H., 20 mai 1998, *Willy Brandt c. Suisse*, D 30039/96, *www.echr.coe.int*

2. Cour européenne des droits de l'homme

C. eur. D.H., 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 25 ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n^{os} 6878/75, 7238/75, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 43 ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte* c. Belgique, n^{os} 7299/75, 7496/76, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 58 ; *wwwp.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 91 ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 17 oct. 1986, *Rees. c. Royaume-Uni*, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 106 ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 160 ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 27 sept. 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 184 ; *www.echr.coe.int/*

C. eur. D.H., 25 mars 1992, *B. c. France*, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 232-C ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 24 sept. 1992, *Herczegfalvy c. Autriche*, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 244 ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 29 oct. 1992, *Open Door Counselling Ltd et Dublin Well Woman Center Ltd c. Irlande*, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 246-A ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 4 déc. 1995, *Ribitsch c. Autriche*, *Public. Cour eur. D.H. Série A*, n° 336 ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 22 avr. 1997, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, *Recueil* 1997-II ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, *Recueil* 1998-V ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 6 févr. 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98 (Sect. 3), *Recueil* 2001-I ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D. H., 3 avr. 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95 (Sect. 3), *Recueil* 2001-III ; *www.echr.coe.int*

Cour eur. D.H., 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, n° 25781/94, *Recueil* 2001-IV ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 10 juill. 2001, *Price c. Royaume-Uni,* n° 33394/96 (Sect. 3), *Recueil* 2001-VII ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 7 févr. 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99 (Sect. 1), *Recueil* 2002-I ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02 (Sect. 4), *Recueil* 2002-III ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, *Recueil* 2002-VI ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 5 sept. 2002, *Boso c. Italie*, n° 50490/99, *Recueil* 2002-VII ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, *Recueil* 2003-III ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 9 mars 2004, *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, *Recueil* 2004-II ; *www.echr.coe.int*

C. eur. D.H., 8 juill. 2004, *Vo c. France*, n° 53924/00, *Recueil* 2004-VIII ; *www.echr.coe.int*

B. Union européenne

1. Cour de justice des Communautés européennes

C.J.C.E., arrêt du 15 juill. 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, affaire C-6/64, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 1141

C.J.C.E., arrêt du 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, affaire C-106/77, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 629

C.J.C.E, arrêt du 19 nov. 1991, *Andrea Francovitch e.a. c. République italienne*, affaires C-6/90 et C-9/90, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 5357

C.J.C.E., arrêt du 8 avr. 1992, *Commission Des Communautés Européennes c. République fédérale d'Allemagne*, affaire C-62/90, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 2575

C.J.C.E., arrêt du 5 oct. 1994, *X c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-404/92, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 4737

C.J.C.E., arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd e.a.*, affaires C-46/93 et C-48/93, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 1029

C.J.C.E., avis n° 2/94 du 29 mars 1996, « Adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *J.O.C.E.* n° L/180 du 22 juin 1996, p. 1, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 759

C.J.C.E., arrêt du 30 avr. 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, affaire C-13/94, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 2143 ; Concl. Av. gén. G .TESAURO

C.J.C.E., arrêt du 9 oct. 2001, *Royaume des Pays-Bas c. Parlement Européen et Conseil de l'Union européenne*, affaire C-377/98, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 7079 ; Concl. Av. gén. F.G. JACOBS

2. Tribunal de première instance des Communautés européennes

T.P.I.C.E., 18 sept. 1992, *X. c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-121/89, *Rec. C.J.C.E.*, II, p. 2195

T.P.I.C.E., 14 avr. 1994, *A. c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-10/93, *Rec. C.J.C.E.*, II, p. 179

III. DOCTRINE

III.1. MONOGRAPHIES ET RECUEILS

ALEN, A. ; BOES, M. ; DERUYCK, F. *et alii*, *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997

AMBROSSELLI, C., *Le comité d'éthique*, Paris, PUF, 1990

ANDORNO, R., La bioéthique et la dignité de la personne, Paris, P.U.F., 1997

APOSTEL, L. ; BERGER, G. ; BRIGGS, A. ; MICHAUD, G. (dir.), *L'interdisciplinarité. Problèmes d'enseignement et de recherche dans les universités*, Paris, O.C.D.E, 1972

ASSOCIATION POUR LA PROMOTION DU DROIT HOSPITALIER ET DE L'ÉCONOMIE DE LA SANTE, *Bioéthique entre science et conscience : droit, médecine, philosophie, sociologie*, Talence, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 1992

AUBERT, J.-L., *Introduction au droit*, Paris, P.U.F., 1979

AUER, A. ; MALINVERNI, G. ; HOTTELIER, M., *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, *L'État*, Berne, Staempfli Éditions SA Berne, 2000

AUTEXIER, C., Introduction au droit public allemand, Paris, P.U.F., 1997

AVRIL, P. ; VERPEAUX, M., *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2000

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

AZOUX-BACRIE, L., *Vocabulaire de bioéthique*, Paris, P.U.F., 2000, p. 41

BAILLY, M.-A., *Dictionnaire grec-français*, Paris, Librairie Hachette, 1919

BARON, C., *Droit constitutionnel et bioéthique. L'expérience américaine*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 1997

BASTID, P., *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, 1985

BAUDOUIN, J.-L. ; BLONDEAU, D., *Éthique de la mort et droit à la mort*, Paris, P.U.F., 1993

BEAUCHAMP, T. ; CHILDRESS, J., *Principles of Biomédical Ethics*, New York, Oxford University Press, 1re éd., 1979

BEAUCHAMP, T. ; WALTERS, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont (CA), Wadsworth, 1978

BAUDOUIN, J.-L., *Quelques réflexions sur la normativité juridique et la normativité bioéthique*, Les Cahiers de la Faculté de droit (FUNDP), Namur, n° 5, sept. 1998

BERGERON, G., *Fonctionnement de l'État*, Paris, A. Colin, 1965

BERNARD, C., *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, Baillière, 1865, rééd. Paris, Garnier-Flammarion, 1966

BERNARD, J., *De la biologie à l'éthique. Nouveaux pouvoirs de la Science. Nouveaux devoirs de l'homme*, Paris, Éd. Buchet-Chastel, 1990

BERNARD, J., *La Bioéthique*, Paris, Flammarion, 1994

BONÉ, E., *Itinéraires bioéthiques*, Bruxelles, Éd. Ciaco 1990

BONÉ, E., *La bioéthique*, Namur, Éd. Fidélité, 1996

BOSSY, J., *Étymologie et structures des termes médicaux*, Montpellier, Sauramps Médical, 1997

BOURGEAULT, G., *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies bio-médicales*, Collection Sciences, Éthiques et Sociétés, Bruxelles, De Boeck Université, 1990

BOUTOT, A., *L'invention des formes : chaos, catastrophes, fractales, structures dissipatives, attracteurs étranges*, Paris, Odile Jacob, 1993

BRUN, H. ; TREMBLAY, G., *Droit constitutionnel*, 4e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2002

BYK, C. (dir.), *Procréation artificielle. Où en sont l'éthique et le droit ?*, Éd. A. Lacassagne, Lyon, 1989

BYK, C. ; MÉMETEAU, G., *Le droit des comités d'éthique*, Paris, Éd. Eska – Éd. Alexandre Lacassagne, 1996

CARBONNIER, J., *Droit civil. Introduction*, 24e éd., Paris, P.U.F., 1996

CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972

CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920 ; rééd. C.N.R.S., 1962

CASEY, J., *Constitutional Law in Ireland*, London, Sweet & Maxwell, 1987

CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001

CHANTEBOUT, B., *Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin (Dalloz), 2001

CLAUDOT, F., « Droit constitutionnel et bioéthique. La biomédecine, limite du droit constitutionnel », *Rapport rédigé dans le cadre du IVe Congrès français de droit constitutionnel des 10, 11 et 12 juin 1999 organisé par l'Association française des Constitutionnalistes et par l'Université d'Aix – Marseille III* (polycopié)

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Recherche biomédicale et respect de la personne humaine. Explication d'une démarche*, Paris, La Documentation française, 1988

COPPENS, P., *Normes et fonction de juger*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1998

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Paris, P.U.F., 1996

DABIN, J., La philosophie de l'ordre juridique positif, Paris, Sirey, 1929

DABIN, J., *Doctrine générale de l'État*, Paris, Bruxelles, 1939

DABIN, J., *L'État ou le politique*, Paris, Dalloz, 1957

DABIN, J., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969

DAGOGNET, F., *La maîtrise du vivant*, Paris, Hachette, 1988

DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, M., *L'activité étatique*, Paris, Sirey, 1954

DE VISSCHER, P., *Droit public* (notes de cours), t. I, Louvain-la-Neuve, éd. 1979-1980

DELCAMP, A. ; LOUGHLIN, J., *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002

DELFOSSE, M.-L., *L'expérimentation médicale sur l'être humain. Construire les normes, construire l'éthique*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, Montréal, Éd. du Renouveau pédagogique, 1993

DELFOSSE, M.-L., *La préoccupation bioéthique : définition et enjeux*, Namur, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, 1996

DELPÉRÉE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000

DELPÉRÉE, F. ; DEPRÉ, S., *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2000

DELPÉRÉE, F. ; RASSON-ROLAND, A. ; VERDUSSEN, M. (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage. Dix ans de jurisprudence constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1995

DELRUELLE, E., *L'humanisme inutile et incertain ? Une critique des droits de l'homme*, Bruxelles, Labor, 1999

DEMBOUR, J. ; LEWALLE, P., *Institutions de droit public*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985

DIJON, X., Droit naturel, t. I, Les questions du droit, P.U.F., 1998

DOUCET, H., *Au pays de la bioéthique. L'éthique biomédicale aux États-Unis*, Genève, Labor et Fides, 1996

DUFRESNE, J., *Le procès du droit*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1987

DURAND, G., *Introduction générale à la bioéthique. Histoire, concepts et outils*, Paris, Cerf, Montréal, Fides, 1999

Encyclopedia Universalis, éd. 1985

ENGELHARDT, H., *The Foundation of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 1re éd., 1986

ERGEC, R., *Introduction au droit public*, t. I *Le système institutionnel*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990

Éthique et biologie, Cahiers S.T.S., n° 11, Paris, C.N.R.S., 1986

FAVOREU, L. ; PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1999 ; 12e éd., Dalloz, 2003

FAVOREU, L. *et alii*, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2002 ; 7e éd., 2004

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES UNIVERSITÉS CATHOLIQUES, *Débuts biologiques de la vie humaine. Des chercheurs chrétiens s'interrogent*, Louvain-la-Neuve, Ciaco, 1988

FEUILLET-LE MINTIER, B. (dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives. Actes du colloque pluridisciplinaire des 12 et 13 novembre 1998*, Paris, P.U.F., 1999

FEUILLET-LE MINTIER, B. (dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Economica, 2003

FOLSCHEID, D. et alii, Philosophie, éthique et droit de la médecine, Paris, P.U.F., 1997

FREIDSON, E., *La profession médi*cale, Paris, Payot, 1984

FRYDMAN, B. ; HAARSCHER, G., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1998

FURKEL, F. ; JACQUOT, F. ; JUNG, H., *Bioéthique. Les enjeux du progrès scientifiques – France, Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, 2000

GAUCHET, M., *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985

GOFFI, J.-Y., *La philosophie de la technique*, Paris, P.U.F., 1988

GOUYON, P.-H. ; LECOURT, D. ; HENNI, D. ; THOMAS, J.-P. ; THOUVENIN, D., *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, Paris, P.U.F., 1999

GUILLEMARD, S. ; SAINT-HILAIRE, M., *1982-2001. Vingt ans de grands arrêts de la Cour suprême du Canada*, Montréal, Wilson & LaFleur, 2002

HABER, S., Jürgen Habermas. Une introduction, Paris, Pocket, 2001

HABERMAS, J., *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992

HABERMAS, J., *L'avenir de la nature humaine*, Paris, Gallimard, 2002

HIRSCH, E. ; FERLENDER, P. (dir.), *Espace éthique. Pratiques hospitalières et lois de bioéthique : perspectives de révisions des lois du 29 juill. 1994*, Paris, Doin, 1999

HOGG, P., *Constitutional Law in Canada*, Thomson Carswell, Scarborough, 2003

HOTTOIS, G., *Le signe et la technique : la philosophie à l'épreuve de la technique*, Paris, Aubier, 1984

HOTTOIS, G., *Le paradigme bioéthique : une éthique pour la technoscience*, Bruxelles, De Boeck Université, 1990

HOTTOIS, G. ; PARIZEAU, M.-H., *Les mots de la bioéthique. Un vocabulaire encyclopédique*, Bruxelles, De Boeck Université, 1993

HOTTOIS, G. ; MISSA, J.-N. (dir.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique. Médecine, environnement, biotechnologie*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001

HOTTOIS, G., *Philosophies des sciences, philosophies des techniques*, Paris, Odile Jacob, 2004

ISRAEL, J.-J., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1998

JESTAZ, P., *Le droit*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1996

JONSEN, A. ; TOULMIN, S., *The Abuse of Casuistry : A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1988

KELSEN, H., *Théorie pure du droit. Traduction française de la deuxième édition de la* Reine Rechtslehre *par Charles Eisenmann (1962)*, rééd. Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1999

La bioéthique, Cahiers de bioéthique, n° 1, Montréal, Centre de bioéthique de l'Institut de Recherches cliniques de Montréal, 1979

LADRIÈRE, J., *L'éthique dans l'univers de la rationalité*, Namur, Artel, Montréal, Fides, 1997

LADRIÈRE, J., *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, Paris, Aubier Montaigne, 1977

LAJOIE, A., *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 1997

La protection constitutionnelle de l'embryon dans cinq pays européens, Mémoire pour le D.E.A. de droit public, sous la dir. de L. Favoreu, Université d'Aix-Marseille, 1997 (polycopié)

La responsabilité éthique face au développement biomédical. Actes du Colloque international organisé à Bruxelles du 23 avril au 28 avril 1984 par le Centre d'Études bioéthiques de l'UCL en collaboration avec l'Académie Internationale de Philosophie des Sciences, Louvain-la-Neuve, Ciaco Éditeur, 1987

Le corps humain sous influence : la bioéthique entre droit et pouvoir, Paris, P.U.F., 2000

LECOURT, D., Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences, Paris, P.U.F., 1999

LELEU, Y.-H., ; GENICOT, G., *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 32

LEMAIRE, J. ; SUSANNE, C. (dir.), *Bioéthique : jusqu'où peut-on aller ?*, Bruxelles, Éd. de l'ULB, 1996

LENOIR, N. ; MATHIEU, B., *Les normes internationales de la bioéthique*, Paris, P.U.F., 1998 ; 2e éd., P.U.F., 2004

LENOIR, N., MATHIEU, B. ; MAUS, D. (dir.), *Constitution et éthique biomédicale*, Paris, La Documentation française, 1998

LUCAS, P., Dire l'éthique. Éthique biomédicale : le débat, Paris, Actes Sud et INSERM, 1990

MALHERBE, J.-F. (dir.), *Biologie, éthique et société. Questions et enjeux. Dossier du colloque organisé à Bruxelles du 2 au 4 ami 1979 sur le thème « Législations européennes, vie humaine et politiques de santé »*, Bruxelles, Prospective international, 1979

MALHERBE, J.-F., *Pour une éthique de la médecine*, Namur, Artel, Montréal, Fides, 1997

MALHERBE J.-F. ; BONÉ, E. *Engendrés par la science*, Paris, Cerf, 1985

MAST, A. ; DUJARDIN, J. ; VAN DAMME, J. ; VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 14e éd., Anvers, Kluwer, 1996

MATHIEU, B., *Génome humain et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 2000

MATHIEU, B. ; VERPEAUX, M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002

MÉMETEAU, G., *Droit médical*, Paris, Litec, 1986

MÉMETEAU, G., *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2001

MÉMETEAU, G. ; ISRAEL, L. (dir.), *Le mythe bioéthique*, Paris, Éd. Bassano, 1999

NEIRINCK, C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, L.G.D.J., 1994

NYS, H., *La médecine et le droit*, Bruxelles, Kluwer, 1995

PALERMINI, P., *Misère de la bioéthique*, Bruxelles, Labor – Éd. Espace de libertés, 2002

PARIZEAU, M.-H., *Les fondements de la bioéthique*, Bruxelles, De Boeck Université, 1993

POTTER, V.R., *Bioethics : Bridge to the Future*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall Inc., 1971

POULETTI, J. *et alii*, *Dictionnaire pratique de droit médical. Déontologie, sécurité sociale et vie professionnelle*, Paris, Masson, 1982

REICH, W. (dir.), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, MacMillan Free Press, 1978

REICH, W. (dir.), *Encyclopedia of Bioethics, Revised Edition*, New York, MacMillan Free Press, 1995

RÉSEAU EUROPÉEN MÉDECINE ET DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, *La santé face aux droits de l'homme, à l'éthique et aux morales. 120 cas pratiques*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1996

REY, A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992

REY-DEBOVE, J. ; GAGNON, G., *Dictionnaire des anglicismes*, Paris, Le Robert, 1984

RICŒUR, P., Préface du Code de déontologie médicale, Paris, Seuil, 1996

RIVERO, J., Les libertés publiques, t. I., Les droits de l'homme, Paris, P.U.F., 1980

RIGAUX, M.-F., *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985

ROMEO CASABONA, C.M. (éd.), *Biotechnology, Law and Bioethics. Comparative Perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1999

ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 2001

ROY, D. *et alii*, *La bioéthique, ses fondements et ses controverses*, Saint-Laurent, Éd. du Renouveau pédagogique, 1995

SALAT-BAROUX, F., *Les lois de bioéthique*, Paris, Dalloz, 1998

SALOMON, J.-J., *Science et politique*, Paris, Seuil, 1970

SAVATIER, R. *et alii*, *Traité de droit médical*, Paris, Libraires techniques, 1956

Sciences, médecine, droit, morale, politique : voyage au centre de la bioéthique, Bruxelles, Institut Émile Vandervelde, 1996

SCIOTTI-LAM, C., *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004

SEURIN, J.-L. (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, 1984, pp. 53-57

SÈVE, L., Pour une critique de la raison bioéthique, Paris, Odile Jacob, 1994

STARCK, B. ; ROLAND, H. ; BOYER, L., *Introduction au droit*, 5e éd., Paris, Litec, 2000

STARCK, C., *La Constitution. Cadre et mesure du droit*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994

STEDMAN, T., *Stedman's Medical Dictionary*, 26e éd., Baltimore, Williams & Wilkins, 1995

STURLESE, B. ; LENOIR, N., *Les sciences de la vie et le droit de la bioéthique*, Bordeaux, Association d'Études et de Recherches de l'École Nationale de la Magistrature, Éd. Bergeret, 1995

THÉVENOT, X., *La bioéthique, début et fin de vie*, Paris, Éd. du Centurion, Québec, Éd. Paulines, 1989

THÉVOZ, J.-M., *Entre nos mains l'embryon. Recherche bioéthique*, Genève, Labor et Fides, 1990

THOMAS, J.-P., *Misère de la bioéthique : pour une morale contre les apprentis-sorciers*, Paris, Albin Michel, 1990

TOURNIER, J., *Les mots anglais du français*, Paris, Belin, 1998

TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F. - Léviathan, 1994

UYTTENDAELE, M., *Institutions fondamentales de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1997

UYTTENDAELE, M., *Précis de droit public belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001

J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiekrecht*, deel 2, *Overzicht van het publiekrecht*, Bruges, Die Keure, 4e éd., 2003

VELU, J., *Notes de droit public* (notes de cours), t. I, *Le statut des gouvernants*, Bruxelles, Presses de l'Université de Bruxelles, éd. 1979-1980

VERDUSSEN, M., *Les douze juges*, Bruxelles, Labor, 2004

VERSPIEREN, P., *Biologie, médecine et éthique*, Paris, Centurion, 1987

WALTER, H. ; WALTER, G. *Dictionnaire des mots d'origine étrangère*, Paris, Larousse, 1991

WARNOCK, M., *Fécondation et embryologie humaines*, Paris, La Documentation française, 1985

WIGNY, P., Droit constitutionnel. Principes et droit positif, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952

WIGNY, P., *Propos constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 1963

WIGNY, P., *Cours de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1973

III.2. ARTICLES DE REVUE ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

ABU DALU, F., « Diane Pretty ou le juge, la vie et les étoiles », note sous C. eur. D.H., 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1399-1405

ALBERTI, E. ; BON, P. ; CAMBOT, P. ; REQUEJO PAGES, J.-L., « Chronique – Espagne », *A.I.J.C.*, 1999, pp. 494-595

ALBERTI, E. ; BON, P. ; CAMBOT, P. ; REQUEJO PAGES, J.-L., « Chronique – Espagne », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 555-595

ARNOLD, R., « Constitution et avortement », *A.I.J.C.*, 1998, pp. 434-417

B., E., Note sous C. arb. Bel., 14 janv. 2004, n° 4/2004, *NjW*, 3 mars 2004, p. 271

BARZACH, M., « Bioéthique : les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie », *Pouvoirs. Rev. fr. d'études const. et pol.*, 1991, n° 56, pp. 135-147

BASTID, P., « Introduction générale », *Corpus constitutionnel* t. I, Leiden, E.J. Brill, 1969, pp. 3-11

BEAUD, O., « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht (remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle) », *Rev. fr. dr. adm.*, 1993, n° 6, pp. 1045-1068

BEECHER, H., « Ethics and Medical Research », *The New England Journal of Medicine*, 1966, n° 274, p. 1354

BÉGIN, L., « La normativité dans les comités d'éthique clinique », *in* M.-H. PARIZEAU, *Hôpital et éthique*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1995, pp. 32-57

BÉGIN, L., « Trois lectures de la fonction éthique des juges : l'exemple des bio-droits », *Journ. int. bioéth.*, 1999, n° 5, pp. 17-24

BERNATCHEZ, S, « Sur le livre d'Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*. Réponse au commentaire de Laurent Pech », Compte-rendu d'ouvrage, Chaire MCD, *www.chaire-mcd.ca*

BISCARETTI DI RUFFIA, P. , « Quelques considérations finales sur les différentes significations et valeurs de la Constitution en Europe occidentale et dans les États socialistes européens », *in* BISCARETTI DI RUFFIA, P. ; ROZMARYN, S., *La Constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, L.G.D.J., 1966, pp. 121-129

BON, P., « Le Tribunal constitutionnel espagnol. Présentation du tribunal », *Cahiers Cons. const.*, 1996, n° 2, *www.conseil-constitutionnel.fr*

BONÉ, E., « Les trois générations de la bioéthique », *Revue théologique de Louvain*, 1993, pp. 478-492

BOURG, D., « Bioéthique : faut-il avoir peur ? », *Esprit. Revue internationale*, mai 1991, pp. 22-39

BRAIBANT, G., « Pour une grande loi », *Pouvoirs. Rev. fr. d'études const. et pol.*, 1991, n° 56, pp. 109-119

BRIBOSIA, H., « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *Rev. b. dr. int.*, 1995, pp. 33-89

BROUWERS, P. ; SIMONART, H., « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Cahiers de droit européen*, 1995, pp. 7-22

BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *R.D.P.*, 1945, pp. 202-228

BURDEAU, G., « Une survivance : la notion de Constitution », *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'A. Mestre* », Paris, Sirey, 1956, pp. 53-62

BYK, C., « L'éthique médicale et la bioéthique : vers un nouveau processus normatif ? », *in* BYK, C., « La bioéthique en Europe : un paysage éclaté », *J.C.P.* , 1991, chron. n° 3526, pp. 293-298

BYK, C., « La convention européenne de bioéthique », *Rev. int. dr. comp.*, 1993, pp. 157-163

BYK, C., « Le droit international de la 'bioéthique' : '*ius gentium*' ou '*lex mercatoria*' ? », *Journ. dr. int.*, 1997, pp. 913-944

BYK, C., « Sens de la vie et normes internationales », *in* FOLSCHEID, D. ; FEUILLET-LE MINTIER, B. ; MATTEI, J.-F., *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris, 1997, pp. 265-275

BYK, C., « Bioéthique et Convention européenne des droits de l'homme », *in* PETTITI, L.-E. ; DECAUX, E. ; IMBERT, P.-H., *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2e éd., Paris, Economica, 1999, pp. 101-121

BYK, C., « La bioéthique : une expertise pour un enjeu de pouvoirs », *in* MÉMETEAU, G. ; ISRAEL, L. (dir.), *Le mythe bioéthique*, Paris, Ed. Bassano, 1999, pp. 41-61

BYK, C., « La bioéthique : langage médiateur ou langage médiatique ? », *in* BYK, C. (dir.), *La bioéthique : un langage pour mieux se comprendre ?,* Éd. Eska-Lacassagne, 2000, pp. 27-28

BYK, C. ; HUBER, G., *La bioéthique au pluriel : l'homme et le risque biomédical*, Collection éthique et sciences, Montrouge, John Libbey Eurotext, 1996, pp. 57-75

CALLAHAN, D., « Bioethics as a discipline », *Hastings Center Studies*, n° 1 (1),1973, pp. 66-73

CALLAHAN, D. "L'éthique bio-médicale aujourd'hui », in *Éthique et biologie*, Cahiers S.T.S.(Science-Technologie-Société), n° 11, 1986, pp. 43-56

CAULFIELD, T. ; HIRTLE, M. ; LEBRIS, S., « Regulating NRGT's : Is Criminalization the Solution for Canada ? », *Health Law Review*, 1997-1998, vol. 18/1, pp. 3-14

CAULFIELD, T.A. ; ROBERTSON, G., « Xenotransplantation : consent, public health and Charter issues », *Medical Law International*, 2001, vol. 5/2, pp. 81-99

CHAMUSSY, D., « Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 219-222

CHAVENT-LECLERE, A.-S., « Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », *Rec. Dalloz*, 2003, pp. 2032-2036

CLAUDOT, F., « Droit constitutionnel et bioéthique. La biomédecine, limite du droit constitutionnel », *Rapport rédigé dans le cadre du IVe Congrès français de droit constitutionnel des 10, 11 et 12 juin 1999 organisé par l'Association française des Constitutionnalistes et par l'Université d'Aix – Marseille III* (polycopié)

COBBAUT, J.-P., « Les défis éthiques de l'accès aux soins pour nos systèmes de santé », intervention à la Conférence bisannuelle du Comité consultatif de bioéthique de Belgique, « Les enjeux éthiques de l'accès aux soins de santé », 2 avril 2003, Bruxelles

COENRAETS, P., « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes », *Cour. hebd. CRISP*, 1992, n° 1366

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Note sous Cons. Const fr., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Cahiers Cons. const.*, 2001, n° 11, *www.conseil-constitutionnel.fr*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Note sous Cons. const. fr., 29 juill. 2004, n° 2004-498-DC, *Cahiers Cons. const.*, 2004, n° 17, *www.conseil-constitutionnel.fr*

COPPENS, P., « Du préjudice d'être né ? », *in* SCHIFFINO, N. ; VARONE, F. (dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003

COT, J.-P., « Un rendez-vous manqué : la Communauté européenne, le Conseil de l'Europe et la Convention sur la bioéthique », *Hector Gros Espiell – Amicorum Liber. Personne humaine et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 235-251

CUSTOS, D., « La Cour suprême américaine et la liberté d'avortement », *Rev. dr. publ.*, 1995, 1119-1155

DAINOW, J., « Le droit civil et la 'common law'. Quelques points de comparaison », *in Liber Amircorum Professor Baron Louis Fredericq*, Faculté de droit de l'Université de Gand, 1965, pp. 257-273

D'ASPREMONT LYNDEN, J. ; DE BEYS, J., « La primauté du droit européen dans le contentieux objectif de la légalité », *J.T. dr. eur.*, 2004, p. 200

DAVID, G., « La construction pratique d'une déontologie », *Pouvoirs. Rev. fr. d'études const. et pol.*, 1991, n° 56, pp. 77-86

« Définir le droit », *Droits. Rev. fr. de théorie jur.*, 1989, n° 10, pp. 5-120 et 1990, n° 11, pp. 3-130

DELACHAMBRE, A., « La Cour suprême américaine et la 'partial-birth abortion' (À propos de l'arrêt *Stenberg v. Carhart* du 28 juin 2000) », *Rev. fr. dr. const.*, 2000, pp. 653-667

DELPÉRÉE, F., « La Constitution et son interprétation », *in* van de KERCHOVE, M., *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 187-210

DELPÉRÉE, F., « La vie de la Constitution », *Ann. dr. Louv.*, 1980, pp. 123-133

DELPÉRÉE, F., « La Constitution, pour quoi faire ? », *Rev. b. dr. const.*, 1994, pp. 5-18

DELPÉRÉE, F., « Lire un arrêt de la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1996, pp. 283-293

DELPÉRÉE, F., « La constitutionnalisation de l'ordre juridique belge », *Rev. b. dr. const.*, 1998, pp. 219-232

DELPÉRÉE, F., « Avant-propos », *in* F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité. Actes des XVIIes Journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002

DENIES, N., « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* ou la science à l'épreuve du droit », *J.T.*, 2003, pp. 693-702

DESORMAUX, A., « La problématique de l'avortement à la Cour suprême des États-Unis : une analyse jurisprudentielle », *Rev. d'études jur.*, 1998, pp. 38-84

DIDIER, S., « Les avis juridiques du Comité consultatif national d'éthique sont-ils utiles ? », *Journ. int. bioéth.*, 1999, pp. 35-51

DIEZ PICAZO, L.M., « Constitution et procréation médicalement assistée », *A.I.J.C.*, 1998, pp. 472-507

DOMINGO, L., « Le Conseil constitutionnel et l'interruption volontaire de grossesse », *A.I.J.C.*, 2001, pp. 613-614

DOUCET, H., « La bioéthique : sens et limite d'un mouvement socioculturel », *Ethica*, n° 10 /1, 1998, pp. 31-57

DUPÉRÉE, O., « Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. Lectures croisées par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel », *Rev. fr. dr. const.*, 2005, p. 147

DUPUIS, M., « L'apport de la génétique en médecine. Trois questions d'éthique », *Louvain médical*, 2000, pp. 351-358

EDELMAN, B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », note sous Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC, *Rec. Dalloz*, 1995, chron., pp. 205-210

EDELMAN, B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *in* M.-L. PAVIA et T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999

EISENMANN, C., « Les fonctions de l'État », *in Encyclopédie française*, t. X, *L'État*, Paris, 1964, pp. 291-311

FAVOREU, L., « Les juges constitutionnels et la vie », *Droits. Rev. fr. de théorie jur.*, 1991, n° 13, pp. 75-85

FAVOREU, L., Note sous Cons. const. fr., 27 juill. 1994, n° 94-343-344 DC, *Rev. fr. dr. const.*, 1994, pp. 799-811

FAVOREU, L., « La constitutionnalisation de l'ordre juridique. Considérations générales », *Rev. b. dr. const.*, 1998, pp. 233-243

FERRY, L., « Tradition ou argumentation ? Des comités de 'sage' aux comités de délibération », *Pouvoirs. Rev. fr. d'études const. et pol.*, 1991, n° 56, pp. 5-21

FLIS-TRÈVES, M. ; MEHL, D. ; PISIER, E., « Contre l'acharnement législatif », *Pouvoirs. Rev. fr. d'études const. et pol.*, 1991, n° 56, pp. 121-134

FOX, R., « The Evolution of American Bioethics : a Sociological Perspective », *in* G. WEISZ, *Social Science Perspectives on Medical Ethics*, Dordrecht-Boston, Kluwer Academic Publisher, 1990, pp. 201-217

FROMONT, M., « République fédérale d'Allemagne : les principaux événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1975 », *Rev. dr. publ.*, 1977, pp. 335-375

FROMONT, M., « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993 », *Rev. dr. publ.*, 1995, pp. 323-360

FROMONT, M. ; JOUANJAN, O., « Chronique – Allemagne », *A.I.J.C.*, 1991, pp. 361-381

GENEVOIS, B., « L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées », *A.I.J.C.*, 1986, pp. 213-218

GENEVOIS, B., « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. À propos de la décision n° 2004-496 du 10 juin 2004 », *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, p. 651

GÉRARD, P., « Normes juridiques, légitimité et théorie du droit », *in* DELRUELLE, E. ; BRAUSCH, G. (dir.), *Le droit sans la justice. Actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du* Cap des Tempêtes *de Lucien François*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 19-40

GIBSON, D., « L'interprétation de la Charte canadienne des Droits et Libertés : considérations générales », *in* W.S. TARNOPOLSKY et G.A. BEAUDOIN (dir.), *Charte canadienne des Droits et Libertés*, Toronto, Carswell Compagny, 1982, pp. 29-48

GILLE, B., « Le système technique des Grecs », *in* GILLE, B. (dir.), *Histoire des techniques : technique et civilisations, technique et sciences*, Paris, Gallimard, 1978

HABERMAS, J., « Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe », *in* LENOBLE, J. ; DEWANDRE, N., *L'Europe au soir du siècle*, Paris, Esprit, 1992, pp. 17-38

HAMON, L., Note sous Cons. const. fr., 15 janv. 1975, n° 75-54 DC, *Rec. Dalloz*, 1975, Juris, pp. 529-532

HARTNEY, M., « L'arrêt Morgentaler et l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés », *Les Cahiers de Droit*, 1988, pp. 775-793

HAUSER, J., « Personnes et droits de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, pp. 482-484

HÉBERT, M., « L'application des Chartes canadienne et québécoise en droit médical », *Les Cahiers de Droit*, 1989, pp. 495-523

HENNAU-HUBLET, C, « Le projet de Convention de Bioéthique du Conseil de l'Europe : l'espoir d'une protection élevée des droits de l'homme », *Rev. dr. Santé*, 1995-1996, pp. 25-50

HENNAU-HUBLET, C., « Le droit médical aux confins d'intérêts, de droits et de valeurs souvent concurrents », *Rev. dr. Santé*, 1998-1999, pp. 96-110

HOTTELIER, M., « Chronique – Suisse », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 821-839

HOTTOIS, G., « La Bioéthique : définitions, problèmes et méthodologie », *Réseaux. Rev. interdisc. de philosophie mor. et pol.*, 1987-1988, n° 53-54, pp. 11-26

HUPPÉ, L., « La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte », *Rev. du Barreau*, 1988, pp. 724-728

ISAMBERT, F.A., « Aux sources de la bioéthique », *Le Débat*, 25 mai 1983, pp. 83-99

ISAMBERT, F.A., « La bio-éthique à travers ses écrits », *Rev. de métaphysique et de morale*, 1987, pp. 401-421

JACKMAN, M., « The right to participate in health care and health care resource allocation decisions under section 7 of the Canadian Charter », *Health Law Review*, 1995-1996, vol. 4/2, pp. 3-11

JÉGOUZO, Y., « Quelques réflexion sur le projet de Charte de l'environnement », *Cah. Cons. const.*, 2003, n° 15, *www.conseil-constitutionnel.fr*

LABRUSSE-RIOU, C., « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs. Rev. fr. d'études const. et pol.*, 1991, n° 56, pp. 87-107

LAMBERT, P., « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire », *J.T.*, 1988, pp. 53-58

LEJEUNE, Y., « La gestion des intérêts généraux par les communes », *A.P.T.*, 1986, pp. 126-150

LEJEUNE, Y. ; BROUWERS, P., « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », note sous C. arb. bel., 16 oct. 1991, n° 26/91, *J.T.*, 1992, pp. 671-676

LEMAIRE, J. ; SUSANNE, C. (dir.), *Bioéthique : jusqu'où peut-on aller ?*, Bruxelles, Éd. de l'ULB, 1996

LEMMENS, P., Exposé devant la Commission des affaires institutionnelles du Sénat, Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-465/4, p. 27

LENOIR, N., « Bioéthique, Constitutions et Droits de l'homme », *Diogène*, n° 172, 1995, pp. 13-36

LENOIR, N., « Droit comparé : Les États et le droit de la bioéthique », *Rev. dr. sanit. et soc.*, 1995, pp. 257-274

LEURQUIN-DE VISSCHER, F., « Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Ann. dr. Louvain*, 1996, pp. 275-288

LIOTARD, P., « Performance, médecine et déontologie », *Le Courrier de l'Unesco*, septembre 2000, pp. 37-39

LOMBAERT, B., « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1995, pp. 317-355

LOMBARDINI, C. ; CAMBI, A., « La reproduction artificielle et le respect des droits de l'homme », note sous Trib. féd. suisse, 15 mars 1989, *Rev. trim. dr. h.*, 1992, pp. 85-96

LOUIS, J.V., « La primauté, une valeur relative ? », *Cahiers de droit européen*, 1995, pp. 23-28

LUCHAIRE, F., « Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation », *Rev. dr. publ.*, 1994, pp. 1647-1658

LUCHAIRE, F., « Constitutions et contradictions », *Rev. b. dr. const.*, 1995, pp. 263-274

LUSSIER, C., « Cinq ans après l'affaire Rodriguez : peut-on aider quelqu'un à mourir ? », *Queen's Law Journ.*, 1999, vol. 24/2, pp. 361-409

MAGNON, X., « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire. Commentaire du volet communautaire des décisions du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 1004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, et n° 2004-497 DC du 1er juill. 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle », *Europe. Actualité du droit communautaire*, août-septembre 2004, pp. 6 -12

MAHIEU, M. ; VAN DROOGHENBROECK, S., « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825-846

MALHERBE, J.-F., « Autoproduction (autopoièse) et responsabilité de l'homme. Remarques sur l'articulation de l'éthique et du biologique », in J.-F. MALHERBE (éd.), *Éthique et génétique*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1983, pp. 135-155

MARCUS-HELMONS, S., « La quatrième génération des droits de l'homme », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 549-559

MARGUENAUX, J.-P. ; RAYNARD, J., « Chroniques. Sources internationales », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, pp. 858-875

MARTENS, P., « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 1995, pp. 3-20

MARTENS, P., « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », *in Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997

MARTIN, G., « Observation d'un 'privatiste' sur la Charte de l'environnement », *Rev. dr. publ.*, 2004, pp. 1207-1209

MASSE, C., « Chronique de droit civil québécois : session 1988-89 », Point I, « Le fœtus est-il une personne ? *Tremblay c. Daigle* », *Supreme Court Law Review*, 1990, vol. 1 (2d), pp. 325-329

MATHIEU, B., « La difficile appréhension de la bioéthique par le droit constitutionnel », Communication au deuxième Congrès français de droit constitutionnel, Bordeaux, 13-15 mai 1993, *Les Petites Affiches*, 1993, n° 70, pp. 4-8

MATHIEU, B., « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science. À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juill. 1994 », *Rev. fr. dr. adm.*, 1994, pp. 1019-1032

MATHIEU, B., « L'insuffisance des normes constitutionnelles face aux développements des sciences biomédicales », *Rec. Dalloz*, 1995, Juris., pp. 237-241

MATHIEU, B., « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, pp. 213-236

MATHIEU, B., « Constitution et génome humain », *A.I.J.C.*, 1998, pp. 508-554

MATHIEU, B., « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. À propos de et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *Cahiers Cons. const.*, 1998, n° 6, *www.conseil-constitutionnel.fr*

MATHIEU, B., « Constitution et génome humain », *A.I.J.C.*, 1998, pp. 508-554

MATHIEU, B., « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexions sur un droit incertain », *Rev. int. dr. comp.*, 1998, pp. 1031-1053

MATHIEU, B., « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *Rev. dr. publ.*, 1999, pp. 93-111

MATHIEU, B., « Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », *Rec. Dalloz*, 2001, Juris., pp. 2533-2537

MATHIEU, B., « Des droits de l'homme aux droits sur l'homme (ou les transmutations du droit de la bioéthique) », *in L'esprit des institutions, l'équilibres des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 307-317

MATHIEU, B., « La place des normes constitutionnelles dans le droit de la bioéthique », *in* B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Economica, 2003, pp. 67-77

MATHIEU, B., « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Cah. Cons. const.*, 2003, n° 15, *www.conseil-constitutionnel.fr*

MATHIEU, B., « Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions », *Rec. Dalloz*, 2005, n° 14, pp. 920-923

MATTEI, J.-F., « Bioéthique : ne pas se tromper dans les choix », *Le Figaro*, 31 janv. 2000

MELCHIOR, M., « De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1995, pp. 61-69

MELCHIOR, M. ; DE GRÈVE, L., « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? », *R.U.D.H.*, 1995, pp. 217-247

MÉMETEAU, G., « Lois bioéthiques », *Clartés : encyclopédie du présent*, oct. 1994, p. 16

MÉMETEAU, G., « Présentation synthétique des lois dites 'bioéthiques' du 29 juill. 1994 », *Rev. dr. Santé*, 1995-1996, pp. 387-389

MÉMETEAU, G., « Les lois 'bioéthiques' du 29 juill. 1994 : les incertitudes sont certaines ! », *Rev. dr. Santé*, 1996-1997, pp. 88-91

MÉMETEAU, G., « Les lois de bioéthique : cinq ans après. Première et rapide lecture du rapport du Conseil d'État », *Médecine et Droit*, 2000, n° 41, p. 1

MIRANDA, J., « L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées : Portugal », *A.I.J.C.*, 1986

MODERNE, F., « L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées : Rapport de synthèse », *A.I.J.C.*, 1986

MODERNE, F., « La liberté ne trouve pas refuge dans une jurisprudence qui doute (à propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Planned parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Robert P. Casey et al.*, du 29 juin 1992, relatif au droit à l'interruption de grossesse) », *Rev. fr. dr. const.*, 1992, pp. 583-600

MORANGE, J., « Les organes consultatifs et les libertés publiques », *Rev. fr. dr. adm.*, 1984, pp. 134-138

MUSCATI, S.A., « Therapeutic cloning and the Constitution : A Canadian perspective », *Health Law in Canada*, 2001, vol. 22/6, pp. 7-28

NAPERT, R., « L'examen médical à l'emploi et les Chartes des droits », *Journ. du Barreau*, 1990, vol. 22/8, p. 13

NARAYAN-FOURMENT, H., « L'euthanasie active : la position prudente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Médecine et droit*, 2003, pp. 98-101

NICOLAS, G., « Les rapports entre les droits de l'individu et les intérêts de la collectivité à travers les lois bioéthiques », *Rapport rédigé dans le cadre du IVe Congrès français de droit constitutionnel des 10, 11 et 12 juin 1999 organisé par l'Association française des Constitutionnalistes et par l'Université d'Aix – Marseille III*

OBERDORFF, H., « Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire : coopération et contrôle (À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 du 10 juin 2004 relatif à la loi pour la confiance dans l'économique numérique) », *Rev. dr. publ.*, 2004, pp. 869-874

OGIER-BERNAUD, V. et SEVERINO, C., « Droit constitutionnel jurisprudentiel : panorama 2004 », *Rec. Dalloz*, 2005, pp. 1125-1133

OUELLETTE, M., « La Charte canadienne et certains problèmes de bioéthique », *Rev. jur. Thémis*, 1984, vol. 18, pp. 271-293

PANTALEON, F., « Técnicas de reproducción asistida y Constitución », *Revista del Centro de estudios constitucionales*, 1993, n° 15

PARIZEAU, M.-H., « Clarification progressive du champ de la bioéthique et de ses méthodes », *Réseaux. Rev. interdisc. de philosophie mor. et pol.*, 1987-1988, n° 53-54, pp. 51-65

PERELMAN, C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984

PETTITI, L.-E., « Le rôle du juge : moyens d'analyse et de résolution des questions de bioéthique », *Journ. int. bioéth.*, 1999, pp. 13-15

PHILIPS-NOOTENS, S., « La Cour suprême face à la vie, face à la mort : de valeurs et de droits », *Rev. du Barreau canadien*, 2000, pp. 145-173

PHILIPS-NOOTENS, S., « Les soins de santé à l'aune de la dignité humaine », *in Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 271-288

POTTER, V.R., « Bioethics, the Science of Survival », *Perspectives in Biology and Medicine*, n° 14, 1970, pp. 127-153

POTTER, V.R., « Aldo Leopold's Land Ethic Revisited : Two Kinds of Bioethics », *Perspectives in Biology and Medicine*, n° 30/2, 1987, pp. 157-169

PRIEUR, M., « Un huron au Parlement », *Rev. dr. publ.*, 2004, pp. 1201-1205

RATZ, J., « Incorporation by law », *Legal Theory*, 2004, pp. 1-17

REICH, W., « How Bioethics Got its Name », *Hastings Center Report, A Special Supplement*, n° 23, nov.-déc. 1993, pp. 6-7

RIBES, D., « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Rev. b. dr. const.*, 1999, pp. 237-274

RIGAUX, F., « Les transsexuels devant la CEDH : une suite d'occasions manquées », note sous Cour eur. D.H., 22 avr. 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 130-144

RIVERO, J., Note sous Cons. const. fr., 15 janv. 1975, n° 75-54 DC, *A.J.D.A.*, 1975, pp. 134-138

RIVERO, J., « Autour de la loi sécurité et liberté. 'Filtrer le moustique et laisser passer le chameau' ? », *A.J.D.A.*, 1981, pp. 275-277

ROCHER, G., « Le défi éthique dans un contexte social et culturel en mutation », *Philosopher. Revue de l'enseignement de la philosophie au Québec*, n° 16, 1994, pp. 11-26

ROMI, R., « La charte de l'environnement, avatar constitutionnel ? », *Rev. dr. publ.*, 2004, pp. 1485-1495

ROSOUX, G., « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage : une alternative à l'annulation », *Rev. b. dr. const.*, 2001, pp. 385-406

ROUSSEAU, D., « Une résurrection : la notion de Constitution », *Rev. dr. publ.*, 1990, pp. 5-22

ROUSSEAU, D., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004 », *Rev. dr. publ.*, 2005, pp. 267-311

ROUSSEL, S. , « L'affaire Sue Rodriguez », *Journ. du Barreau*, 1993, vol. 25/18, p. 20

ROUX, J., « La bioéthique, discipline sociale nouvelle et indispensable », *Réseaux. Rev. interdisc. de philosophie mor. et pol.*, 1987-1988, n° 53-54, pp. 93-101.

ROY, D., « La biomédecine aujourd'hui et l'homme de demain. Point de départ et direction de la bioéthique », *Le Supplément*, n° 128, Paris, 1979, pp. 59-75

ROY, D., « De la bioéthique », *Prospective et santé*, 1980, n° 15, pp. 63-70

ROY, D., « L'éthique de la pratique clinique », *L'union médicale du Canada*, vol. 117, n° 1, 1988, pp. 120-123

ROY, D., « La bioéthique », *Nouveau Dialogue,* 1998, n° 118, pp. 5-8

SAINT-ARNAUD, J., « La bioéthique : définition et perspectives didactiques », *in* M.-H. PARIZEAU, *Bioéthique : méthodes et fondements*, Québec, ACFAS, 1989, pp. 183-189

SCOFFONI, G., « Chronique – États-Unis », *A.I.J.C.*, 1997, pp. 595-632

SCOFFONI, G. ; VARAT, J.D., « L'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte (janvier-juin 1997), États-Unis », *Rev. fr. dr. const.*, 1997, pp. 837-851

SUETENS, L.P., « De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht », *R.W.*, 1993-1994, pp. 1313-1318

TAGUIEFF, P.-A, « L'espace de la bioéthique. Esquisse d'une problématisation », *Res publica*, 1999, n° 21, pp. 30-37

TESTART, J., « Glissements progressifs de la bioéthique », *Le Monde*, 25-26 janv. 2004

THOUVENIN, D., « Les lois n° 94-548 du 1er juill. 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juill. 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Act. Lég. Dalloz*, 1995, pp. 149-216

TOTH, F., « Le droit du patient à être informé : un droit protégé par la Charte des droits et libertés de la personne », *Rev. de dr. de l'Université de doke*, 1989, pp. 161-173

TROPER, M., « L'avenir du droit constitutionnel », *Rev. b. dr. const.*, 2001, pp. 129-137

VAN COMPERNOLLE, J. ; VERDUSSEN, M., « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, pp. 297-304

VAN DROOGHENBROECK, S. ; HACHEZ, I., « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, pp. 153-182

VANDERNOOT, P., « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle », *in Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 357-384

VANDEVELDE, M., « Arbitragehof laat euthanasiewet in leven », Note sous C. art. Bel., 14 janv. 2004, n° 4/2004, *Juristenkrant*, 11 févr. 2004, n° 83, p. 15

VEDEL, G., « Qu'est-ce que la Constitution ? », *La Constitution de 1958 a quarante ans*, Conseil constitutionnel français, *www.conseil-constitutionnel.fr*, 1998

VELU, J., « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.*, 1992, pp. 729-741 et 749-761

VERDUSSEN, M., « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », *in* VELU, J. ; ERGEC, R. ; VERDUSSEN, M. ; *et alii*, *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 17-65

VERDUSSEN, M., « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fr. dr. const.*, 1994, pp. 433-438

VERDUSSEN, M., « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », *in* DELPÉRÉE, F. ; FOUCHER, P. (dir.), *La saisine du juge constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 175-195

VERDUSSEN, M., « La procédure de révision de la Constitution : données comparatives », *in* DELPÉRÉE, F. (dir.), *La procédure de révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 87-110

VERDUSSEN, M. ; NOËL, A., « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *A.P.T.*, 1994, pp. 127-143

VERSPIEREN, P., « Vie, santé, mort », *in* B. LAURET et F. REFOULÉ (dir.), *Initiation à la pratique de la théologie*, t. IV, *Éthique*, Paris, Cerf, 1983, pp. 365-371

WOEHRLING, J., « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », *Rev. dr. McGill*, 2000, pp. 21-68

WOUTERS, M., « Le droit à la vie et la pénalisation de l'avortement. Deux réflexions à propos d'un arrêt de cassation 'en passant' », *R.W.*, 1993-1994, pp. 458-463

ZAGREBELSKY, G., «« L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées : Italie », *A.I.J.C.*, 1986

III.3. RAPPORTS

COMITÉ SÉNATORIAL SPÉCIAL SUR L'EUTHANASIE ET L'AIDE AU SUICIDE, *De la vie et de la mort*, Sénat du Canada, mai 1995

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport 20 – Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Ottawa, La Commission, 1983

CONSEIL D'ÉTAT, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Paris, La Documentation française, 1999

LENOIR, N. *Aux frontières de la vie*, t. I, *Une éthique biomédicale à la française*, Paris, La Documentation française, 1991

LENOIR, N., *Aux frontières de la vie*, t. II, *Paroles d'éthique*, Paris, La Documentation française, 1991

MATTEI, J.-F., *La vie en question : pour une éthique biomédicale*, Paris, La Documentation française, 1994, pp. 180-190

IV. LISTE DES ABRÉVIATIONS

Act. Lég. Dalloz :	*Actualité législative Dalloz*
A.I.J.C. :	*Annuaire international de justice constitutionnelle*
A.J.D.A. :	*L'actualité juridique. Droit administratif*
Ann. dr. Louv. :	*Annales de droit de Louvain*
A.P.T. :	*Administration Publique. Trimestriel*
A.T.F. :	*Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse*
BGBl :	*Bundesgesetzblatt*
BGBl :	*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*
B.O.E. :	*Boletin Oficial del Estado*
BVerfGE :	*Sammlung der Entscheidungen des Bundes-verfassungsgerichts*
Cahiers Cons. const. :	*Les Cahiers du Conseil constitutionnel*
Cour. hebd. CRISP :	*Centre de recherche et d'information socio-politiques. Courrier hebdomadaire*
C. S. :	*Recueils de jurisprudence du Québec. Cour supérieure*
Doc. parl. :	*Documents parlementaires*
D.R. :	*Commission européenne des droits de l'homme. Décisions et rapports*
Droits. Rev. fr. de théorie jur. :	*Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*
EuGRZ :	*Europäische Grundrechte Zeitschrift*
EVfSlg :	*Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungs gerichtshofes*
Giur. Cost. :	*Giurisprudenzia costituzionale*
G.U. :	*Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*
I.R.	*The Irish Reports*
J.C.P. :	*Juris-Classeur Périodique*
J.L.M.B. :	*Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*
J.O.C.E. :	*Journal officiel des Communautés européennes*
J.O.R.F. :	*Journal officiel de la République française*
J.T. :	*Journal des tribunaux*
J.T. dr. eur. :	*Journal des tribunaux de droit européen*
Journ. dr. int. :	*Journal du droit international*
Journ. du Barreau :	*Journal du Barreau du Québec*
Journ. int. bioéth. :	*Journal international de bioéthique*
L.Q. :	*Lois du Québec*
L.R.Q. :	*Lois refondues du Québec*
M.B. :	*Moniteur belge*
NjW :	*Nieuw Juridisch Weekblad*
Pas. :	*Pasicrisie belge*
Pouvoirs. Rev. fr. d'études const. et pol: politiques	*Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et*
Public. Cour eur. D.H. Série A :	*Publications de la Cour européenne des droits de l'homme. Série A : Arrêts et décisions*
R.C.S. :	*Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*
R.D.P. :	*Revue du droit public*
Rec. C.J.C.E. : *de*	*Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal* *première instance des Communautés européennes*
Rec. Dalloz: législation	*Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de*
Recueil :	*Cour européenne des droits de l'homme. Recueil des arrêts et décisions*

Réseaux. Rev. interdisc. de philosophie mor. et pol. :	*Réseaux. Revue interdisciplinaire de philosophie morale et politique*
Rev. b. dr. const. :	*Revue belge de droit constitutionnel*
Rev. b. dr. int. :	*Revue belge de droit international*
Rev. de dr. de l'Université de Sherbrooke :	*Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*
Rev. de métaphysique et de morale :	*Revue de métaphysique et de morale*
Rev. d'études jur. :	*Revue d'études juridiques*
Rev. dr. McGill :	*Revue de droit de McGill*
Rev. dr. publ. :	*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*
Rev. dr. sanit. et soc.	*Revue de droit sanitaire et social*
Rev. dr. Santé :	*Revue du droit de la santé*
Rev. du Barreau :	*Revue du Barreau du Québec*
Rev. du Barreau canadien :	*La Revue du Barreau canadien*
Rev. fr. dr. adm. :	*Revue française de droit administratif*
Rev. fr. dr. const. :	*Revue française de droit constitutionnel*
Rev. int. dr. comp. :	*Revue internationale de droit comparé*
Rev. jur. Thémis :	*Revue juridique Thémis*
Rev. trim. dr. civ. :	*Revue trimestrielle de droit civil*
Rev. trim. dr. h. :	*Revue trimestrielle des droits de l'homme*
R.O. :	*Recueil officiel du droit fédéral*
R.S. :	*Recueil systématique du droit fédéral*
R.U.D.H. :	*Revue universelle des droits de l'homme*
R.W. :	*Rechtskundig Weekblad*
S.F.S. :	*Svensk författningssamling*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3

PREMIÈRE PARTIE — LA BIOÉTHIQUE : CLÉS ET REPÈRES 9

TITRE PREMIER. DES CLÉS POUR DÉCRYPTER LA BIOÉTHIQUE *11*

CHAPITRE PREMIER. LE TERME DE BIOÉTHIQUE 12
SECTION 1. UN TERME NEUF ET USUEL 12
SECTION 2. UN TERME COMPOSITE ET AMBIGU 18
SECTION 3. UN TERME PEU À PEU JURIDIQUE 21

CHAPITRE II. LE CONCEPT DE BIOÉTHIQUE 24
SECTION 1. UN CONCEPT AUX REPRÉSENTATIONS DIVERSES 24
§ 1er. Le champ bioéthique *24*
§ 2. L'état d'esprit bioéthique 25
§ 3. L'action bioéthique *25*
§ 4. Le système bioéthique *29*
SECTION 2. UN CONCEPT INDÉTERMINÉ 30
SECTION 3. UN CONCEPT PLURIEL 32

TITRE II. DES REPÈRES POUR LOCALISER LA BIOÉTHIQUE *36*

CHAPITRE PREMIER. LE CONTENU DU CHAMP BIOÉTHIQUE 37
SECTION 1. DÉFINITION 37
§ 1er. Les orientations en présence *37*
A. Le champ de la biologie et de la médecine 37
B. Le champ du vivant 41
§ 2. L'orientation privilégiée *46*
SECTION 2. DESCRIPTION SUCCINCTE 48
§ 1er. Les perspectives traditionnelles *48*
§ 2. Les évolutions marquantes *50*
A. La naissance de la biomédecine 51
B. L'ampleur de la biomédecine 55
§ 3. Les composantes actuelles *57*
A. La diversité du champ biomédical 58
B. La cohérence du champ biomédical 62

CHAPITRE II. LES CONTOURS DE L'APPROCHE BIOÉTHIQUE 68
SECTION 1. LA CONFIGURATION GÉNÉRALE 68
§ 1er. La nature de l'approche bioéthique *68*
§ 2. Les fonctions de l'approche bioéthique *71*
A. Une fonction de clarification 72
B. Une fonction de régulation 74
1. La régulation éthique 75
2. La régulation sociale 79
C. Une fonction de décision 83
SECTION 2. LES DIMENSIONS JURIDIQUES 88
§ 1er. La montée en puissance du droit au sein de l'approche bioéthique *89*
§ 2. La formulation de la problématique constitutionnelle *94*

DEUXIÈME PARTIE — L'IMPRÉGNATION DE LA BIOÉTHIQUE PAR LA CONSTITUTION 97

TITRE PREMIER. LES NORMES CONSTITUTIONNELLES DE RÉFÉRENCE *99*

CHAPITRE PREMIER. LA TENEUR DE LA CONSTITUTION AU REGARD DU CHAMP BIOÉTHIQUE **100**
SECTION 1. DES NORMES STRUCTURANTES 103
§ 1er. La définition d'acteurs de l'approche bioéthique *104*
A. Une définition directe 104
1. Les éléments de la définition 104
a. La désignation des acteurs 105
b. L'attribution aux acteurs de fonctions et de moyens 106
2. L'identité des acteurs définis 113
a. Les autorités des collectivités locales : un rejet général 114
b. Les autorités de la ou des collectivités générales : un régime diversifié 119
B. Une définition indirecte 123
§ 2. La répartition des rôles au sein de l'approche bioéthique *126*
SECTION 2. DES NORMES DIRECTRICES 130
§ 1er. L'ouverture à des acteurs de l'approche bioéthique *134*
§ 2. La définition d'une protection pertinente en biomédecine *137*
A. Les éléments de la protection 137
1. Une protection de la dimension corporelle de l'homme 138
a. La vie 138
b. La santé 141
c. L'intégrité 143
d. La libre disposition 146
2. Une protection de la dimension immatérielle de l'homme 149
a. La personnalité 149
b. Les connaissances 151
c. Les convictions 155
3. Une protection de la dimension relationnelle de l'homme 156
a. La relation de soins 157
b. Les relations familiales et affectives 158
4. Une protection de la dimension substantielle de l'homme 163
B. Un cadre de protection 165

CHAPITRE II. L'AUTORITÉ DE LA CONSTITUTION AU REGARD DU CHAMP BIOÉTHIQUE **169**
SECTION 1. L'AUTORITÉ DES NORMES STRUCTURANTES 171
§ 1er. Le rejet du modèle de l'approche professionnelle *171*
A. L'intervention nécessaire des autorités constituées 174
1. La vocation propre aux autorités constituées 174
2. Les instruments propres aux autorités constituées 180
B. L'intervention mesurée des autorités constituées 185
§ 2. Le rejet du modèle de l'approche internationale *191*
SECTION 2. L'AUTORITÉ DES NORMES DIRECTRICES 198

TITRE II. LA MISE EN ŒUVRE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES DE RÉFÉRENCE ***208***

CHAPITRE PREMIER. L'ANCRAGE DE LA CONSTITUTION AU SEIN DE L'APPROCHE BIOÉTHIQUE **209**
SECTION 1. LA DIMENSION VERTICALE : UN ANCRAGE CONTRASTÉ 210
§ 1er. L'ancrage ferme corrélatif à l'implication des autorités investies de la fonction de gouvernement *214*
A. Une constitutionnalisation en cascade 214
1. L'étendue de l'ancrage 214
2. La qualité de l'ancrage 219
B. Une constitutionnalisation complémentaire 224
1. La constitutionnalisation par l'entremise des groupements professionnels 225
a. Le respect de la règle de droit 225
b. L'ancrage constitutionnel 227
2. La constitutionnalisation par l'entremise des comités d'éthique 232

a. Les comités d'éthique locaux 232
1) Le respect de la règle de droit 233
2) L'ancrage constitutionnel 236
b. Le comité d'éthique national 238
§ 2. L'ancrage fragile corrélatif à l'abstention des autorités investies de la fonction de gouvernement *240*
A. Une constitutionnalisation médiocre 240
1. L'étendue de l'ancrage 240
2. La qualité de l'ancrage 243
B. Une constitutionnalisation incertaine 252
1. La constitutionnalisation par l'entremise des groupements professionnels 252
2. La constitutionnalisation par l'entremise des comités d'éthique 255
a. Les comités d'éthique locaux 255
b. Le comité d'éthique national 257
§ 3. L'implication nécessaire des autorités investies de la fonction de gouvernement *257*
SECTION 2. LA DIMENSION HORIZONTALE : UN ANCRAGE FRAGMENTAIRE 259
§ 1er. L'implication limitée des autorités investies de la fonction de gouvernement *260*
A. La propension des autorités à l'immobilisme 260
B. La propension des autorités au pointillisme 263
§ 2. Des stimulants peu adaptés *265*
A. La faiblesse des stimulants constitutionnels 266
1. L'expressivité des normes constitutionnelles 267
2. Le pouvoir de contrainte des normes constitutionnelles 271
a. Le contrôle du juge constitutionnel 271
b. Les autres formes de contrôle 277
3. La faible autorité des normes constitutionnelles 279
B. L'insuffisance des stimulants internationaux 280
1. L'expressivité des normes internationales 282
2. Le pouvoir de contrainte des normes internationales 284
3. L'impact insuffisant des normes internationales 286

CHAPITRE II. L'EMPREINTE DE LA CONSTITUTION SUR L'APPROCHE BIOÉTHIQUE **287**
SECTION 1. L'EMPREINTE DES NORMES STRUCTURANTES 288
§ 1er. La prise en compte insatisfaisante des normes constitutionnelles structurantes *289*
A. La pratique des influences abusives 289
B. La pratique des délégations abusives 293
§ 2. Des balises peu marquées *297*
A. L'effacement des normes constitutionnelles 297
B. L'inadéquation des normes internationales 302
SECTION 2. L'EMPREINTE DES NORMES DIRECTRICES 305
§ 1er. La signification confuse des normes constitutionnelles directrices *306*
A. L'estompement du cadre constitutionnel 306
1. Les difficultés relatives au contenu de la protection 306
2. Les difficultés relatives aux bénéficiaires de la protection 313
B. Les risques inhérents à l'estompement du cadre constitutionnel 316
1. L'inversion de perspective 316
2. L'approche pragmatique 321
§ 2. Des appuis imparfaits *324*
A. L'appui relatif du juge constitutionnel 324
1. Les attitudes du juge constitutionnel 326
a. L'attitude modérée 326
b. L'attitude activiste 329
1) Une illustration : la Cour suprême des États-Unis face à l'avortement 330
2) Une tentation présente dans le champ biomédical 332
c. L'attitude abstentionniste 336
1) Une illustration : la Cour d'arbitrage de Belgique face à l'euthanasie 337
2) Une tentation présente dans le champ biomédical 342
2. Les réponses du juge constitutionnel 343
a. L'attention portée aux connaissances et aux techniques 344

b. L'attention portée aux sensibilités en présence 349
1) L'expression d'opinions multiples 349
2) L'adoption de solutions d'équilibre 353
B. L'appui limité des normes internationales 360
1. L'incidence des normes internationales générales 361
2. L'incidence des normes internationales spécifiques 369

TROISIÈME PARTIE — L'INSERTION DE LA BIOÉTHIQUE DANS LA CONSTITUTION **374**

TITRE PREMIER. L'OBJET DE L'INSERTION ***377***

CHAPITRE PREMIER. DES DISPOSITIONS INDICATIVES **380**
SECTION 1. LE PROFIL DES DISPOSITIONS INDICATIVES 380
§ 1er. Des dispositions révélatrices *380*
§ 2. Des dispositions conciliatrices *388*
SECTION 2. L'ADÉQUATION DES DISPOSITIONS INDICATIVES 390
§ 1er. La finalité des dispositions indicatives *390*
A. Des dispositions soucieuses du bien public ? 391
B. Des dispositions soucieuses d'assurer une limitation du pouvoir ? 392
C. Des dispositions soucieuses de permanence ? 395
§ 2. La matière des dispositions indicatives *399*
A. L'objection du communautarisme ? 401
B. L'objection du pointillisme ? 404

CHAPITRE II. DES DISPOSITIONS INCITATIVES **409**
SECTION 1. L'EFFET INCITATIF DES DISPOSITIONS INDICATIVES 410
§ 1er. Le schéma théorique : un effet incitatif non optimal *410*
§ 2. Le schéma réaliste : un effet incitatif partiel *414*
SECTION 2. L'INSERTION D'UNE DISPOSITION À FINALITÉ INCITATIVE 417
§ 1er. La piste structurante pure *417*
§ 2. Les pistes structurante et directrice combinées *423*

TITRE II. LES OBSTACLES À L'INSERTION ***429***

CHAPITRE PREMIER. L'OBSTACLE FORMEL **430**
SECTION 1. LE POIDS DE LA SOLENNITÉ INHÉRENTE À LA CONSTITUTION 430
SECTION 2. L'IMPACT VARIABLE DE LA SOLENNITÉ INHÉRENTE À LA CONSTITUTION 434
§ 1er. Les nuances liées à l'objet des dispositions à insérer *434*
A. Les nuances propres aux dispositions indicatives 434
B. Les nuances propres à la disposition incitative 440
§ 2. Les nuances liées au degré de la solennité *442*

CHAPITRE II. LES OBSTACLES MATÉRIELS **445**
SECTION 1. L'OBSTACLE IMPROBABLE DES LIMITES MATÉRIELLES INTERNES 445
SECTION 2. L'OBSTACLE RESTREINT DES LIMITES MATÉRIELLES EXTERNES 449
§ 1er. Le droit naturel : un obstacle inconsistant *449*
§ 2. Le droit international : un obstacle modeste *450*

CONCLUSION **456**

BIBLIOGRAPHIE **471**