

Constitution et bioéthique¹

Par mme Salwa Hamrouni, assistante à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis

La bioéthique est née aux États-Unis d'Amérique lorsque le financement de certaines pratiques et recherches médicales commençaient à susciter des interrogations éthiques. Cela a commencé pendant les années 60 avec le problème de la sélection des personnes pouvant bénéficier de l'hémodialyse donc des personnes dont la vie méritait d'être sauvée².

Elle est définie par Gilbert Hottois comme "un ensemble de recherches, de discours et de pratiques, généralement pluridisciplinaires et pluralistes, ayant pour objet de clarifier et, si possible, de résoudre des questions à portée éthique suscitées par la recherche et développement biomédicale et biotechnologique au sein de sociétés caractérisées à des degrés divers comme étant individualistes, multiculturelles et évolutives"³. La bioéthique part ainsi de l'idée d'une multitude des réponses éthiques données à un seul problème : il ne s'agit plus de distinguer entre le bien et le mal, entre le vice et la vertu comme se le proposait la morale mais de faire un choix lorsqu'on est devant plusieurs formes de bien ou de mal. L'éthique est ainsi "l'instrument intellectuel qui permet d'une façon rationnelle de trancher entre des points de vue moraux différents"⁴.

Le développement fulgurant de la médecine et des techniques qui lui sont associées ne sont pas sans conséquences sur la personne humaine. La médecine et la technique associées nous ouvrent donc de grands espoirs pour améliorer la vie et la prolonger. Cependant, ces mêmes techniques suscitent des craintes, des doutes et des interrogations éthiques parce qu'elles remettent en question nos représentations de la vie, et de la mort. La bioéthique constitue dans ce cas "une sorte de lien vital entre la science et la condition humaine"⁵.

¹ Contribution au colloque international organisé par l'association tunisienne de droit constitutionnel, droit constitutionnel, science et technologie, Tunis, les 11 et 12 avril 2006.

² L'importance de la demande par rapport aux moyens dont disposait le centre avait amené à la création d'un Comité dont la fonction était de déterminer les critères de sélection des personnes méritant le traitement. Composé de 9 membres dont seulement deux médecins, le Comité "se servit pour opérer cette sélection de critères sociaux tels que la productivité au sein de la communauté et la bonne conduite" ce qui a mené l'opinion publique à critiquer ces critères pour des questions aussi importantes que la vie et la mort. Voir sur cet aspect Durand (G), *Introduction générale à la bioéthique*, éditions Fides, Québec, 1999, pp. 29-30.

³ Hottois (G), *Qu'est ce que la bioéthique ?* Paris, Vrin, 2004, p. 22.

⁴ Bertrand Lemennicier, "le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ?", *Droits*, 1991, n°13, pp. 117-118.

⁵ Koichiro Matsuura, directeur général de l'UNESCO, allocution d'ouverture de la table ronde des ministres de la science, *La bioéthique : un enjeu international*, UNESCO, Paris, octobre, 2001, p. 16.

Aujourd'hui, les questions de la bioéthique ont amené les États à tenter d'apporter une réponse universelle face à des pratiques de plus en plus menaçantes : Cela a donné naissance à trois Déclarations adoptées par l'UNESCO : La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme⁶, la Déclaration universelle sur les données génétiques humaine⁷ et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme⁸. Par ces trois textes adoptés à l'unanimité, les États ont témoigné d'une volonté de légiférer en la matière. Une question se pose alors : est ce que ces États disposent déjà d'un cadre référentiel à même de les guider dans leurs choix législatifs. Autrement dit est ce que les lois fondamentales de ces États permettent un encadrement des questions de la bioéthique ?

En réalité, la réponse ne peut être que relative : Si la majorité des Constitutions contiennent un dispositif répondant la question fondamentale de la bioéthique; celle de faire respecter la dignité humaine, il n'en reste pas moins que les garanties du respect de cette dignité varient d'une constitution à une autre. La dignité humaine veut que la personne ne soit jamais traitée uniquement comme un moyen mais comme une fin en soi. Cette conception kantienne de la dignité humaine semble être remise en question par les techniques faisant de la personne un moyen répondant parfois aux besoins les plus futiles sinon aux fantasmes des autres. Le droit est donc encore plus sollicité pour garantir le respect de ce qui est humain dans l'Homme.

Le principe du respect de la dignité humaine a aujourd'hui un rang constitutionnel dans la majorité des ordres juridiques internes. Les Constitutions, adoptées pour la plupart après la deuxième guerre mondiale ont affirmé que la dignité est inhérente à toute personne humaine⁹. Celles qui ont omis de le faire expressément et dans le texte initial ont été complétées par le pouvoir constituant dérivé¹⁰ ou par le juge constitutionnel¹¹.

⁶ Adoptée par la Conférence générale de l'Unesco le 11 novembre 1997.

⁷ Adoptée par la Conférence générale de l'Unesco le 16 octobre 2003.

⁸ Adoptée par la Conférence générale de l'Unesco le 19 octobre 2005.

⁹ C'est le cas notamment de l'article 23 de la Constitution belge, de la loi fondamentale allemande dont l'article premier prévoit que "la dignité de l'être humain est intangible" ou encore celui de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 dont l'article 10 affirme le respect de la dignité humaine. L'ensemble des constitutions citées dans cette contribution sont disponibles sur le site de l'Académie internationale de droit constitutionnel : <www.aidc.org.tn>.

¹⁰ C'est le cas de la Constitution tunisienne suite à la révision constitutionnelle du 1er juin 2002 où la dignité de l'Homme devient l'un des buts de la République. En effet, selon l'article 5 nouveau "la République tunisienne a pour fondement les principes de l'État de droit et du pluralisme et œuvre pour la dignité de l'homme et le développement de sa personnalité".

¹¹ C'est notamment le cas du juge constitutionnel français qui a reconnu la nature constitutionnelle du principe du respect de la dignité humaine malgré le silence du dispositif du texte de 1958. Voir la décision du Conseil du

Le concept de la dignité humaine est en quelques sortes revisité aujourd'hui par une relecture de certains des droits qui en découlent. Il en va ainsi du droit à la vie (première partie) mais aussi du principe de l'inviolabilité de la personne humaine (deuxième partie).

I le droit constitutionnel est appelé à redéfinir le droit à la vie

Le droit à la vie est un droit garanti par plusieurs constitutions. Il est parfois associé à l'interdiction à la peine de mort et parfois au respect de l'intégrité de la personne. Dans le domaine de la bioéthique, ce droit est souvent évoqué à propos de deux grands moments : le commencement de la vie (A) et la fin de la vie (B).

A. La question de l'embryon

Le droit à la vie est un droit fondamental reconnu par une grande partie des constitutions. La question d'étendre ce droit à l'embryon ne se pose pas, nous semble-t-il, pour les Constitutions qui reconnaissent ce droit à l'individu déjà né¹². Le droit constitutionnel est interpellé lorsque la Constitution utilise des expressions vagues telles que la "le droit à la vie est garanti", la "vie humaine est inviolable" ou "sacrée" ou lorsqu'elle reconnaît le droit à la vie à "toute personne".

Le développement des technologies médicales permettant la procréation, la recherche utilisant l'embryon, la médecine prédictive ont suscité quelques interrogations pour les législateurs qui voulaient accompagner et encadrer ces pratiques. Les techniques de procréation médicalement assistée posent le problème des embryons surnuméraires, de ceux qui ne font plus l'objet d'un projet parental. Le diagnostic prénatal ou le diagnostic préimplantatoire ont posé la question du droit à la vie pour l'embryon dont on détecte une anomalie génétique. La question qui s'est posée aux législateurs était donc celle de savoir si le droit constitutionnel à la vie devait s'étendre à l'embryon ? Les législations relatives à ce problème dépendent toutes de la réponse que donne la constitution ou le juge constitutionnel à cette question. La protection de l'embryon et de son droit à la vie est aujourd'hui prévue par certaines constitutions. C'est le cas notamment de la Suisse et de l'Irlande qui ont consacré une protection de

27 juillet 1994, bioéthique, in. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 1997, pp. 861 et ss.

¹² C'est le cas par exemple de la Constitution du Burundi qui reconnaît ce droit à "toute femme et tout homme" (article 24 de la Constitution du premier novembre 2004) ou celles du Japon et de la Guinée Bissau qui reconnaissent ce droit à "tout citoyen" (l'article 32 de la Constitution de la Guinée Bissau de 1984 et l'article 13 de la Constitution du Japon de 1947).

l'embryon dans leurs textes constitutionnels¹³. Ainsi, la Constitution suisse de 2000 interdit dans son article 119 le recours à la procréation médicalement assistée pour faire de la recherche.

Selon le paragraphe (c) de cet article, “ 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 ; la fécondation d'ovules humains hors du corps de la femme n'est autorisée qu'aux conditions prévues par la loi ; 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”. Cela revient simplement à interdire la destruction des embryons puisqu'il n'y aura pas la catégorie des surnuméraires.

Quant à la Constitution irlandaise, elle prévoit dans son article 40 que “l'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, s'engage à le respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à le protéger et soutenir par ses lois”¹⁴.

Certains États latino américains ont adopté des constitutions affirmant le droit à la vie dès la conception ce qui revient à adopter des législations protectrices de l'embryons vis-à-vis des nouvelles technologies médicales. Nous citons la Constitution du Paraguay dans son article 4¹⁵, la Constitution du Pérou dans son article 2¹⁶, la Constitution du Chili dans son article 19¹⁷ ou celle de l'équateur dans son article 49¹⁸.

D'autres Constitutions ne prévoient pas expressément le droit à la vie ce qui laisse au législateur plus de liberté de légiférer dans le domaine de la bioéthique.

¹³ Sur les différentes législations nationales interdisant les recherches sur l'embryon voir *C.I.B., Les actes*, septième session, novembre 2000, volume 1, pp. 36-38.

¹⁴ Arrêt, *Open Door et Dublin Woman c. Ireland*, 29 octobre 1992, série A, n° 246, <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Open%20%7C%20Door&sessionid=4530511&skin=hudoc-fr>>.

¹⁵ Constitution de 1992. Selon cet article “The right to live is inherent to the human being. Its protection is guaranteed, in general, after the time of conception. The death penalty remains abolished. Each individual's physical and psychological integrity as well as his honor and reputation will be protected by the State. The law will regulate the freedom to dispose ones own body, but only for scientific or medical purposes”.

¹⁶ Constitution du 31 décembre 1993. Selon l'article 2 de cette Constitution “Every individual has the right: to life, his identity, his physical, psychological, and moral integrity, and his free fulfillment and well-being. Such rights exist from the time of conception in all ways that are beneficial”.

¹⁷ Constitution du 25 mars 2000. L'article prévoit que “the law protects the life of those about to be born”.

¹⁸ Constitution de 1998.

cas des Constitutions tunisienne et algérienne qui ne se prononcent pas sur le droit à la vie ce qui a permis au législateur de légaliser l'avortement lorsqu'il devient indispensable pour sauver la vie ou la santé de la mère²². Actuellement, la législation tunisienne permet d'affirmer que l'embryon n'a pas le statut de la personne humaine²³. En effet, l'avortement est permis même au delà du premier trimestre lorsque la grossesse risque de compromettre la santé et l'équilibre psychique de la mère ou encore lorsque l'enfant à naître risque une grave maladie²⁴.

La question du statut de l'embryon semble, se poser dans un contexte différent dans les autres pays arabo-musulman appliquant la charia car suscitant des controverses non pas forcément constitutionnelles mais plutôt morales et religieuses. Cependant, le problème est loin de se limiter aux États musulmans car même les États sécularisés connaissent le même genre de débat lorsqu'il s'agit d'adopter des lois en la matière.

Le problème de l'avortement est aujourd'hui relancé par le fait des différentes technologies relatives à la médecine prédictive. En effet, la détection précoce

²² Selon les termes de la loi algérienne du 16 février 1985 "l'avortement dans un but thérapeutique est considéré comme une mesure indispensable pour sauver la vie de la mère du danger, ou préserver son équilibre physiologique et mental gravement menacé". La législation pénale algérienne va dans le même sens puisque l'article 308 du code pénal prévoit que "l'avortement n'est pas puni lorsqu'il constitue une mesure indispensable pour sauver la vie de la mère en danger et qu'il est ouvertement pratiqué par un médecin ou chirurgien, après avis donné par lui à l'autorité administrative". Voir l'article 72 de la loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé ainsi que le code pénal algérien, Ossoukine (A), *L'éthique biomédicale*, éditions Dar El Gharb, Oran, 2000, p. 309-313.

²³ Sur l'ensemble de la législation tunisienne relative à l'embryon, voir Aouij-Mrad (A), "La protection juridique de l'embryon mal formé", in *Mouvement du droit contemporain, mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, Tunis, C.P.U., 2005, pp. 631-649. Voir également Charfeddine (M-K), "L'embryon : Sujet ou objet", *R.T.D.*, 1998, pp. 69-83.

²⁴ C'est le décret beylical du 25 avril 1940 qui a fait le premier pas pour permettre l'avortement pour des raisons médicales. Voir Aouij-Mrad (A), "La protection juridique de l'embryon mal formé", *art.cit.* p. 643. La loi n° 65-24 du premier juillet 1965 relative à l'avortement a introduit la question de l'avortement dans le code pénal tunisien. En effet, l'article 214 du code pénal prévoit, dans sa version de 1965, la possibilité de l'interruption artificielle de la grossesse lorsqu'elle est pratiquée dans les trois premiers mois et lorsque les deux époux ont au moins cinq enfants vivants. Le deuxième cas où l'on permettait l'avortement est "lorsque la santé de la mère risque d'être compromise par la continuation de la grossesse". Il importe toutefois de noter que ces dispositions ont été modifiées par la loi n° 57 du 19 novembre 1973 (ratifiant le décret-loi n° 73-2 du 26 septembre 1973) qui est revenue sur la condition d'avoir au moins cinq enfants pour permettre l'interruption de la grossesse. Plus, la nouvelle loi est allée jusqu'à affirmer que "postérieurement aux trois mois, l'interruption de la grossesse peut aussi être pratiquée, lorsque la santé de la mère ou son équilibre psychique risquent d'être compromis par la continuation de la grossesse ou encore lorsque l'enfant à naître risquerait de souffrir d'une maladie ou d'une infirmité grave". C'est dire combien la législation tunisienne de l'époque était favorable au bien-être de la femme mais également soucieuse de suivre une politique de planning familial permettant la limitation des naissances.

des anomalies génétiques ou de simples probabilités d'anomalies pose le problème de l'avortement et par là toute la querelle philosophique mais aussi juridique relative à l'eugénisme.

Les États-unis sont parmi les États où la justice constitutionnelle avait tranché cette question depuis 1973 date de l'arrêt *Roe v. Wade*²⁵ dans lequel la plus haute juridiction avait accepté le droit à l'avortement en se basant sur le droit à l'intimité et le droit au respect de la vie privée.

Actuellement certains États américains remettent en question ce droit. Ainsi, le Dakota a adopté 6 mars 2006, une loi interdisant l'avortement dans tous les cas sauf quand la vie de la mère est en danger²⁶.

En 2005, 52 lois ont été adoptées au niveau des États pour restreindre l'accès à l'avortement.

D'autres États, comme le Michigan, l'Ohio, le Missouri, le Mississippi attendent un revirement par rapport à l'arrêt *Roe c/ Wade*, pour avoir un droit de regard sur la législation en la matière²⁷. Cette tendance est confortée par la position du Président américain qui a refusé que “ l'argent des américains (soit) utilisé dans la recherche sur les cellules souches²⁸. Il a rappelé à cette occasion que la vie humaine est un don sacré de dieu et que le président américain doit faire respecter aux États-Unis et partout dans le monde²⁹ !

Au Canada, la Cour suprême a jugé dans un arrêt de 1987 que le droit de chacun à la vie ne s'appliquait pas à l'embryon. Dans une décision de 1989³⁰, elle a

²⁵ C'est dans cet arrêt que Voir sur cette question Custos (D), “La cour suprême américaine et la liberté d'avortement”, *R.D.P.* 1995, n° 5, pp.1120-1155. Voir également Pinto (R), “La cour suprême américaine et l'avortement”, *R.D.P.*, 1993, n° 4, pp. 907-938.

²⁶ Voir la *lettre genethique*, n° 75 de mars 2006 disponible sur <www.genethique.org>.

²⁷ Voir à ce propos la *revue de presse génétique* sur <www.genethique.org> du 21 mars 2006.

²⁸ Dans ses remarques sur les recherches sur les cellules souches, le Président américain déclare : “*My administration must decide whether to allow federal funds, your tax dollars, to be used for scientific research on stem cells derived from human embryos*”. <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/08/20010809-2.html>> . Aujourd'hui et depuis le 24 mai 2005, la question se pose autrement. En effet, la Chambre des représentants américaine a adopté une loi autorisant le financement public de la recherche sur les cellules souches embryonnaires ce qui n'est pas en harmonie avec les affirmations du président américain. Cette loi a été adoptée par 238 voix contre 194 ce qui ne l'immunise pas contre un veto présidentiel. Voir sur cette question “États-Unis : deux lois pour régir la recherche sur les cellules souches”, in. *Revue de presse genethique*, 25 mai 2005. <www.genethique.org>.

²⁹ “*I also believe human life is a sacred gift from our creator. I worry about a culture and devalues life, and believe as your President I have an important obligation to foster and encourage respect for life in America and throughout the world*”. <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/08/20010809-2.html>>.

³⁰ Décision du 16 novembre 1989.

ajouté que l'embryon n'est pas une personne et qu'il ne peut être traité comme tel que s'il est nécessaire de protéger ses intérêts après sa naissance³¹.

L'expérimentation et la recherche sur les embryons reste une impossibilité pour les États dont les constitutions considèrent l'embryon comme une personne méritant le droit à la vie et une grande difficulté pour ceux dont les constitutions restent muettes sur le titulaire du droit à la vie.

Par ailleurs, certains pays européens ont permis la recherche et l'expérimentation sur des embryons humains mais sous quelques conditions car ayant des constitutions qui garantissent le droit à la vie. Nous citons le cas de la Constitution espagnole dans son article 15. La législation de cet État permet pourtant l'expérimentation sur les embryons surnuméraires, même si elle interdit la création d'embryons pour la simple raison de la recherche et de l'expérimentation³². Le tribunal constitutionnel espagnol a interprété l'article 15 comme impliquant un droit à la vie pour les personnes déjà nées tout en reconnaissant une certaine protection de l'embryon³³.

En Allemagne les choses sont différentes. En effet, la loi fondamentale allemande garantit le droit à la vie dans son article 2. Ceci a donné lieu à "la loi relative à la protection des embryons" interdisant de créer un nombre d'embryons supérieur à celui qu'on envisage implanter dans l'utérus³⁴. La jurisprudence allemande se montre beaucoup plus protectrice de l'embryon³⁵, elle semble cependant considérer que le respect de sa vie est un droit objectif et non un droit subjectif³⁶.

La Constitution polonaise garantie "la protection juridique de la vie" de tout homme, une disposition qui justifie la loi reconnaissant à l'enfant à naître respect et protection dès sa conception³⁷. Le juge polonais en conclue que la vie

³¹ Décision du 29 juin 1992, *Planned parenthood of south eastern of Pennsylvania, R.P. Casey*; sur la jurisprudence de la Cour suprême cf. F. Moderne, la liberté ne trouve pas refuge dans une jurisprudence qui doute *RFDC* 1992 p. 583 et C. Baron, *Droit constitutionnel et bioéthique*, Paris, Economica 1997.

³² La loi n° 35/1988.

³³ Cf. Gimeno-Cabrera (V), *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 260-261.

³⁴ Loi du 13 décembre 1990. Voir Buhler (K), "l'état de la procréation médicalement assistée en Allemagne", in. Furkel (F) et al. Dir, *Bioéthique, les enjeux du progrès scientifique, France-Allemagne*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 73 et ss.

³⁵ Décisions des 25 février 1975 et 28 mai 1993. Voir Mathieu (B), La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels
<http://www.cfjd.org/www/articles/embryon_et_doits_fondamentaux_professeur_mathieu.doc>.

³⁶ Mathieu (B), *art.cit.*

³⁷ Loi du 7 janvier 1993 telle qu'amendée le 30 août 1996. Voir sur ces lois *C.I.B., les actes*, septième session, Novembre 2000, volume I, p. 36.

humaine a une valeur constitutionnelle même au stade prénatal car “le principe démocratique de l’État de droit ne peut être réalisé qu’au sein d’une communauté de personnes dont le premier attribut est la vie”³⁸.

En France, la position du Conseil constitutionnel est ambiguë. La Décision du Conseil de 1975 sur l’IVG a présenté une source de controverse doctrinale. Certains y ont vu une consécration du droit à la vie dès la conception³⁹.

La question s’est quand même reposée lors de l’adoption des lois dites bioéthiques de 1994. Ces lois ont interdit les recherches sur l’embryon malgré le silence de la Constitution française sur le droit à la vie. La protection de l’embryon par le législateur français s’est faite par le biais du principe du respect de la dignité humaine. En effet, ce principe a été promu à un rang constitutionnel par la Décision de juillet 1994⁴⁰.

Il importe, toutefois, de rappeler que le Conseil constitutionnel français n’a pas censuré cette même loi qui a autorisé la destruction des embryons surnuméraires existant à la date de sa promulgation et n’ayant pas fait l’objet de projet parental⁴¹. Le Conseil a rappelé à cet égard que le législateur ne voulait pas étendre le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie (prévu par la loi de 1994) aux embryons *in vitro* ; il en conclue “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”⁴². Le Conseil laisse ainsi au législateur la faculté d’interpréter le droit à la vie ainsi que ses titulaires selon les données qui lui sont soumises. Cette attitude a mené le législateur français à permettre l’utilisation des embryons conçus *in vitro* dans le cadre d’une PMA et ne faisant plus l’objet

³⁸ Décision du 14 mai 1997, Voir Mathieu (B), “La recherche sur l’embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels”, *art.cit.*

³⁹ Décision 54 DC, *cf.* Favoreu (L) et Philip (L), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 305 et ss.

⁴⁰ L’intégration du principe dans le bloc de constitutionnalité a été faite à partir du préambule de la Constitution de 1946 qui prévoit qu’“au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés”.

⁴¹ Les députés auteurs de la saisine ont reproché à la loi sa méconnaissance du droit à la vie des embryons qui possèdent la qualité de personne humaine dès leur conception. Voir la décision du Conseil du 27 juillet 1994, bioéthique, *in. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 1997, pp. 861 et ss. Voir également Luchaire (F), “le conseil constitutionnel et l’assistance médicale à la procréation”, *R.D.P.*, 1994, n° 6, pp. 1647- 1659.

⁴² Conseil constitutionnel, décision n° 94-343 DC du 27 juillet 1994, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 1997, p. 866, considérant n° 10.

d'un projet parental tout en maintenant l'interdiction de la création des embryons dans un but de recherche⁴³.

En 2001, saisi d'une loi qui étend le délai de l'IVG de 10 à 12 mois, le Conseil a pris le soin de clarifier sa position : Il considère que "contrairement à ce qu'a pu laisser penser la rédaction du neuvième considérant de la décision de 1975, le Conseil n'a pas reconnu de valeur constitutionnelle au droit à la vie dès la fécondation"⁴⁴. "Il reste qu'existe bien évidemment « un droit à la vie de la personne humaine » de rang constitutionnel. Il se déduit notamment de l'article 2 de la Déclaration de 1789 ainsi que du onzième alinéa du Préambule de 1946. Mais pour ce qui est du moment où on réclame ce droit le conseil considère que "dans le silence de la Constitution, elle relève de la métaphysique et de la médecine et non du juge des lois"⁴⁵.

Par ailleurs, nous pouvons affirmer que la Cour constitutionnelle italienne⁴⁶ ainsi que la juridiction constitutionnelle portugaise reconnaissent que la protection de l'embryon a un fondement constitutionnel⁴⁷.

Partant de ces différentes expériences, il est certain que le droit à la vie ne se limite plus à susciter le débat sur l'interdiction de la peine capitale mais bien d'autres questions liées aux développements de la connaissance scientifique et technique. L'embryon n'en constitue pas le seul exemple car le droit à la vie est également rediscuté lorsque la vie devient un supplice.

B. La question de l'euthanasie

Le droit à la vie implique une obligation pour l'État de protéger la vie des personnes. L'euthanasie est définie par le Littré comme la bonne mort, le Robert la définit comme étant la mort douce et sans souffrance. Il ajoute qu'il s'agit d'un "usage de procédés qui permettent d'anticiper ou de provoquer la mort, pour abrégier l'agonie d'un malade incurable, ou lui épargner des souffrances extrêmes". Le dictionnaire de la culture juridique relève le sens polysémique du terme⁴⁸. Actuellement, le terme semble avoir un sens plus précis : "Au sens

⁴³ Voir l'article 25 de la loi n° 2002-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *J.O.R.F.*, 7 août 2004.

⁴⁴ Décision n° 2001-446 du 27 juin 2001 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *in. Les cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 11, 2001, mars-septembre 2001, p. 7. <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cccl11/jurisp1.htm>>.

⁴⁵ Décision n° 2001-446 du 27 juin 2001 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cccl11/jurisp1.htm>>.

⁴⁶ Sentence 27 du 18 février 1975, citée par Mathieu (B), *La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels*, <http://www.cfjd.org/www/articles/embryon_et_doits_fondamentaux_professeur_mathieu.doc>.

⁴⁷ Voir sur ce dernier cas la décision du 19 mars 1984, Mathieu (B), *art.cit.*

⁴⁸ Ainsi, quatre sens au moins ont été ressortis : Le sens originare de la Grèce antique repris par Bacon, le sens utilitariste, l'euthanasie eugénique et enfin l'euthanasie compassionnelle. L'auteur considère que c'est plutôt de

moderne du terme, elle s'attache au geste ou à l'omission du geste qui provoque délibérément le décès du patient qui souffre de façon insupportable ou vit une dégradation insoutenable⁴⁹.

Le droit à la vie est concurrencé par le principe juridique du respect de la dignité humaine au nom du quel on revendique “un droit à la mort dans la dignité”, une autre manière d'appeler l'euthanasie. Lorsque la Constitution affirme à la fois le droit à la vie et au respect de la dignité, le législateur se trouve parfois devant le dilemme de choisir entre ces deux droits ou du moins de les concilier.

Certains pays européens ont adopté des législations souples vis-à-vis de l'euthanasie. C'est le cas de la Suisse dont le code pénal se limite à sanctionner l'assistance au suicide seulement lorsqu'elle répond à un mobile “égoïste”⁵⁰.

La législation des Pays-Bas est exemplaire dans ce domaine. En effet, c'est le premier État européen à avoir légalisé l'euthanasie active. La doctrine révèle que c'est la jurisprudence néerlandaise qui a commencé par dépénaliser l'euthanasie. En effet, selon cette doctrine c'est la Cour suprême qui a toléré depuis 1986 l'administration de doses mortelles aux malades conscients “pour qui la science médicale ne pouvait plus rien et souffrant de douleurs physiques inacceptables”⁵¹.

En 2002, la Belgique est devenue le 2^{ème} pays après les Pays-Bas à dépénaliser l'euthanasie. La Constitution Belge garantit à chacun “le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine”⁵². Cette disposition semble justifier le choix du législateur favorable à l'euthanasie. En effet, c'est la loi du 16 mai 2002 qui a considéré qu'un “acte pratiqué par un tiers qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci” ne constitue pas une infraction pénale⁵³. Cette dépénalisation n'est possible que lorsque certaines conditions seront remplies : Nous citons parmi ces conditions une demande d'une personne majeure ou émancipée, capable et consciente. Cette demande doit être “volontaire, réfléchie et répétée”. La personne concernée doit, en outre, “faire état d'une souffrance physique ou psychique constante, insupportable,

la dernière catégorie que l'on discute aujourd'hui. Beignier (B), article “euthanasie”, in. Alland (D) et Rials (S), *Dictionnaire de la terminologie juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 672.

⁴⁹ *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, article “euthanasie, acharnement thérapeutique et soins palliatifs”, Feuilles 23, 15 juin 2000, p. 866, § 2.

⁵⁰ “Suisse : Le tourisme de la mort”, in. *Revue de presse genethique*, 07 avril 2005, <www.genethique.org>.

⁵¹ Arnoux (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 419.

⁵² Article 23 de la Constitution de 1994 telle que révisée le 9 juillet 2004.

⁵³ Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, Président et rapporteur M. Jean Leonetti, Assemblée Nationale, n° 1708, t 1, p. 183. <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i_1708-t1.pdf>.

inapaisable due à une « *affection accidentelle ou pathologique grave et incurable* »⁵⁴.

Lorsque vivre deviendrait l'équivalent d'un avilissement continu, l'euthanasie est présentée comme exprimant le choix de la dignité au dépend de la vie. Si l'éthique peut le permettre en respectant l'autonomie de la personne et sa dignité, le droit reste sceptique sinon hostile à cette conception de la dignité humaine surtout lorsqu'elle remet en question un droit fondamental tel que le droit à la vie. N'ayant pas la même fonction, l'éthique et le droit ne peuvent donner la même réponse à cette question.

D'autres législations ont simplement permis de ne pas prolonger la vie artificiellement ou encore interdit l'acharnement thérapeutique ce qui revient, en fait, à l'égaliser l'euthanasie passive. Selon la législation danoise, seule l'euthanasie passive par l'interruption ou l'omission d'un traitement prolongeant la vie est légale. Il est cependant exigé que la mort du patient approche et qu'il soit inutile de le traiter. Il est également licite d'administrer des analgésiques à un patient si la mort approche et si le traitement est inutile, et ce même si leur emploi a pour conséquence non désirée de hâter le décès.

En Allemagne la mort assistée est, en principe, passible de sanctions. Cependant, le médecin n'est pas tenu de prolonger la vie d'un mourant à tout prix et éventuellement de manière douloureuse. Cette possibilité offerte par la législation allemande sur l'euthanasie s'explique probablement par une volonté de concilier entre le principe de la dignité humaine ayant un rang constitutionnel dans l'ordre juridique allemand et la protection de la liberté individuelle et de l'intégrité corporelle (article 2 alinéa 2 de la Loi fondamentale), qui sont la source du droit à l'autodétermination⁵⁵.

Par ailleurs, la législation française sur le droit des malades et la fin de vie reste la plus récente : C'est tout récemment que le législateur français a adopté la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie⁵⁶.

⁵⁴ *Ibid.loc.cit.* Soulignés par l'auteur. Il importe de plus de rappeler que la loi belge prévoit d'autres conditions dont l'information adéquate de la personne des possibilités thérapeutiques ou palliatives. D'autres conditions de nature procédurale ont été prévues telles que la demande de l'avis d'un autre médecin ou encore la condition de la demande écrite...

⁵⁵ Voir sur cette question le Comité directeur de bioéthique, Réponses au questionnaire pour les États membres relatif à l'euthanasie, Strasbourg, 20 janvier 2003.

⁵⁶ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, *J.O.R.F.*, 23 avril 2005, p. 7089.

A près un long débat largement médiatisé, le législateur français s'est prononcé pour l'euthanasie passive tout en maintenant l'interdiction de l'euthanasie active, il ainsi réalisé un équilibre : "accepter la mort, refuser le meurtre"⁵⁷.

Il s'agit d'euthanasie passive car la loi interdit l'acharnement thérapeutique, permet l'administration d'un traitement dont l'effet pourra abrégé la vie et garantit le droit de toute personne de refuser n'importe quel traitement même si cela mettra fin à sa vie⁵⁸. Cette loi a été adoptée suite à l'affaire Humbert lorsque la maman d'un tétraplégique a essayé d'abrégé sa vie et lorsqu'elle a échoué un médecin l'avait aidé à le faire en administrant une dose létale à son fils⁵⁹.

Aujourd'hui encore aux États-Unis l'euthanasie active est illégale sauf que la réglementation est contrôlée par chaque État. Depuis 1990, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a considéré que la Constitution américaine comportait "le droit de refuser l'alimentation et l'hydratation artificielle des moyens médicaux pour un patient capable de donner un consentement même si ce refus de traitement pouvait amener la mort"⁶⁰.

En 1997, la Cour suprême a cependant considéré que "le suicide médicalement assisté n'est pas une liberté fondamentale"⁶¹. Les juges ont ainsi fait la distinction entre l'euthanasie active et la faculté qu'a toute personne de refuser un traitement à la maintenir en vie⁶². Ce qui est donc interdit au niveau fédéral c'est donc seulement l'euthanasie active.

L'affaire Terri Schiavo a été l'occasion pour relancer le débat sur l'euthanasie. La personne était dans un état végétatif chronique et irréversible depuis 1990. A

⁵⁷ Ricot (J), "Une loi exemplaire sur la fin de vie", *Esprit*, juin 2005, p. 121.

⁵⁸ La lecture des débats relatifs à l'euthanasie nous permet de voir que certains intervenants ont, en effet, mis l'accent sur le caractère inapproprié de l'expression "euthanasie passive". Ils considèrent qu'on "ne peut pas faire un acte passif" et qu'"arrêter un traitement inutile, ce n'est pas vouloir la mort de l'autre mais simplement accepter le fait que la mort est inévitable", voir l'intervention de M. Jean Marie Gomas lors des auditions relatives à la loi française sur la fin de vie, Léonetti (J), Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, Assemblée Nationale, document n° 1708, juin 2004, t II, p. 415. Voir <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i1708-t2.pdf>>. Voir également l'intervention de M. Jacques Ricot qui estime que l'euthanasie passive a toujours été admise même par les autorités religieuses. Il cite, à ce propos le Pape Pie XII "qui a usé de l'influence dont il disposait pour mettre un coup d'arrêt à des pratiques de réanimations scandaleuses". *Ibidem*. p. 399.

⁵⁹ Il est intéressant de rappeler que le juge d'instruction de l'affaire a conclu à l'existence d'un acte d'homicide volontaire tout en exonérant les intervenant de la responsabilité car agissant sous la contrainte (chantage affectif, médias...). Voir à ce propos "la lettre genethique" n° 75 de mars 2006, <www.genethique.org>.

⁶⁰ Arrêt du 25 juin 1990, *Cruzan c/Director, Missouri Department of health*, cf. *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, article "euthanasie, acharnement thérapeutique et soins palliatifs", Feuillet 23, 15 juin 2000, p. 870, § 36.

⁶¹ *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, article "euthanasie, acharnement thérapeutique et soins palliatifs", Feuillet 23, 15 juin 2000, p. 870, § 36.

⁶² *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, article "euthanasie, acharnement thérapeutique et soins palliatifs", Feuillet 23, 15 juin 2000, p. 870, § 36.

la demande de son mari, on avait arrêté de l'hydrater et de la nourrir en 2003. Suivant une volonté politique avérée, et à la demande de ses parents, la Floride avait adopté une loi permettant la reprise des soins. En octobre 2004, la Cour Suprême de Floride avait jugé la "loi Terri" inconstitutionnelle⁶³.

Voulant donner une autre chance aux parents, Georges Bush s'est exprimé en faveur de maintenir Terri Scvhivo en vie. Le 20 mars 2005 le congrès américain adopte une loi fédérale "qui autorise les tribunaux fédéraux à entendre la plainte déposée par Terri Schiavo ou en son nom"⁶⁴. Le juge fédéral a néanmoins, décidé de ne pas ordonner la réinstallation du cathéter d'alimentation et d'hydratation qui maintenait en vie Terri Schiavo⁶⁵ rejetant ainsi la plainte de ses parents.

La Cour suprême des États Unis a indirectement confirmé ce refus en refusant de se saisir du cas de Terri Schiavo en rejetant la demande des parents de rebrancher le tube d'alimentation et d'hydratation de leur fille⁶⁶. L'importance de cette affaire réside dans le décalage entre un droit constitutionnel de refuser des soins même vitaux et une volonté politique sacralisant la vie. En effet, la jurisprudence américaine a depuis les années 70 reconnu le droit des patients, ou de leur tuteur en cas d'incapacité, d'interrompre le traitement qui les maintient en vie⁶⁷. Cela étant l'euthanasie active reste interdite aux États-Unis exception faite de l'État de l'Oregon⁶⁸.

Ainsi, en mai 2004, la Cour d'appel de San Francisco avait interdit au gouvernement de poursuivre des médecins pratiquant l'euthanasie dans l'Oregon. Le ministère de la Justice a alors fait appel auprès de la Cour suprême qui doit se prononcer pour la première fois sur le sort de cette loi.

La jurisprudence de la Cour suprême sur cette question sera probablement le fruit de grandes pressions politiques et sociales surtout après l'affaire fortement

⁶³ "La Revue de presse genethique", 18 mars 2005, <www.genethique.org>.

⁶⁴ "La Revue de presse genethique", 21 mars 2005, <www.genethique.org>.

⁶⁵ "Affaire Schiavo : le juge refuse l'alimentation et les parents font appel", La Revue de presse genethique, 23 mars 2005, <www.genethique.org>.

⁶⁶ Voir "La Revue de presse genethique", 25 mars 2005, <www.genethique.org>.

⁶⁷ Dans l'affaire *In. Re Quinlan* de 1976, la Cour suprême du *New Jersey* avait conclu qu'"une jeune femme dans un état végétatif persistant avait le droit, en vertu de la clause de la garantie juridique contenue à la fois dans la Constitution du New Jersey et celle des États-Unis, de demander que son appareillage de respiration artificielle soit arrêté et qu'elle soit autorisée à mourir". De plus "du fait qu'elle ne disposait pas de ses facultés et ne pouvait affirmer son droit par elle-même, la Cour permis que son tuteur le fasse pour elle. Elle reconnut également le pouvoir au médecin traitant, en liaison avec un comité d'éthique de l'hôpital, à la famille du patient et au tuteur de décider au nom du patient si le dispositif de maintien de la vie devrait être maintenu". Baron (Ch), *Droit constitutionnel et bioéthique, l'expérience américaine*, Paris, Economica, 1997, p. 57.

⁶⁸ *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, article "euthanasie, acharnement thérapeutique et soins palliatifs", Feuillet 23, 15 juin 2000, p. 871, § 36.

médiatisée de Terri Schiavo. Dans tous les cas, elle est apparemment attendue par d'autres États américains qui comptent eux aussi légaliser l'euthanasie⁶⁹.

Dans de nombreux États, le juge constitutionnel est désormais interpellé pour faire une relecture du droit à la vie en fonction d'autres droits constitutionnellement garantis mais aussi en fonction du débat bioéthique suscité par la médecine. Cette relecture ne s'arrête pas au droit à la vie, mais concerne également un autre droit fortement constitutionnalisé : la garantie de l'inviolabilité de la personne.

II Le droit constitutionnel est appelé à redéfinir le principe de l'inviolabilité de la personne humaine

L'inviolabilité de la personne humaine est garantie par les différentes constitutions par l'inviolabilité de l'intégrité physique de la personne (A) et (ou) par l'inviolabilité de sa vie privée (B)

A. L'inviolabilité du corps (ou Le principe du respect de l'intégrité physique de la personne)

Les technologies médicales n'ont jamais cessé d'utiliser le corps humains que ce soit pour la recherche, les essais cliniques ou thérapeutiques. L'intervention de la médecine et de la technique qui lui est associée sur le corps est de plus en plus spectaculaire. Certains craignent un traitement qui fera de notre corps un "réservoir" de matières premières. Les domaines de la transplantation d'organes, des expérimentations de toute sorte nous en offre l'exemple.

L'inviolabilité de la personne suppose un *a priori* : l'inviolabilité du corps ou encore le respect de l'intégrité physique. Le respect de l'intégrité physique est un principe fortement ancré dans le droit des droits de l'homme que ce soit sur un plan international ou dans les ordres juridiques internes et notamment les constitutions. Ce principe est généralement rappelé pour interdire la torture, les traitements inhumains et dégradants. C'est le cas de l'article 15 de la Constitution espagnole. C'est également le cas de l'article 11 de la Constitution de la Macédoine de 1991 ou celui de l'article 15 de la Constitution du Congo et l'article 15 de la Constitution du Rwanda de 2003. Au Sénégal, l'intégrité corporelle implique avant tout une interdiction des mutilations physiques (article 7 de la Constitution de 2001).

Pour les pays du Maghreb, nous pouvons citer l'article 34 de la Constitution algérienne selon lequel "l'État garantit l'inviolabilité de la personne humaine. Toute forme de violence physique ou morale ou d'atteinte à la dignité est proscrite"⁷⁰. L'article 35 ajoute que toute atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne est réprimée par la loi.

⁶⁹ C'est le cas de la Californie semble-t-il ? Cf. <http://archquo.nouvelobs.com/cgi/articles?ad=etranger/20051004.obs1102.html&datebase=20051005>

⁷⁰ Constitution du 28 février 1989 telle que révisée le 28 novembre 1996.

Nous pouvons citer également d'autres constitutions : L'Article 2 de la Constitution allemande qui consacre le droit à l'intégrité physique, l'article 13 de la constitution du Burundi, l'article 2 de celle du Burkina Faso...

Cela étant, peu de Constitutions font référence directe aux problèmes suscités par la bioéthique. Pourtant, le respect de l'intégrité physique est au cœur de la bioéthique. En effet, les premières règles en la matière datent de la fin de la seconde guerre mondiale lorsque le code de Nuremberg de 1947 avait posé le principe de du consentement libre et éclairé pour toute intervention sur le corps humain⁷¹. Ce principe a été repris ensuite par l'article 7 du Pacte des droits civils et politiques qui "interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique".

Ce principe se trouve aujourd'hui affirmé par un bon nombre de Constitutions. Nous citons, à cet égard la Constitution de la République de Lituanie qui affirme que "l'individu est inviolable, la dignité humaine est protégée par la loi" et que "nul ne peut être soumis à des expériences scientifiques ou médicales pratiquées à son insu et sans son libre consentement"⁷². Toujours dans le cadre des nouvelles constitutions de l'Europe orientale, la Constitution bulgare prévoit dans son article 29 que "nul ne peut être soumis à des expériences médicales, scientifiques ou autre sans son libre consentement donné par écrit"⁷³. La Constitution arménienne pose le même principe dans son article 19⁷⁴. La Constitution de la Serbie et du Monténégro de 1992 avait prévu la même interdiction de soumettre une personne à des expériences médicales sans en avoir l'accord. La Constitution slovène pose la même interdiction au même titre que l'interdiction de la torture⁷⁵.

Pour ce qui est du continent américain, nous citons la Constitution du Venezuela de 1999 dont l'article 46 déclare qu'"aucune personne ne sera soumise sans son libre consentement à des expériences scientifiques ou à des examens médicaux ou en laboratoire, exception faite, si elle se trouve en danger de mort ou autres circonstances que détermine la loi"⁷⁶.

La Constitution Turque prévoit également dans son article 17 qu'"il ne peut y être porté atteinte à l'intégrité corporelle de l'individu sans son consentement, sauf en cas de nécessité médicale"⁷⁷.

Du côté africain, la Constitution rwandaise du 4 juin 2003 prévoit dans son article 15 que "toute personne a droit à son intégrité physique et mentale. Nul ne

⁷¹ L'article premier du code établi lors du jugement des médecins nazis estime qu'"est absolument essentiel d'obtenir le consentement volontaire du malade". Voir Lenoir (N) et Mathieu (B), *Le droit international de la bioéthique*, textes, Paris, P.U.F., 1998, p. 85.

⁷² Article 21 de la Constitution du 25 octobre 1992 telle que révisée le 13 juin 2004.

⁷³ Constitution de la République de Bulgarie du 12 juillet 1991.

⁷⁴ Constitution du 5 juillet 1999.

⁷⁵ Voir l'article 18 de la Constitution du 23 décembre telle que révisée le 7 juillet 2003.

⁷⁶ Constitution du 15 décembre 1999.

⁷⁷ Constitution du 7 novembre 1982 telle que révisée le 3 janvier 2001.

peut faire l'objet de torture, de sévices ou de traitements cruels inhumains ou dégradant". Le deuxième alinéa de cet article ajoute que "nul ne peut faire l'objet d'expérimentation sans son consentement" et que les modalités de ce consentement et de cette expérimentation sont régies par la loi".

Plus explicite est encore la Constitution italienne puisqu'elle se prononce clairement sur une question relevant du domaine de la bioéthique. C'est son article 32 qui stipule que "nul ne peut être contraint à un traitement médical déterminé si ce n'est par une disposition de la loi". Cette loi doit en plus respecter "les limites imposées par le respect de la personne humaine". Ces dispositions ont été rappelées par le juge constitutionnel italien dans, au moins, deux décisions. La première date de 1985 et selon laquelle "dans le cas où le traitement thérapeutique comporte ou pourrait comporter une diminution permanente de l'intégrité physique, le consentement du patient n'est efficace que s'il existe un danger, même éventuel, d'un dommage considérable pour la santé"⁷⁸. Dans sa deuxième décision qui date de 1994 il est affirmé que "le refus explicite du patient, de son consentement au traitement médical, même en présence d'un grave dommage pour sa santé, ne peut être ignoré que dans les cas prévus par la loi et compte tenu de la dignité humaine"⁷⁹.

Le Portugal a fait le même choix en faisant le lien entre le respect de la dignité humaine et la nécessité de respecter la volonté de la personne humaine dans le domaine de la bioéthique. En effet, selon l'article 26 de la Constitution portugaise, "la loi garantit la dignité personnelle et l'identité génétique de l'être humain, notamment lorsque de nouvelles technologies sont développées et mises en pratique et en cas d'expérimentation scientifique"⁸⁰.

L'ensemble de ces textes posent le principe du consentement. Cependant, certaines de ces Constitutions posent la possibilité d'y déroger en cas de nécessité médicale, en cas de danger de mort, ou encore par le fait de la loi.

Le législateur aurait ainsi à déterminer les cas où un médecin passera outre le consentement de la personne. En réalité, les praticiens se trouvent souvent devant ce dilemme éthique. La question s'est posée à plusieurs reprises pour les témoins de Jéhovah qui refusent la transfusion sanguine. Les juridictions constitutionnelles ne donnent pas de réponses univoques. Nous pouvons citer sur ce point la Cour suprême du Japon qui a reconnu la violation du droit du malade à l'autodétermination de son corps par les médecins qui l'ont transfusé lors d'une opération⁸¹. Dans d'autres cas l'urgence, la nécessité ou le danger immédiat pour la vie peut justifier une intervention médicale sur le corps de la personne sans son consentement. Ainsi, aux États-Unis les juridictions cherchent toujours un

⁷⁸ Décision n° .161/1985.

⁷⁹ Décision n° 218/1994.

⁸⁰ Constitution du 2 avril 1976 telle que modifiée le 12 décembre 2001.

⁸¹ Cour suprême du Japon, décision du 29 février 2000, *A.I.J.C.*, 2000, chroniques, p. 842.

moyen juridique permettant aux médecins de transfuser ces personnes lorsque leurs vies se trouvent en danger⁸².

Dans d'autres cas le législateur serait amené à gérer le cas où le consentement sera difficile à accueillir. Le droit international de la bioéthique a prévu la solution du bénéfice direct⁸³. La forme du consentement (tacite ou exprès), sa qualité (libre et éclairé) constituent également des questions méritant une réponse juridique et permettant aux intervenants d'avoir des repères en la matière.

En France lorsque le juge constitutionnel avait à se prononcer sur la constitutionnalité des lois bioéthiques de 1994, il a rappelé les dispositions du préambule de la Constitution de 1946 évoquant "les crimes des régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine" ceux là même qui ont justifié le premier texte international relatif à la bioéthique : le code de Nuremberg⁸⁴.

Il est vrai que le texte de la Constitution est, par sa nature même, inapte à régler toutes les questions suscitées par la bioéthique. Mais, il est vrai aussi qu'il revient au juge constitutionnel de guider le législateur dans ses choix et ce en puisant dans les droits déjà garantis par les Constitutions. Nous estimons que la bioéthique ne nécessite pas de prévoir d'autres droits dans les Constitutions mais que celles-ci doivent être interprétées d'une manière suffisamment souple pour pouvoir faire face à la médecine et à la technologie.

Le principe constitutionnel de la protection de la vie privée nous en donne un exemple.

B. L'inviolabilité de la vie privée (ou le principe du respect de la vie privé)

Le principe du respect de la vie privée est un principe constitutionnel dans de nombreux ordres juridiques internes⁸⁵. Pourtant, aucune définition légale n'a pu être établie. La doctrine estime que c'est la jurisprudence qui permet d'énumérer un certain nombre de droits qui en découlent⁸⁶. Le droit à l'identité est cité en premier : Il implique le droit qu'a la personne de garder secret son nom, son adresse, sa situation familiale, son origine, son appartenance politique etc. Le respect de la vie privée tel que prévu par ces Constitutions impliquait

⁸² C'est ainsi que la Cour suprême du New Jersey avait accepté d'imposer une transfusion d'une femme enceinte en se basant sur le droit du fœtus à la vie, affaire *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital c. Anderson* de 1964, citée par Baron (Ch), *Droit constitutionnel et bioéthique, l'expérience américaine*, Paris, Economica, 1997, p. 56.

⁸³ Voir par exemple des articles 6, 7 et 8 de la Convention européenne sur la biomédecine.

⁸⁴ Cf. Thouvenin (D), "Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique", *Actualité législative Dalloz*, 1995, n° 18 du 26 octobre 1995, comm.légis, p. 161.

⁸⁵ Voir à titre d'exemple les Constitutions de l'Algérie, la Belgique, la Finlande, La Guinée, l'Estonie, La Grèce, la Pologne, la Tunisie...

⁸⁶ Cf. Morange (J), *Droits de l'Homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 1989, p. 150.

essentiellement une protection du domicile et de la correspondance ainsi qu'une interdiction de porter atteinte à l'honneur et à la dignité de la personne. Lorsque les pouvoirs constituants de certains États avaient posé ce principe, il n'était nullement question de protéger la vie privée contre le pouvoir de la technologie mais contre celui de l'État.

Le développement des technologies de l'information a révélé d'autres moyens de porter atteinte à cette vie privée. Ce fait a poussé certains États à inclure dans leurs constitutions le principe de la protection des données personnelles⁸⁷. Les données relatives à la santé sont au cœur de cette catégorie. Ainsi, nous pouvons lire dans le dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologie que "la protection des informations identifiantes concernant une personne relève du respect de la vie privée"⁸⁸. Or, "la notion de vie privée renvoie au droit d'une personne de définir une limite en deçà de laquelle elle ne peut être soumise à l'examen, l'observation et l'ingérence de la société"⁸⁹.

En effet, dans ce domaine, le développement de la génétique a été derrière certaines pratiques discriminatoires en matière d'emploi et d'assurance. Les assureurs et les employeurs font faire aux candidats des tests leur permettant de connaître leur état de santé. L'association entre la génétique et l'informatique permet de plus en plus une identification de la personne et des données relatives à sa santé. La collecte des informations relatives à la santé y compris les données génétiques est de plus en plus pratiquée dans le domaine de la santé publique, dans le domaine de la recherche scientifique ou encore dans les enquêtes judiciaires surtout en matière de filiation et de criminalité. L'utilisation de ces données de manière à porter atteinte à la dignité humaine commence à inquiéter.

Au niveau international cela a donné naissance à la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme dont l'article 7 prévoit que : "La confidentialité des données génétiques associées à une personne identifiable, conservées ou traitées à des fins de recherche ou dans tout autre but, doit être protégée dans les conditions prévues par la loi". Plus précise est encore la

⁸⁷ Voir l'étude de Gaddes (Ch), " Du traitement des données personnelles par les personnes publiques en Tunisie", in. *Mélanges offerts au Doyen Abdelfattah Amor*, Tunis, CPU, 2005, p. 468. L'auteur a pu recenser 29 États ayant consacré la protection de ces données dans les Constitutions.

⁸⁸ Feuillet n° 27 (1^{er} octobre 2001), § 85. Cf. également Mathieu (B), "Constitution et génome humain", in. *A.I.J.C.*, 1998, p.524.

⁸⁹ De Castro (L), "Les fondements et les principes de la bioéthique : la nécessité d'une réévaluation constante", *La bioéthique un enjeu international*, contribution à la table ronde des ministres de la science, UNESCO, Paris, octobre 2001, p. 29.

Déclaration adoptée par le même organisme sur les données génétiques humaines et dont l'article 2 définit ces données comme étant "les informations relatives aux caractéristiques héréditaires des individus, obtenues par l'analyse d'acides nucléiques ou par d'autres analyses scientifiques"⁹⁰.

Ces données génétiques d'une personne ont une spécificité : elles peuvent nous renseigner non seulement sur la santé de cette personne mais également sur celle de sa famille et du groupe auquel elle appartient. Lorsque les Constitutions protègent les données personnelles, ou même si elles se limitent à protéger la vie privée (et c'est le cas de presque toutes les Constitutions), le législateur sera amené à adopter des lois garantissant la protection de ces données. La personne serait, ainsi, doublement protégée vis-à-vis des nouvelles technologies : Celles relatives à la biomédecine et celles relatives à l'informatique.

La Constitution tunisienne est avant-gardiste sur ce point. En effet le nouvel article 9 dispose que "l'inviolabilité du domicile, le secret de la correspondance et la protection des données personnelles sont garanties, sauf les cas exceptionnels prévus par la loi".

En 2004, le législateur a adopté la loi sur la protection des données à caractère personnel⁹¹. Selon cette loi sont considérées comme données personnelles "toutes les informations quelle que soit leur origine ou leur forme et qui permettent directement ou indirectement d'identifier une personne physique ou la rendent identifiable, à l'exception des informations liées à la vie publique ou considérées comme telles par la loi". L'article 5 de cette loi ajoute "est réputée identifiable, la personne physique susceptible d'être identifiée, directement ou indirectement, à travers plusieurs données ou symboles qui concernent notamment son identité, ses caractéristiques physiques, physiologiques, génétiques, psychologiques, sociales, économiques ou culturelles". Cela étant, la loi interdit dans son article 14 "le traitement des données à caractère personnel qui concernent, directement ou indirectement, l'origine raciale ou génétique, ..., ou la santé". Toutefois, le même article ajoute une série d'exceptions. Le traitement de ces données devient donc "possible lorsqu'il est effectué avec le consentement exprès de la personne", "lorsque ces données ont acquis un aspect manifestement public", ou "lorsque ce traitement s'avère nécessaire à des fins

⁹⁰ Cette définition semble heurter l'avis selon lequel "dire que la génétique est la science des caractères héréditaires n'a aucun sens : tous les caractères sont héréditaires et aucun ne l'est totalement- ou bien, ce qui revient au même, tous les caractères sont acquis et aucun ne l'est totalement ... il s'en suit que les expressions "caractères héréditaires" et "caractères acquis" sont des abus de langage". Voir Pichot (A), "la génétique est une science sans objet", *Esprit*, mai 2002, p. 103.

⁹¹ Loi n° 2004-63 du 27 juillet 2004, *J.O.R.T.*, n° 61 du 30 juillet 2004, pp. 1988-1997.

historiques ou scientifiques, ou lorsque ce traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée”. A vraie dire, la loi n’exige pas le consentement dans tous les cas de figures mais l’envisage comme l’un des cas permettant le traitement. Autrement dit lorsqu’il y a nécessité scientifique ou historique, le principe du consentement devient inopérant. De plus, cet article 14 de la loi tunisienne figurant dans la partie du régime général des données se trouve neutralisé par les dispositions de la deuxième section du chapitre V consacrant un régime dérogatoire pour les données relatives à la santé. Ainsi, c’est l’article 62 qui a ouvert la porte à un nombre important d’exceptions telle que “la réalisation de finalités prévues par la loi ou les règlements” (§ 2), “le développement et la protection de la santé publique entre autres pour la recherche sur les maladies” (§ 3) ou encore lorsque “le traitement s’effectue dans le cadre de la recherche scientifique dans le domaine de la santé” ! Plus, la loi exige, pour le traitement de ces données ; l’autorisation de l’instance nationale de protection des données à caractère personnel à l’exception des données relatives à la santé (Article 15)⁹². Le gouvernement a présenté les données relatives à la santé comme étant des données sensibles car touchant à ce qui plus intime chez la personne. Il a ensuite considéré que c’est ce caractère sensible qui explique le non recours à l’instance nationale pour l’autorisation du traitement d’autant plus que le traitement se fait pour des raisons de recherche et dans le domaine de la santé !⁹³.

Nous retrouvons certaines de ces exceptions dans d’autres législations. C’est le cas de l’article 13 de la loi fédérale allemande⁹⁴. Cependant, il existe une

⁹² L’autorisation de l’instance n’est en effet exigée que lorsqu’il s’agit du transfert des données du corps médical vers un autre organisme. Voir les termes de l’article 63 de la loi.

⁹³ Voir les débats relatifs à cette loi [س147، ع61، 2004، ص2084](#) p. 1284

⁹⁴ Selon la loi du 1er janvier 2002 “(2) La collecte de catégories spéciales de données à caractère personnel (art. 3, paragraphe 9) n'est admissible que dans la mesure où

1. une disposition légale le prévoit ou pose comme condition impérative cette collecte pour des raisons liées à un intérêt public important,
2. la personne concernée a donné son consentement, conformément à l'article 4a, paragraphe 3,
3. cette collecte est nécessaire à la défense des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans la mesure où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement,
4. il s'agit de données manifestement rendues publiques par la personne concernée,
5. une telle collecte est nécessaire pour lutter contre un danger sérieux affectant la sécurité publique,
6. une telle collecte est nécessaire pour lutter contre des préjudices notables causés à l'intérêt général ou pour protéger des intérêts notables de l'intérêt général,
7. une telle collecte est nécessaire aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements ou de la gestion de services de santé et que le traitement de ces données est effectué par un praticien de la santé ou par d'autres personnes soumises à une obligation de secret équivalente,

garantie juridictionnelle de la bonne application de ces exceptions. La Cour constitutionnelle allemande a, ainsi, constamment veillé au respect des données personnelles. Dans sa décision sur le recensement de 1983, elle a tiré de la garantie du libre épanouissement de la personnalité combiné avec la protection de la dignité humaine, un droit à l'autodétermination informationnelle qui veut que l'individu ait le pouvoir "décider en principe lui-même quand et dans quelles limites les éléments de sa vie privée sont dévoilés"⁹⁵.

L'article 22 de la loi française pose également une exception pour les données relatives à la santé de faire une Déclaration auprès de la CNIL⁹⁶. De même, la loi belge prévoit dans son article 7 des exceptions comme la protection de la santé publique ou les intérêts vitaux de la personne lorsque celle-ci ne peut pas exprimer son consentement ou...lorsque le traitement est rendu obligatoire par ou, en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance pour des motifs d'intérêt public importants...⁹⁷.

Par ailleurs, nous pouvons citer le cas du Portugal dont la Constitution garantit la protection des données personnelles⁹⁸. La loi portugaise de 1998 dispose donc que "1. Le traitement de données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement de données relatives à la santé et à la vie sexuelle, y compris les données génétiques, sont interdits"⁹⁹. La Constitution suisse prévoit dans son article 13 que "toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent". Son article 24 prévoit que " f. le patrimoine génétique d'une

8. une telle collecte est nécessaire aux fins de la recherche scientifique, lorsque l'intérêt scientifique consistant à exécuter le projet de recherche est nettement prépondérant par rapport à l'intérêt de la personne concernée de voir la collecte exclue et que les fins de la recherche ne peuvent pas être remplies d'une autre manière ou seulement avec un effort disproportionné, ou encore

9. une telle collecte est nécessaire pour des motifs impérieux de défense ou pour que des organismes publics relevant de l'État fédéral puissent s'acquitter d'obligations supranationales ou internationales dans le domaine de la gestion des crises ou de la prévention des conflits ou pour des mesures humanitaires".

⁹⁵ Thomas Würtemberger et Gernot Sydow, M.A. Freiburg, "administration électronique et protection de la vie privée en Allemagne, <<http://droit-internet-2002.univ-paris1.fr/pdf/fr/wurtenberger.pdf>>

⁹⁶ Loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978 telle que modifiée le 6 août 2004.

⁹⁷ Loi du 8 décembre 1992.

⁹⁸ Voir l'article 35 de la Constitution du Portugal.

⁹⁹ Loi n° 67/98, relative à la protection des données à caractère personnel du 26 octobre 1998.

personne ne peut être analysé, enregistré et communiqué qu'avec le consentement de celle-ci ou en vertu d'une loi”.

La loi suisse a donc considéré que les données génétiques humaines rentrent dans le cadre des données sensibles¹⁰⁰.

La Constitution de la Lituanie telle que révisée en 2004 prévoit dans son article 22 qu’“une information concernant la vie privée d’une personne ne peut être collecté que sur décision motivée du tribunal et conformément à la loi”.

Au total, il nous semble que la différence entre les différents dispositifs constitutionnels et législatifs des États ne constitue pas un obstacle pour protéger les données relatives à la santé d’une personne. Si la Constitution ne prévoit pas cette protection d’une manière expresse, le principe du respect de la vie privée, celui de la non discrimination ou encore celui de la dignité humaine sont de nature à produire le même effet. L’identification de la personne par sa race, son ethnie ou ses gènes a donné lieu aux abus les plus atroces. Le réductionnisme génétique continue à justifier des pratiques méconnaissant les droits les plus fondamentaux de la personne humaine. L’intégration du principe du respect de la dignité humaine dans le droit international de l’après guerre a déjà constitué une première réponse à ces pratiques. Aujourd’hui, cette égale dignité des hommes et des femmes offre au juge constitutionnel le moyen de faire face à toutes les technologies qui instrumentalisent la personne humaine : eugénisme, discrimination, clonage, commerce... Ce principe constitue le fondement même des droits de l’Homme, or il va aujourd’hui sans dire que c’est grâce au juge constitutionnel que certains de ces droits ont acquis un rang constitutionnel et donc une protection spécifique dans les États démocratiques.

Les problèmes que pose la bioéthique sont certes inédits. Ils invitent constamment le droit constitutionnel non pas tellement à élargir la panoplie des droits existants mais surtout à faire un rééquilibrage sinon un arbitrage souvent difficile entre plusieurs droits. Ce n’est pas là le premier défi lancé au droit constitutionnel mais il est certainement celui qui l’oblige à se tourner d’avantage vers les disciplines les plus variées et aux référentiels les plus méconnus.

¹⁰⁰ Voir *Les actes du C.I.B.*, neuvième session, novembre 2002, volume II, p. 39.